

UNIVERSIDAD GERARDO BARRIOS
FACULTAD DE POSTGRADO Y EDUCACIÓN CONTINUA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



TRABAJO PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRO EN:
DERECHO PENAL

**“FACTORES QUE INFLUYEN EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL
DELITO DE POSESIÓN Y TENENCIA DE DROGA, EN EL TRIBUNAL
PRIMERO DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SAN MIGUEL EN LOS AÑOS
2016 AL 2019.”**

PRESENTADO POR:

LIC. CLAUDIA ROXANA NOLASCO MARTINEZ

LIC. DANILO ERNESTO MURGA CHACON

LIC. MARIO STANLEY GUTIERREZ LOPEZ

ASESOR:

MSC. ALEJANDRO ANTONIO QUINTEROS ESPINOZA

EL SALVADOR, SAN MIGUEL, OCTUBRE DE 2020.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD GERARDO BARRIOS

MSC. LICDO. JOSÉ SALVADOR ALVARENGA RIVERA
RECTOR

MSC. LICDO. NAPOLEÓN ALBERTO RÍOS-LAZO ROMERO
FISCAL

MSC. LICDO. MIGUEL ANTONIO FLORES CASTRO
DECANO

DEDICATORIA

Mejor es la sabiduría que las armas de guerra, solamente es sabio Dios, creador del Universo y todo lo que se mueve y respira en la tierra. “(...) Porque Jehová da la sabiduría, Y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia (...)” **Proverbios 2.6**

Al derecho de los derechos humanos, establecidos en su generalidad para todos, --- entre ellos la Libertad y disposición personal de acción íntima --- “son una necesidad de convivencia social y política, son una necesidad socio biológica y político-biológica, sin la que se hace viable la especie y el modo social y político, en la que la especie humana debe de desenvolverse (...)” Ellacuria, Ignacio (1930-1989) Tomado de: Rosillo Martínez, Alejandro. (2001) el pensamiento jurídico de Ignacio Ellacuria hacia la Construcción de una Teoría Crítica de los derechos. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. P: 260.

ABREVIATURAS.

Art	Artículo
Cna	Comisión Nacional Antidroga
Cn.	Constitución
Cp	Código Penal
Ed	Editor
FGR	Fiscalía General de la Republica
Pág.	Pagina
Pr. P	Código Procesal Penal
PNC	Policía Nacional Civil
Minsal	Ministerio de Salud
Núm.	Numero
Num	Numeral
Ss	Siguiente
O. cit	Obra Citada
OPS	Organización Panamericana de la Salud
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito
Vid	Véase
Vol.	Volumen

INDICE

INTRODUCCION	I
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1. Situación Problemática.	1
1.2 Delimitación y Temática	3
1.2.1 Alcance Espacial	4
1.2.2 Alcance Temporal	4
1.3 Enunciado del Problema.	4
1.3.1 General	4
1.3.2 Específicos	5
1.4 Justificación y Relevancia Analítica	5
1.4.1 Alcance.	7
1.5.1. Objetivo General	9
1.5.2. Objetivos Específicos	9
1.6 Sistema De Hipótesis	10
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	11
2.1. Tipo de Estudio.	11
2.2. Método.	11
2.3. Técnicas e Instrumentos	12
2.4. Etapas de la Investigación	12
2.5. Procedimiento de Análisis e Interpretación de Resultados	13
CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO	14
3.1 Principios Informadores del Derecho Penal	14
3.1.2 El Principio de Intervención Mínima	15
3.1.3 Principio de Legalidad.	19
3.1.4 Principio de Culpabilidad	20
3.1.5 Principio de no Discriminación	23
3.1.6 Principio de Ne Bis In Ídem O Non Bis In Idem	23
3.1.7 Principio de Proporcionalidad	26
3.1.8 Principio de Lesividad	33
3.1.9 El Debido Proceso	33
3.1.10. La Sana Crítica	46

3.2. Antecedentes del Delito de Posesión y Tenencia.	48
3.3 El Delito de Posesión y Tenencia en El Salvador.	52
3.4 La Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico.	54
3.5 El Delito de Posesión y Tenencia y El Tráfico Ilícito como Delitos de Peligro o de Mera Actividad.	55
Delitos de peligro:	55
3.5.1. La Problemática de los Delitos de Peligro.	56
3.6 Como se Conceptualiza el Principio de Legalidad.	57
Principio de legalidad del proceso y garantía del juez natural	58
Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad	58
3.6.1 Significados del Principio de Legalidad	59
3.6.2 Fundamentos del Principio de Legalidad.	59
3.6.3 La Prevención del Delito.	60
3.7 Teoría del Tipo.	62
a) Tipo y tipicidad.	62
3.8 Generalidades del Delito.	64
Clasificación de los delitos:	64
3.9 Niveles de la Imputación Penal.	68
3.10 Imputación del Hecho.	70
3.10.1 El Tipo.	70
3.10.2 Tipicidad Objetiva.	70
3.10.3 Tipicidad Subjetiva.	71
3.10.4 Antijuridicidad.	71
3.10.5 Imputación Personal (culpabilidad)	71
3.10.6 Leyes penales en blanco.	72
3.11. La Regulación Penal en la Legislación Salvadoreña	72
3.11.1 La Regulación de la Posesión y Tenencia de Drogas.	72
3.12 El Bien Jurídico Protegido, La Salud Pública.	79
3.13 La Tipificación de la Conducta sin Referencia al Consumo	81
3.14 La Estructura Típica Del Delito De Posesión Y Tenencia De Drogas.	84
3.14.1 Sujetos	86
3.14.2 Medios Comisivos.	88
3.14.6 Tipos de Conducta.	97

3.14.7 Las Drogas.	99
3.14.8 Particularidades de la Posesión y Tenencia de Drogas.....	104
3.14.9 La Individualización del Autor.	106
3.14.10 Las Conductas de Mera Actividad	109
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL RELACIONADA A LA POSESIÓN Y TENENCIA DE DROGAS	111
4.1 Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia.....	111
4.2 Jurisprudencia Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia	121
4.2.1 Caso I.....	121
4.2.2 Caso II	125
4.2.3 Nuestras Consideraciones.....	128
4.3 Jurisprudencia de Tribunales de Segunda Instancia.	132
4.3.1. INC-128-SC-2018 CÁMARA PRIMERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las quince horas siete minutos del once de junio de dos mil dieciocho.	133
4.3.2 Nuestras Consideraciones.....	136
4.3.3. Referencia 17-2017. Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente: Santa Ana, a las quince horas del dos de marzo de dos mil dieciocho.	139
4.3.4 Nuestras Consideraciones.....	143
4.4. Jurisprudencia Tribunales de Sentencia.	144
4.4.1 Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, referencia 119-16,	144
4.5 Jurisprudencia del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel.....	151
4.5.1 Caso I.....	151
4.5.2 Nuestras Consideraciones.....	154
4.5.3 Caso II	158
4.5.4 Nuestras Consideraciones.....	163
4.6 Diversidad de Criterios.	164
CAPÍTULO V: HALLAZGOS EN LA INVESTIGACIÓN	169
5.1 Investigación De Campo.....	169
5.2 Método y Técnicas de Realización.....	170
5.3 Tipo de Investigación.....	170
5.4 Población y Muestra	171
5.4.1 Población o Universo.....	171

5.4.2 Muestra	171
5.5 Método Técnicas e Instrumentos.....	172
5.5.1 Método.....	172
5.5.2 Técnicas.....	172
5.5.3 Instrumentos.....	173
5.6 Tabulación y Procesamiento de la Información Obtenida por Juzgados de Paz Instrucción y Tribunal Primero de Sentencia	173
CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	182
6.1 Conclusiones	182
6.2 Recomendaciones.....	186
• A la Asamblea Legislativa.-.....	186
• A la Fiscalía General de la Republica.-	186
• Al Órgano jurisdiccional en materia penal, Magistrados y Jueces de la República.-	186
BIBLIOGRAFIA	189
ANEXOS	191
Anexo 1.....	191

INTRODUCCION

La adopción del concepto de autopoiesis tal cual se conoce en la actualidad fue incrustada públicamente por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela a comienzos de los años de 1970, la base de su tesis fue dar explicación al proceso de reproducción de la vida en los seres vivientes, a este proceso o círculo de vida se le denominó por ellos “la organización de lo vivo”. Posteriormente al paso de los años el sociólogo alemán Niklas Luhmann utiliza la idea de autopoiesis para explicar su teoría de la comunicación, como elemento constitutivo de los sistemas sociales, y para diferenciarla de la teoría de la acción comunicativa desarrollada por Jürgen Habermas¹ Luhmann investiga y determina que, la idea de que los sistemas sociales son sistemas autorreferenciales autopoieticos, porque están constituidos por elementos producidos por los propios sistemas de los cuales, estos elementos son componentes.²

En esta tesis se determinara, teniendo en cuenta la creciente influencia del concepto social referido a las conductas autopoieticas, mismas que jurídicamente son retomadas bajo la denominación de conductas autorreferentes, dentro de la esfera del derecho de libertad consagrado en el artículo 4 de la Constitución de la República de El Salvador³

Bajo ese presupuesto constitucional el presente trabajo de investigación, denominado “Factores que influyen en la valoración probatoria del delito de posesión y tenencia de droga, en el Tribunal Primero de Sentencia de la Ciudad de San Miguel en los años 2016 al 2019.” se desarrolla en cinco partes fundamentales. La primera parte consiste en el “Proyecto de la Investigación”, en el cual se describen los lineamientos esenciales para el desarrollo del trabajo teórico y práctico. Esta parte comprende el presente resumen; la justificación de la investigación, que se posiciona en explicar la necesidad del trabajo; el planteamiento del problema de la investigación, explicándose en una visión más clara la situación problemática y el enunciado del problema, que serán los que marquen los puntos a investigar y resolver. La situación problemática es el punto de partida para la elaboración de los objetivos de la investigación, tanto generales y específicos, siendo los fines perseguidos y a los cuales aspira el resultado del presente trabajo. En el Capítulo uno se

¹ *En su artículo Autopoesis, acción y entendimiento comunicativo, publicado en 1982.*

² *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general, publicada en 1984, amplía y fundamenta estas ideas.*

³ *Artículo 4 Cn .(El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983)*

plasma la síntesis del planteamiento del problema, expresando una breve reseña de la situación problemática y el enunciado general como los enunciados específicos planteados en la primera parte de la investigación. En el segundo Capítulo se desarrolla la metodología de la presente investigación en el cual agregamos el método, las técnicas de investigación utilizadas para el desarrollo del mismo y las etapas en las cuales las hemos ido ejecutando. En el capítulo III abordamos el Marco Teórico, en el cual se da un amplio desarrollo al tipo se analizan las sentencias que soportan nuestra investigación, posterior pasamos a la operativización de hipótesis, esto es su visualización de cara al trabajo de campo que se realizará con Jueces, Fiscales, Defensores Públicos y Particulares. En el Capítulo cuatro, se realiza la Presentación, Descripción e Interpretación de resultados, comprendiendo en análisis cualitativo los resultados de la investigación, que surjan de los distintos instrumentos utilizados, entre ellos la encuesta con preguntas cerradas, con oportunidad de explicación en las entrevistas realizadas vía telefónica a las personas idóneas en la materia, jueces fiscales y defensores públicos y privados. Como fruto de esta presentación de resultados, se obtiene la comprobación o exclusión de las hipótesis planteadas y presentadas en los Capítulos anteriores, y de esta forma, verificar si también se cumplieron los objetivos de la investigación. En el último capítulo de la segunda parte del presente trabajo, se exponen las conclusiones a las que se arribaron. En la última parte de este trabajo se incrusta o adjunta el documento utilizados para este estudio, consistente en el contenido de ítems desarrollados en la entrevista.

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Situación Problemática.

La adquisición del problema, a fin de que este sea investigado surge a raíz de la no uniformidad de criterios en la interpretación de conductas autorreferentes en la persecución penal, llamadas también, conductas de "auto-consumo", así lo sostiene la doctrina al enunciar que; la inquietud que genera el problema social del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos alcanza tal intensidad que, con frecuencia, la cuestión criminológica y político-criminal relega la cuestión meramente jurídico-penal.⁴ Lo anterior hace resaltar que debe de incurrirse en criterios de valoración respecto de la aplicabilidad de la norma sustantiva vigente en materia de drogas o, delitos contra la salud pública, a efecto de evitar que se eximan, y como ha ocurrido, sea necesario el examen de constitucionalidad, para las normas que han sido legislada en materia de drogas, evitando con ello la aplicación automática de sus disposiciones.

Imperativo se torna considerarlo, ya que después de la promulgación de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, -- en adelante en esta investigación, la Ley o, LERARD – nacida por Decreto Legislativo número 153 de 2003, ya que sobre ella han recaído cuatro reformas, siendo de un interés particular el artículo 34, de esta ley, el cual tipifica o, establece los verbos rectores, para considerar la posesión y tenencia de drogas, como delito o, bajo la acción con reproche penal, esta norma, también sujeta a las modificaciones legislativas, sufrió en la periferia de su núcleo esencial alteraciones, de conformidad a los Decretos Legislativos número 215 / 2003 y número 253 / 2004 en lo relativo al castigo por la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos, lo que provocara el examen o juicio de constitucionalidad del Art. 34 de la ley.

Estas circunstancias volvieron necesario que nos encamináramos a buscar la distinción de aquellas conductas que, por su grave riesgo, ponen en peligro bienes jurídicos de terceros, y a las cuales resulta menester imponer una sanción penal, de aquellas otras

⁴ Enrique Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Edit. Akal, Madrid, 1991, Pág. 133.

conductas que sólo implican un ejercicio de la libertad individual de los ciudadanos, aunque resulte perjudicial para el propio individuo que la realiza. Estas últimas son definidas como conductas autopoiéticas⁵.

En ese sentido, los incisos 1° y 2° del Art. 34 LRARD, establecen que la posesión o tenencia para el "auto-consumo", en la medida que forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, está fuera del ámbito del Derecho Penal. También se reflexiona que, sin importar la cantidad de la droga que el sujeto activo porte o posea en su poder al momento de la investigación penal, esta indagación producirá la adquisición de los elementos de juicio para sostener una imputación y establecer la sanción de la disposición normativa, ello de acuerdo al cuadro fáctico de cada caso concreto, que determinara si existen elementos de carácter objetivos y subjetivos, que indiquen, que la sustancia está determinada para efectuar alguna de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas.

Siendo acertado que, luego del desarrollo de la actividad probatoria pertinente, se aplique el castigo penal de conformidad con los parámetros legales establecidos; siempre que la misma, sea capaz de lesionar bienes jurídicos de la colectividad, sin embargo si en el resultado de la investigación los bienes jurídicos no son lesionados, estaremos frente a una conducta que no está sujeta a ser controlada por el derecho penal, esto en el caso que la posibilidad de lesionar bienes jurídicos de la colectividad no exista. La posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos de terceros, legitima la tutela del Derecho Penal y, por lo tanto, la prohibición de tales conductas.

Sin embargo, es de determinar viabilizado por esta investigación, las consecuencias del consumo de droga, frente a la responsabilidad coercitiva del derecho penal, partiendo de estas conductas autopoiéticas que deben enmarcarse en la realidad criminológica y en la esfera interna de la auto-inducción dependiente del consumo de droga, de igual manera, resalta a la palestra que referida auto influencia, se constate pericial o científicamente, respecto de su consumo en relación a la salud física y mental del sujeto activo del reproche penal, sin obviar por su puesto, la pormenorización o tratamiento que le pueda dar el

⁵ Humberto Maturana Romesín 1994, en el prefacio de la segunda edición titulada *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, de su libro publicado en 1973 con Francisco J. Varela García, la idea de autonomía de los seres vivos fue concebida por él en la década de 1960, para explicar y comprender a los seres vivos en su condición de entes discretos que existen en su vivir como unidades independientes.

legislador al problema del auto consumo, como la posición en la que se ubica la jurisprudencia, respecto del desplazamiento de culpabilidad a la persona con conducta autopoiéticas o autorreferentes.

En ese sentido, es de tomar en cuenta qué criterios deberán acreditarse a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre: la posesión para autoconsumo exenta de pena; y la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas.

En el examen de constitucionalidad realizado por la Sala de lo Constitucional, se encuentran diferentes tópicos inmersos en la ley, o vinculados con esta, de igual forma lo retoma la jurisprudencia, tópicos que para la doctrina según lo sostiene Martínez Osorio se clasifican en: (a) la estructura del tipo penal como norma penal en blanco; (b) la duplicidad sancionatoria que posee cada uno de los delitos comprendidos en dicha ley –prisión y multa como penas principales–; (c) la posesión y tenencia de drogas para auto-consumo y la que resulta preordenada al tráfico; (d) la imposibilidad de aplicar en estos casos la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 71 LERARD); y, (e) la prohibición de modificar el régimen de la detención provisional conforme lo estipula el art. 331 párrafo 2° CPP.⁶

Por lo que, es congruente admitir que no hay delito sin daño, en el marco de la aplicabilidad del principio de lesividad del bien jurídico⁷; y, es que, debemos de recordar que la fase del proceso penal conlleva, dos fundamentales disposiciones a concretar, ambas importantes, siendo una de ellas, la posición del Estado frente a la comisión de un hecho delictivo, a efecto de determinar su punición o imposición de una pena, y la segunda la tutela de los derechos e intereses, para este caso concreto, la Salud Pública.

1.2 Delimitación y Temática

El objeto relevante de la investigación versa sobre la no aplicabilidad uniforme de criterios en relación a determinar las conductas autorreferentes, también denominadas autopoiéticas, o jurisprudencialmente conductas de auto-consumo, por lo que se trata de una investigación dogmática jurídica de campo.

⁶ *Martín Alexander Martínez Osorio; Comentarios a la Jurisprudencia Constitucional, Relacionada con los Delitos de Narcotráfico Ventana Jurídica, ano III – Vol. 1 Enero Junio 2005, pág. 3*

⁷ *Código penal, libro I, Parte General, Título I de las Garantías Penales Mínimas y aplicación de la ley, Capítulo I de las Garantías Penales Mínimas; acápite Principio de Lesividad del Bien Jurídico, Art. 3.- no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.*

1.2.1 Alcance Espacial

Por el tipo de investigación realizada, se tomó una muestra jurisprudencial de los criterios desarrollados por el Tribunal Primero de Sentencia de la ciudad de San Miguel, en relación a posesión o tenencia de drogas, que podrían estar vinculadas con conductas autopoiéticas o de autoconsumo, por tener a cargo la etapa de juicio, donde se resuelve la situación jurídica de las personas procesadas por posesión o tenencia de drogas, en cantidades que podrían estar destinadas a la afectación únicamente de la salud individual, a fin de determinar cómo se están resolviendo este tipo de casos en la jurisdicción penal, cuáles son los criterios con los que se determina responsabilidad penal y especialmente los parámetros fijados en las sentencias para determinar que la conducta ha sido realizada con el ánimo de traficar, al descartar previamente que estuviere destinada para el consumo individual, circunstancia que se realiza desde la perspectiva de las sentencias analizadas, consistentes en dos sentencias, dependiendo de la posibilidad que estas contengan los criterios desarrollados, en relación a las conductas autoreferentes.

1.2.2 Alcance Temporal

Los precedentes en esta investigación se enmarcan, en la búsqueda de los elementos o factores que influyen en la valoración probatoria del delito de posesión y tenencia de drogas, en los casos vistos, conocidos, procesados y llevados a juicios en el Tribunal Primero de Sentencia de la ciudad de San Miguel, en relación a conductas autopoiéticas o de autoconsumo, en el periodo de 2016 al 2019. Mismos que no pudieron constatar, al no acceder, directamente a esta jurisprudencia, debido a las restricciones establecidas gubernamentalmente, adoptadas y ejecutadas por los tres órganos del Estado y en lo que nos interesa por el Órgano Judicial, el cual aun en las fechas de finalización de esta investigación se encuentran vigentes, por lo que referida circunstancia nos limitó al acceso a jurisprudencia específica en cantidad.

1.3 Enunciado del Problema.

1.3.1 General

¿Son aplicables los criterios objetivos, subjetivos y personales incluyendo las esferas psicológicas y emocionales de dependencia del justiciable ante el consumo de

drogas, derivando con ello la presencia de conductas autorreferentes o autopoieticas, en el Tribunal Primero de Sentencia de la ciudad de San Miguel?

1.3.2 Específicos

- ¿Concurren debilidades o apreciaciones subjetivas de los operadores judiciales, en la implementación de los criterios de la jurisprudencia constitucional, en relación a las conductas autopoieticas?
- ¿Se previene efectivizar los componentes que dan vida a la tutela efectiva, por parte de los operadores jurisdiccionales en los casos de posesión y tenencia de droga, con aparente manifestación de auto – consumo en relación a la protección, conservación y defensa de sus derechos?
- ¿Cuál es la diferenciación que la actuación forense o procesal determina, para efectuar la clasificación entre las conductas, bajo reproche penal constituido en delitos contra la salud pública, de las conductas autorreferentes?
- ¿Cuál es el abordaje y conexión de la jurisprudencia, de la Sala de lo Constitucional, Sala de lo Penal, de Cámaras de Segunda Instancia, con competencia en los casos en conocimiento del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel; en los casos de conductas autorreferentes?

1.4 Justificación y Relevancia Analítica.

La investigación contribuirá a la aplicación de los criterios que determinan la adecuada calificación jurídica de los hechos atribuidos a personas en conflicto con la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica.

La misiva de esta exploración, se entaña sobre la base del rol principal del Estado, el cual gira alrededor de la persona humana, haciendo énfasis en el respeto de sus derechos fundamentales,⁸ y garantizando a su vez las acciones concernientes a la autonomía de la persona humana, siendo esta la que desarrolla la facultad de ejercicio de las conductas autorreferentes, así es determinado por las ciencias sociales, cuando sostienen que este

⁸ *Constitución de la Republica de El Salvador. Art.1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.*

fundamento de la *autonomía*, es también el fundamento de la idea de autorreferencia de los seres vivos como sistemas. En efecto, todo lo que pasa en y con los seres vivos, tanto en su dinámica interna como relacional, se refiere sólo a ellos mismos, ocurre como una continua realización de sí mismos, como si operasen como entes autorreferidos⁹.

Dentro de este contexto, se inscribe la base de los criterios de distinción entre las conductas constitutivas de hechos delictivos, de las conductas de auto consumo o autorreferentes, y, es que una persona que utilice en su cotidianeidad el consumo de drogas, su estudio a efecto de determinar su conducta resulta obscuro, en razón de que debe tomarse en cuenta una serie de factores, como la diferenciación social, el consumo realizado como adicción personal o individual, en algunas ocasiones realizadas en grupos, siendo en estas acciones que debe de considerarse aspectos como los vínculos sociales, la solvencia o nivel económico presentado, sin omitir o señalar los roles psicológicos y emocionales, y en suma los culturales, que constituyen los rasgos personales del sujeto activo de la acción, como lo determina la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional¹⁰.

Podríamos hacer entonces el uso de una premisa que se caracteriza como necesaria, siendo esta, la de proponer una configuración de relaciones, veamos, la droga no existe como algo independiente de las formas de su uso, las cuales no siempre conducen a una conducta que configure una acción con reproche penal, como puede ser la visión en los pasillos de las unidades jurisdiccionales, siendo estas, los Tribunales de Sentencia, al observar únicamente el elemento cuantitativo contenido como presupuesto objetivo en los incisos 1º y 2º del Artículo 34 de la LRARD.

Sobre lo anterior, la Sala de lo Penal ha establecido en su jurisprudencia¹¹, la necesidad de probar la inexistencia de una conducta autopoiética, en esa misma línea y sobre ese elemento objetivo enunciado, la Sala de lo Constitucional establece criterios de diferenciación, siendo concreta al determinar que la posesión y tenencia de droga para el autoconsumo no es punible en la medida que se encuentra en la esfera interna de la conducta en la cual la coercibilidad del Estado presenta su límite, por tratarse de una auto

⁹ Humberto Maturana Romesín, segunda edición titulada *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, de su libro publicado en 1973 con Francisco J. Varela García,

¹⁰ Sala de lo Constitucional -- Inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007

¹¹ La referencia, 131 C 2015 del 2610/2015 relaciona que: [...] en los incisos 1º y 2º del Art. 34 LRARD, se abarcan comportamientos que pueden ser auto referentes y, por consiguientes, corresponde a la Fiscalía General de la República, probar que no lo son, por estar encaminados a la promoción del tráfico..

lesión.¹² Sin embargo, para lograr establecer, esa circunstancia, como se ha indicado, requiere de la producción de prueba suficiente, requiriendo la presencia de varios factores.

Es así entonces, que la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo, el cual deberá ser deducido de circunstancias objetivas acreditadas dentro del proceso penal que permitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia.¹³ Circunstancias o factores que pasan por acreditar que, se es consumidor, la capacidad económica a efecto de la compra de la droga, como el que se fije la cantidad a consumir de forma diaria o semanal u otra referencia de consumo.

Inclusive, desde la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha señalado que, en los casos relacionados a posesión de drogas en cantidades pequeñas, lo primero que debe realizarse desde el órgano encargado de la persecución del delito -Fiscalía General de la República-, es descartar que estuviere destinada al consumo personal, ya que de estar destinada a ello, no habría forma de intervención penal, y por ello, se ha indicado que solo después de haber verificado que no está destinada al consumo personal, debería promoverse la acción penal, lo que a su vez, está vinculado con el principio de objetividad que gobierna las actividades del Ministerio Público Fiscal.

1.4.1 Alcance.

La novedad radica en la plena y correcta identificación de los criterios que son tomados en cuenta, para la adecuación de los tipos penales de posesión y tenencia de drogas, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, ya que el derecho penal no debe intervenir en aquellas conductas que forman parte de la faceta interna de la libertad, a partir de la cual la persona se encuentra en libertad de decidir el estilo de vida que quiere llevar, y por ello, al no poner en peligro bienes jurídicos de la colectividad como la salud pública, en los delitos relacionados a la narcoactividad, el Estado no debe intervenir, por medio del ámbito penal, lo podría hacer a través de otras áreas vinculadas a la salud, como el tratamiento de la drogodependencia, entre otras.

Imperativo entonces resulta el señalar lo relativo al consumo y la cantidad que se relaciona con dicho consumo, es decir, las dosis que en la asiduidad presenta la persona

¹² Las autolesiones de conformidad al art. 142 CP son atípicas ya que no causan daños a terceros.

¹³ Enrique Bacigalpo, *Estudios sobre la parte especial*, citado, Pág. 144.

adicta a las drogas, sean estas diarias, semanales o por lapsos más cortos, y que necesita para satisfacer su adicción.¹⁴ Lógicamente ello conlleva a direccionar los resultados de esa dependencia, ya que la misma trae consigo una alteración a la conducta respecto de la posibilidad de transgresión de las normas penales, motivado por la afectación psicológica y social, específicamente aquellas conductas delictivas, que puedan generar la obtención de dinero a efecto de sufragar los costos para la adquisición de la droga de la cual se depende y satisfacer así su consumo.

La drogodependencia¹⁵ deberá ser probada, por medio de circunstancias objetivas, como la laboriosidad del justiciable, es decir, los medios económicos que respaldan la adquisición de la droga a consumir, en equiparación al valor de la droga de la cual se tiene adicción, por lo que la cantidad en posesión no debe rebasar su consumo diario, con lo que equilibra sus fuentes o medios económicos y el autoconsumo de droga, determinando en su valoración que la actividad laboral a la que se dedica el justiciable, le genera la cantidad suficiente de dinero para adquirir la cantidad de droga a consumir y que mantiene en su esfera de dominio o posesión.

La doctrina, en su haber presenta esta misma fórmula,¹⁶ específicamente en la aplicabilidad de la razonabilidad y las reglas de la sana crítica. Lo anterior a efecto de no transgredir el derecho de libertad en su esfera interna, en la cual como se ha sostenido no entra la coercibilidad estatal, ni la injerencia exterior.

Elemento para establecer una correcta interpretación de la disposición normativa, en especificidad el artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, es la comprensión de la clasificación de drogas, con la intención de no conculcar el principio constitucional de lesividad, el cual dispone la necesidad de que la conducta suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico penal, así las drogas

¹⁴ Según la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), en su *Manual de criterios diagnósticos para la enfermedades mentales (DSM-IV.2000)*, el **abuso de sustancias** es "un patrón desadaptativo de consumo de sustancias que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativo, expresado por uno (o más) de los siguientes síntomas durante un periodo de 12 meses: consumo recurrente de sustancias, que da lugar a un incumplimiento de obligaciones de trabajo, la escuela o en casa, o en situaciones en las que hacerlo es físicamente peligroso; problemas legales repetidos relacionados con las sustancias; consumo continuado de sustancias, a pesar de tener problemas sociales continuos o recurrentes o problemas interpersonales causados o exacerbados por los efectos de la sustancias".

¹⁵ Definida por primera vez por la OMS en su Informe técnico 116/1957 como: "estado de intoxicación periódica o crónica producida por el consumo repetido de una droga natural o sintética y caracterizado por el deseo dominante para continuar tomando la droga y obtenerla de cualquier manera, tendencia a incrementar la dosis, dependencia psíquica y, generalmente física respecto a los efectos de la droga, con síndrome de abstinencia por retirada de la droga, y efectos nocivos para el individuo y la sociedad.

¹⁶ "El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones a las que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se apoye". Cafferata Nores "La Prueba en el Proceso Penal". Pág. 45

presentan doctrinariamente la clasificación¹⁷, entre aquellas drogas que causan grave daño a la salud, conocidas vulgarmente como drogas duras y, por otro lado, aquellas que no lo hacen, las llamadas drogas blandas.

Lo importante de esta clasificación, radica en el hecho jurídico que conforme al principio de lesividad ya referido, las drogas duras son caracterizadas como más dañinas a la salud pública, por lo que el reproche social será mayor en relación a su adicción, en tanto las drogas blandas, son aquellas de las cuales la persona en su fuero interno puede llegar a consumir con adicción, en ambos tipos de drogas, si fuese en otro sentido su posesión como el de traficar, el reproche social se transforma en reproche penal requiriendo la aplicabilidad de una pena.

1.5 Objetivos de la Investigación

1.5.1. Objetivo General

- Determinar en la disposición normativa del artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, los elementos objetivos y subjetivos, en la aplicabilidad de los criterios que diferencian las conductas externas de las internas referidas al autoconsumo.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Fijar la correcta aplicación de los elementos de la sana crítica, en los casos de Tenencia y Posesión de droga, bajo los estándares de los criterios de la Sala de lo Constitucional determinados en la sentencia de 16-XI-2012 –Inc.70-2006–.
- Adquirir Interpretaciones en la valoración de la prueba exentas de acreditar fundadamente la tutela de los derechos del justiciable cuando se refiere al autoconsumo de drogas.
- Examinar las diferentes afecciones personales en los drogo – dependientes, para la aplicación del aspecto personal subjetivo de estos y su interpretación en el proceso penal.

¹⁷ Molina Pérez, *Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, n° 38, 2005, 95.

1.6 Sistema De Hipótesis.

¿La Inaplicabilidad de los criterios cualitativos de la Sala de lo Constitucional, vulnera el principio de Inocencia?

Ahora, confrontaremos el iter lógico, y/o razonativo, que bajo fundamentación sostiene la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de La Corte Suprema de Justicia que otorga parámetros especificados, determinando el desarrollo de los criterios a considerar, en la persecución penal del dispositivo conductual, enmarcado en el artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en cada uno de los tres supuestos, establecidos por el legisferante en la norma especial citada, a efecto de determinar el razonamiento jurisdiccional, que contenga estos estándares, o criterios constitucionales, a efecto de que se excluya la conducta autorreferente o autopoietica del imputado.

Sobre esas ideas, dice la Sala de lo Constitucional en su sentencia, que establece tomar en cuenta los principios constitucionales de lesividad, al igual que el principio de proporcionalidad que en su juicio se determina para estos dispositivos penales si existe o no respecto de la trascendencia a terceros en razón de la lesividad al bien jurídico protegido, es decir, la trascendencia social del bien jurídico, su lesión o puesta en peligro, así como la proporcionalidad que la pena debe tener, además de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con su imposición.

CAPÍTULO II:

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1. Tipo de Estudio.

De acuerdo a las características propias de nuestro trabajo, la investigación efectuada se basó en ítems requiriendo para su composición el trabajo de campo, siendo su universo la jurisprudencia de la Sala de lo Penal, de Cámaras de Segunda Instancia y tribunales de Sentencia; entre ellos el Tribunal de Primero de Sentencia de la ciudad de San Miguel; agentes auxiliares de la Fiscalía General de la República, defensores particulares, agentes auxiliares de la Procuraduría General de la República en calidad de defensores públicos; estas instituciones escudados en el distanciamiento, promovido y efectuado según protocolo de enfrentamiento durante la cuarentena estatal y la reapertura por la pandemia COVID 19. Misma que tiene la característica de ser evidente y notoria, por lo que no requiere acreditación al afectar a la población mundial, obviaron el permiso de acceso a efectos de realizar la presente investigación.

Los funcionarios institucionales de la Fiscalía General de la República y Procuraduría General de la República, junto abogados particulares omitieron verter opinión sobre la encuesta a realizar; por el motivo señalado en el párrafo anterior, razón que motivo se optará por la realización de entrevistas únicamente a los operadores judiciales, según se verá en detalle en el próximo apartado.

2.2. Método.

Para el desarrollo del tema objeto de estudio se tomó el método científico, por los esfuerzos sistemáticos de comprensión, provocado, por una necesidad o una dificultad de la que se ha tomado conciencia, dedicado al estudio de un fenómeno complejo; cuyo interés supera las preocupaciones personales e inmediatas, siendo planteado el problema en forma de hipótesis tendiente a una explicación general, hacia una ley dedicada a un estudio riguroso del desarrollo de los procesos en casos concretos, particulares, en su originalidad irreducible, es decir que se desarrolla a través de procedimientos que nos permite descubrir las condiciones en la cual se presentan sucesos específicos, caracterizado personalmente

por ser tentativo, verificable, de razonamiento riguroso y observación empírica, siguiéndose una sucesión de pasos que debemos dar para descubrir nuevos conocimientos. Teniendo una estructura que se constituye desde la formulación del problema, definición de los objetivos, marco teórico, planteamiento de las hipótesis, fase de investigación de campo, comprobación de las hipótesis, análisis de resultado donde se contrastan estos últimos con las hipótesis, conclusiones y recomendaciones y propuestas al trabajo realizado. Con este método nos conduciremos a la posibilidad de ir construyendo una realidad más justa y humana, en donde las diferentes ciencias deben de aportar a su desarrollo.

2.3. Técnicas e Instrumentos

Entrevista no estructurada: “Es una forma de obtener información, que se diferencia de la conversación ocasional, ya que esta es provocada con una finalidad de información precisa a través del intercambio de opiniones. Prestándose difícilmente a la cuantificación. Esta se utilizó y proyectó inicialmente aplicarla a informantes claves, sobre los supuestos que estos por su actividad, como operadores del sistema judicial, tienen conocimiento a profundidad de la problemática que se estudia. Para lo cual, se elaboró una cedula de entrevistas en la que, se establecen interrogantes abiertas, para que sean contestados por los informantes, siendo estos los Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia, de la ciudad de San Miguel, operación que no fue posible realizar, en forma extensiva debido a los decretos de emergencia y aislamiento domiciliario obligatorio, dictados a consecuencia de la pandemia mundial desarrollada por el virus Covid-19. Sin embargo, se focalizó la entrevista en los Jueces de Paz, Instrucción y Tribunal Primero de Sentencia todos de la ciudad de San Miguel.

2.4. Etapas de la Investigación

Etapa I: Revisión de literatura. Identificación del problema.

Etapa II: Diseño del proyecto.

Etapa III: Trabajo de Campo. Metodología Propuesta.

Etapa IV: Análisis de la Información.

Etapa V: Conclusiones y Recomendaciones

Etapa VI: Presentación de resultados

2.5. Procedimiento de Análisis e Interpretación de Resultados.

Esto se desarrolla en el capítulo V del presente trabajo de investigación, por lo que referido procedimiento para estudio y análisis es remitido a dicho capítulo.

CAPÍTULO III:

MARCO TEÓRICO.

3.1 Principios Informadores del Derecho Penal

Los principios informadores del Derecho Penal, son aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho Penal; por lo que se puede afirmar que constituyen, los pilares sobre los que descansan las instituciones jurídico - penales: los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad, así como los criterios que inspiran las exigencias político-criminales¹⁸

Los principios informadores del Derecho Penal, son también conocidos como principios limitadores, responden a la necesidad de establecer unos cauces legítimos dentro de los cuales el Estado pueda ejercer el “*Iuspuniendi*” sin incurrir en abusos o atentados a la libertad, la igualdad y a la dignidad humana, al ser valores superiores del ordenamiento jurídico¹⁹.

Se puede afirmar que estos principios en su gran mayoría son comunes²⁰ al sistema jurídico político europeo, que encuentra su origen histórico en el movimiento de la Ilustración. Desde el punto de vista del Derecho positivo, acabaron reflejados en los textos constitucionales que surgen tras la revolución norteamericana y francesa, así como en el siglo XX impuestos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás declaraciones internacionales, en los que se reconocen los derechos fundamentales de las personas.

En el mismo orden de ideas los Estados democráticos de Derecho que surgieron en Europa después de la Segunda Guerra Mundial son indisolubles de un determinado tipo de Derecho Penal, que persigue cubrir las exigencias de control social y protección de los bienes jurídicos, así como de castigo y prevención, mediante un escrupuloso respeto de los

¹⁸ Nunes, Juan Antonio Martos, *Principios Informadores del Derecho Penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1999, pág. 80.

¹⁹ Santiago Mister Puig, función de la pena y teoría del Delito, en el Estado Social y Democrático de Derecho, Segunda Edición, Editorial Bosch S.A. Barcelona 1962 pag. 730.

²⁰ Nunes, Juan Antonio Martos, *Principios Informadores del Derecho Penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1999, pág. 80

derechos fundamentales, muchos de los cuales guardan relación directa con la materia penal.²¹

Es importante mencionar que los principios informadores del Derecho Penal persiguen dos objetivos el primero, de limitar el ejercicio del poder punitivo para que el Derecho penal sea empleado como ultima ratio, tan solo cuando se afecten los bienes jurídicos protegidos, y el de utilizarse de manera relativa, cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos. De evitar que los que ejercen el poder político procuren la impunidad y falten a su deber de protección y garantía, por lo que en su orden se desarrollan a continuación.

3.1.2 El Principio de Intervención Mínima

El origen del principio de intervención mínima como límite al legislador para tipificar cualquier conducta coincide con el nacimiento del liberalismo doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVII, principalmente en Francia e Inglaterra, caracterizado por la reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, político, económico, religioso, entre otros, y el comienzo del desarrollo del Estado de derecho.

Este principio expresa la idea de que, si el derecho penal es un mal, este ha de reducir su intervención y no intervenir de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino a aquello que sea estrictamente necesario – en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos

Este principio se plasma en tres momentos²²: primero, en el de la decisión de recurrir a la norma penal: debe ser la última ratio en el sistema de protección social, y tan sólo para proteger los intereses sociales más esenciales, frente a los ataques más graves; segundo, el carácter fragmentario del Derecho penal, en el momento de selección legislativa del concreto instrumento punitivo: la clase de pena y el grado de esta. Desde este plano se pueden derivar consecuencias para un tercer momento: el de la concreta aplicación de la

²¹ Jesús Bernal del Castillo, *Derecho Penal Comparado. La definición de Delito en los Sistemas Anglosajón y Continental*, Barcelona, Editorial Atelier 2011

²² Antonio Zarate Conde, *Derecho Penal Parte General*, 2015, Madrid, Editorial: La Ley, pag. 78, 91

pena. Se requiere además, que la imposición y ejecución de la misma resulte necesaria para la protección social.

Este principio en nuestro ordenamiento jurídico, establece que el poder de intervención que tiene el Estado solo podrá ser aplicado contra acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes, dejando a otras disciplinas del derecho los casos más leves de comportamientos que perturben o transgredan el ordenamiento jurídico, es por esa razón que se considera al derecho penal como subsidiario.

Por lo que se puede afirmar que, el Derecho Penal no interviene siempre, solo lo hace cuando se atenta contra los bienes jurídicos más importantes de las personas; por tal motivo las demás áreas del derecho, no entran a conocer sobre la conducta del individuo cuando esta es grave sino, que ello trasciende al ámbito penal.

Por lo antes expresado se puede afirmar entonces que el Derecho Penal, no es la solución al problema del crimen y de la criminalidad como fenómeno global, al no ser posible su erradicación sino sólo su contención a límites “tolerables” y debe sujetarse a criterios de necesidad y oportunidad, desplegando toda su eficacia el principio de intervención mínima. Parece ser admitido que el Derecho Penal ha de conceptuarse como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario para proteger los bienes jurídicos.

A efecto de asegurar este papel restringido del Derecho Penal, la doctrina ha reconocido la vigencia del principio de intervención mínima que presenta un doble carácter de subsidiariedad y fragmentariedad:

El *carácter subsidiario* significa que el Derecho Penal es la última ratio, es decir, que sólo intervendrá para proteger los bienes jurídicos cuando se manifiesten ineficaces los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho.

No será necesario el recurso al Derecho Penal cuando la sociedad pueda ser protegida por otros medios menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de un recurso extremo que tiene por finalidad garantizar la seguridad al menor coste posible para la libertad.

Cuando se acepta el carácter subsidiario, se reconoce que la pena es un mal irreversible y que sólo debe de acudir a ella en último lugar, como solución imperfecta, al existir otros modos de actuación preferentes de lucha contra el fenómeno delictivo. Como señala Mr. Puig, deberá priorizarse ante todo la utilización de medios desprovistos de carácter de sanción como es el recurso de los poderes públicos a una adecuada política social como medio de prevención de la criminalidad. Seguirán a continuación las sanciones no penales y administrativas. Únicamente cuando ninguno de los anteriores medios sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o la medida de seguridad²³.

El carácter fragmentario del Derecho Penal supone que sólo se protegerán los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad y que estos bienes jurídicos tendrán que ser protegidos frente a los ataques más intensos, aquellos que resulten ser intolerables, este sólo se debe preocupar de una parte de los comportamientos antijurídicos y es indiferente a las cuestiones de la moralidad que permanecen al margen de lo punitivo.

La jurisprudencia salvadoreña lo sostiene cuando se establece que, el principio de mínima intervención supone que el derecho penal, no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos menos intensos, para restablecer el orden jurídico. En ese sentido, la intervención penal es la última razón a la que debe acudir el legislador en su tarea de formulación de los instrumentos punitivos, la cual debe ser inspirada en el referido principio; el que, a su vez forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que incorpora el derecho penal:

a) El carácter fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

²³ Santiago Mir, *Ouig Derecho Penal Parte Especial*, 2011, Barcelona, Editorial Repertor

b) El carácter subsidiario o ultima ratio, según el cual, el derecho penal opera únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones meno drásticas que la sanción punitiva²⁴.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última ratio, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Respondiendo dicho principio a una doble naturaleza: por un lado como ya se dijo, la de no penalizar comportamientos que son solamente relevantes para la moral ni afectan bienes jurídicos; y por otro, como límite de la función judicial en la aplicación de las penas; desde este punto de vista, los jueces deben interpretar la norma y adecuar la conducta lesiva al tipo penal, no debiendo extender la aplicación del derecho penal mediante interpretaciones que, sin estar afectas por la prohibición de la analogía, resultan exageradas o se apartan del contenido normativo el cual debe ser entendido de manera restringida. En este último sentido el juez sólo puede aplicar las penas establecidas en la ley, por los hechos previstos en ésta únicamente, a autores que hayan obrado culpablemente y sólo una vez por cada delito.

Sobre dicho principio, se ha pronunciado la doctrina: El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataque muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene un carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico²⁵.

En ese contexto, la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado: "el Derecho Penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir

²⁴ Sentencia 475C2016 Sala de lo penal Corte Suprema de Justicia

²⁵ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal, 2001, Buenos Aires, Editorial: IB de F Montevideo*

el delito, por lo que debe evitarse su uso cuando se muestre inoperante, inadecuado o contraproducente para conseguirlo.²⁶

3.1.3 Principio de Legalidad.

Este principio garantiza que el Estado determinará en forma clara, en la ley penal, que infracciones constituyen delito y cuales constituyen falta; y, a la vez, señalará las sanciones y medidas de seguridad que se aplicaran en cada caso de violación a una norma penal.

Tiene su base en el artículo Art. 15 de la Constitución de la Republica de El Salvador, el cual literalmente establece lo siguiente: “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”²⁷.

Se denomina legalidad porque es el Estado, el ente encargado de configurar las conductas delictivas y de aplicar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley.

Se le puede llamar también como principio de reserva, desde un punto de vista técnico formal, ya que solo el Órgano Legislativo tiene la función monopolizadora de restringir los derechos fundamentales del ser humano; así mismo constituye una prerrogativa para la ley penal en el sentido que solo ella está autorizada para regular los delitos y sus consecuencias jurídicas.

Se mantuvo vigente en casi todas las legislaciones hasta que en Alemania se dan ciertos acontecimientos iniciados luego de la primera guerra mundial, en el sentido que el movimiento fascista estaba en ascenso hasta que en 1939 estalla la segunda guerra mundial, aboliéndose el Principio de Legalidad, consagrando en lugar de él, la analogía y el sano sentir del pueblo alemán como criterios directrices en materia punitiva. Luego de la segunda guerra mundial se vuelve a dar vigencia y se mantiene hasta la actualidad.

Sobre las garantías ofrecidas por el principio de legalidad se tiene:

²⁶ *Sentencia de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional, 2013 47-2012.*

²⁷ *Constitución de la República de El Salvador 1983*

1-Garantías Sustantivas: Se refiere a garantías establecidas en el Derecho Penal Material, para que la intervención del Estado en materia de punibilidad y el establecimiento de conductas como delitos este controlada. Se subdivide en las siguientes garantías: Criminal, la cual requiere que el delito se encuentre determinado por la ley (nullum crimen sine lege); y la penal, cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho (nullapoena sine lege).

2- Garantías Procesales: establece que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal y que la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función. De lo anterior se deduce que en esta clase de garantía se establecen dos principios fundamentales; el Debido Proceso Legal, y del Juez Natural o Juez Legal, dándole vida a la garantía Judicial que se refiere a que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena deben ser determinados por una sentencia judicial.²⁸

3- Garantías de Ejecución Penal: estas se refieren a que tanto la pena como la medida de seguridad deben ejecutarse mediante el adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, debiendo ser éste humanitario y que lleve la finalidad de resocializar o readaptar al condenado.²⁹

3.1.4 Principio de Culpabilidad

El reconocimiento de este principio, supone afirmar que sólo se puede castigar a alguien por lo que hace, en el ejercicio normal de su autonomía personal, es decir, para que un individuo pueda ser castigado con una pena, es necesario que el hecho injusto le sea personalmente reprochable, partiendo de la premisa de que el ser humano es responsable de sus actos.³⁰

Este principio conocido también como de responsabilidad subjetiva, se enuncia diciendo que no hay pena sin culpabilidad pues, la sanción penal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle reprochado al autor, lo que implica dos cosas diferentes: En primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad pues toda

²⁸ Enrique Bacigalupo, Z. Manual de Derecho Penal Parte General Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota Colombia 1996. Pag. 169

²⁹ Idem

³⁰ Conde, Antonio Zárate, *Derecho Penal Parte General 2015* Madrid editorial La Ley
López, Luis Vásquez, *Código Penal 2019* San Salvador LIS

pena la supone, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo el grado de culpabilidad.

El autor no responde por sus defectos (Derecho Penal de Autor); sino por su hacer (Derecho Penal de Acto)³¹; se trata de un derecho penal de culpabilidad por el hecho o por el acto cometido y no por la forma de cómo el autor conduzca su vida.

Los casos en que se niega este principio son los siguientes:

- a) La agravación o fundamentación de la pena por el mero resultado: Implica atribuir cierta conducta por el resultado producido; interesa lo que se puede observar en el mundo exterior sin importar el contenido de la voluntad, ligándose la pena con la mera objetividad del daño, es decir que se castiga al agente por lo que ocurre y no por lo que hace.

El Código Penal prohíbe en el Art. 4³² la responsabilidad objetiva entendida esta como aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino solo el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto. Solo se castiga la imprudencia porque no obstante que no existe dirección de voluntad de cometer el ilícito penal; si hay una infracción al deber objetivo de cuidado, lo que ocasiona que se transgredan los bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

- b) La *versari in re illicita*: Es una forma de responsabilidad atenuada y se refiere a que la persona debe asumir todas las consecuencias de su acto, aun las no queridas, siempre y cuando provenga de un obrar ilícito.
- c) En caso de no reconocerse el error de tipo y de prohibición: En virtud de este la persona no se le reconoce que actuaba con un desconocimiento o falsa apreciación ya sea de los elementos objetivos del tipo o de la norma penal o sobre la existencia de una causa de justificación. A consecuencia de ello, desde el momento que el error se torna irrelevante para el derecho penal se transgrede

³¹ Conde Antonio Zarate, Derecho Penal Parte General 2015 Madrid Editorial la Ley.

³² Código Penal Republica de El Salvador

el principio de culpabilidad porque no existe una conciencia en el agente para producir un determinado resultado.

- d) La imposición de una pena a un inimputable: Porque a ellos se les aplica una medida de seguridad por su peligrosidad; en consecuencia, si se le aplica una pena ésta no seguiría ninguna finalidad porque estas personas no son capaces de motivarse por la norma penal y no son consiente de sus actos.

- e) La imposición de una medida de seguridad a un imputable: Es todo lo contrario al literal anterior; pues aquí se toma en cuenta el grado de culpabilidad atribuible al agente, cosa que no se hace en los inimputables, porque la pena debe cumplir su finalidad resocializadora hacia el individuo por ser capaz de motivarse por la norma jurídica³³.

- f) La asignación de mayor pena a reincidentes, delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de culpabilidad respectivo.

- g) Si no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de imposición de la pena.

- h) La extensión de formas de responsabilidad penal a grupos sociales: Es cuando se extiende el castigo a grupos políticos, religiosos o de cualquier índole del infractor. Este principio se encuentra regulado en el artículo 4 del C. Pn., con el nombre de principio de responsabilidad, el cual regula que “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material ha la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto.”³⁴

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem

3.1.5 Principio de no Discriminación

Este principio tiene su base en la Constitución de la República de El Salvador, específicamente en el Artículo 3, el cual literalmente establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión”.³⁵

La prohibición de discriminación no implica la interdicción absoluta de establecer diferenciaciones jurídicas basadas en dichas condiciones o circunstancias personales, sino el deber de aplicar “un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, pues “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin, ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato.

3.1.6 Principio de Ne Bis In Ídem O Non Bis In Idem

El non bis in idem es una locución latina mejor conocida como ne bis in idem y en otras ocasiones, que dependiendo del jurista lo utiliza de cualquiera de las maneras citadas para referirse a la misma prohibición constitucional, en este caso en concreto al doble enjuiciamiento.

Esta situación se debe más a razones de preferencia fonética de la locución la cual en nada afecta el contenido de la prohibición. Sin embargo, parece preferible la expresión ne bis in ídem, ya que “las primeras referencias que nos permiten situar el origen aplicativo del principio recogen en su formulación la partícula “ne” en lugar de “non”; concretamente la cita de Quintiliano “solet et illudquaeri, quo referatur, quod scriptum est: ‘bis de eadem re nesitactio’ id est, hoc ‘bis’ ad actores an ad actionem”. Dentro de esta construcción, la conjunción “ne” desempeña una función completiva, que requiere la presencia de un verbo de impedir o de prohibición implícito en la frase. Conforme a esta función, la frase tendría el significado de que “también se suele preguntar, para establecer la cuestión, sobre la Ley

³⁵ Constitución de la República (de El Salvador Asamblea Legislativa 1983).

que así se formula: “que el proceso no sea dos veces por la misma causa”, este dos veces se refiere a los actores-acusadores al proceso”

El principio de *ne bis in idem*, o, “no dos veces sobre lo mismo”. También se constituye como uno de los principios informadores del Derecho Penal que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por el mismo se establece que toda persona tiene el derecho a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos³⁶.

Regulación nacional

Dentro del ordenamiento Jurídico Salvadoreño, la primera Constitución Política del Estado de El Salvador de 1824, constaba de ochenta y dos artículos, en ninguno de ellos se encuentra regulado el principio de persecución única o “NE BIS IN IDEM”, en ese tiempo el país de El Salvador ya era un Estado independiente, pero a pesar de esto, no se regulaba este principio, bajo resguardo de una garantía constitucional.

En las Constituciones posteriores a la de 1824, si se regula el principio de juicio único o de única persecución, exceptuando la de 1841. Así en la Constitución de 1864, en el artículo 82, se regula el principio de garantía de audiencia y el de persecución única, y así sucesivamente las demás Constituciones que a lo largo de la historia han regido en nuestro país.

La Constitución salvadoreña vigente de 1983, en el artículo 11 inc. 1 parte final, ha establecido, la garantía del **ne bis in idem**, lo cual significa para nuestro tema en particular, que una persona que ha sido sometida a un proceso penal, por haber participado en forma directa o indirecta, es decir como autor o cómplice de la comisión u omisión de un delito o falta, tipificado en el Código Penal, no puede ser sometido por segunda vez a un nuevo proceso y por la misma causa, al haber sido sobreseído definitivamente en la primera fase del mismo o al haber sido absuelto en una sentencia dictada por el Tribunal competente, así como también para el caso de que la persona haya sido condenada en el proceso, no puede este ser enjuiciado o condenado dos veces por la misma causa.

Actualmente el Código Procesal Penal, recoge este principio en el Artículo. 7 el cual literalmente dice “Nadie será perseguido penalmente, más de una vez por el mismo hecho.

³⁶ Idem

La sentencia absolutoria firme, dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los Tribunales Nacionales, producirá el efecto de Cosa Juzgada.”³⁷

En el ambito internacional

El principio de ne bis in idem, es reconocido en muchas legislaciones democráticas, como una de las bases del Proceso Penal, no solo en nuestro país, sino en otros países como Argentina, España, Costa Rica, entre otros, lo cual ha llevado, a que tratados internacionales lo regulen en forma específica, en artículos, a fin de no ser violentados los derechos de las personas humanas, cuando son procesados por la comisión u omisión de un hecho delictivo, es así, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, lo regula en artículo 14 num. 7, diciendo que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito, por el cual ya ha sido condenado o absuelto, por una sentencia firme, de acuerdo a la Ley y el procedimiento penal de cada país.” Este Pacto, es Ley vigente en nuestro país, por haber sido ratificada, por las autoridades competentes y de lo cual, un salvadoreño puede hacer uso, cuando le son vulnerados sus derechos concernientes al doble juzgamiento en un proceso.

Otro tratado internacional que regula el principio de ne bis in idem, es La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José. OEA 1969), que se encuentra consagrado, en su artículo 8 núm. 4, estableciendo que “el inculcado absuelto por una sentencia firme, no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”, que al igual que el anterior, ha sido ratificado por nuestro país, convirtiéndose en Ley de la República teniendo su aplicabilidad sobre la base del artículo 144 de nuestra Constitución, y que en nuestra legislación nacional vigente esta regulado acorde con tales disposiciones.

La Corte Penal Internacional, en el Estatuto de Roma, que es una especie de Código Penal, Código Procesal Penal y Código de Ejecución Penal Internacional, en su artículo 20, también regula el ne bis in idem, expresa que el no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es un principio establecido. Se precisa que no se aplicará, cuando se intenta sustraer de la justicia al sospechoso, o cuando se procesa de modo que no es independiente o no es imparcial. Cabe mencionar que a pesar de que esta Ley no ha sido ratificada por nuestro país, tomamos como referencia el hecho de que las leyes internacionales como el

³⁷ Constitución de la República (de El Salvador Asamblea Legislativa 1983).

caso de los Estatutos de Roma, también contemplan la figura del principio de ne bis in idem.

En la normativa internacional se encuentran las siguientes regulaciones:

Art. 14.7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

Art. 8.4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, declara que “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

3.1.7 Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, pero solo pudo afirmarse en la época de la Ilustración cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la certeza, la igualdad y, sobre todo la mensurabilidad y la culpabilidad de las penas.³⁸

Aunque se trata de una exigencia que no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite en el principio de culpabilidad se hizo evidente la idea de acudir al principio de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiera resultar un medio desproporcionalmente grave en comparación con su utilidad preventiva.

Concepto.

Se puede afirmar que este principio reclama la realización de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, comparación que debe atender a la gravedad del delito cometido (contenido del injusto), al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad de su autor.

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. “La Ley del Más Débil”*, 1999 Madrid Editorial: Trotta.

Su fundamento se encuentra en el artículo 12 de la Declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano de 1775, al establecer que: “La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”.

Es fundamental distinguir entre lo que suele denominarse una concepción estricta del principio de proporcionalidad, referida tan sólo a la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito, y una concepción amplia que, bajo la influencia de jurisprudencia constitucional, entiende el principio de proporcionalidad como un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientando a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

Características.

Las notas esenciales que caracterizan el principio en estudio son: se trata de un principio valorativo, ponderativo y de contenido material, no meramente formal. A continuación se detallan cada uno de ellos.

- Proporcionalidad como principio valorativo.

En el ámbito de colisión de derechos, es de tomar en cuenta, que los más elementales derechos del hombre han de subsistir ante la intervención del Estado, en los términos que se han mencionado con respecto al principio de mínima intervención, donde lo relevante es el establecimiento de medios a utilizar conforme al carácter de ultima ratio de la norma penal; en el principio de proporcionalidad, lo relevante se determina en el terreno de los valores. Si se decide por la conminación penal de una conducta determinada, porque los medios de control extra penal resultan ineficaces, ha de considerarse la magnitud de la sanción a imponer, de tal forma que el valor libertad ha de afectarse en última instancia, sobre todo, si se trata de delitos de peligro abstracto. Ello requiere que se considere el catálogo de penas que regula el Código Penal, estableciendo la sanción de acuerdo a los fines que persigue el tipo.³⁹

- Proporcionalidad como principio ponderativo.

Por la importancia de imponer una sanción por la comisión de actos desaprobados socialmente, debe realizarse una ponderación de valores e intereses involucrados en el caso

³⁹ Carlos Bernal Pulido, Artículo, Tribunal Constitucional Legislador y Principio de Proporcionalidad, Revista Espanola Agosto 2005

concreto, y es a través de esta operación de comparación, que podrá determinarse si el medio empleado, en este caso la pena, se encuentra en razonable proporción con el fin perseguido.⁴⁰

- **Proporcionalidad como principio de contenido material.**

Para contar con un principio útil. y garantizar la observancia de los valores constitucionales, es necesario reconocerle un sentido propio, así, como un contenido jurídico, para evitar la consideración formal del principio de proporcionalidad que algunos autores han establecido. El contenido de este principio se identifica en los derechos fundamentales y en los principios generales del Derecho Penal, con los cuales ha de establecerse la relación de proporcionalidad en el caso concreto.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, en todo su contenido, opera en dos ámbitos: 1) Proporcionalidad en la fase legislativa, llámese, proporcionalidad de la pena en sentido abstracto – tiene como destinatario al Poder Legislativo, que en el ámbito penal ha de prever la sanción para determinados comportamientos atendiendo los requisitos del principio, está vinculado a la proporcionalidad que debe existir en la configuración del tipo penal, en cuanto a la dosimetría de la pena abstracta; y 2) Proporcionalidad en la fase judicial de la determinación de la pena – proporcionalidad en sentido concreto -, destinado en su aplicación al Poder Judicial que ha de imponer la sanción concreta.

La exigencia del principio de proporcionalidad en el marco penal abstracto, plantea el problema de determinar los criterios respecto de los cuales la pena debe ser proporcional, pues al tener un carácter referencial y valorativo, puede obedecer a diferentes parámetros.

Entre las principales orientaciones podemos señalar las siguientes:

A. La pena proporcionada vinculada a los fines de la pena.

Un sector de la doctrina sostiene que para dotar de contenido este principio es necesario remitirse a las teorías de los fines de la pena, la mayor parte de autores insiste hoy

⁴⁰ Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos Bogota, Universidad Externado de Colombia 2005 36

explícitamente en la necesidad de atender criterios de prevención a la hora de establecer la pena que ha de corresponder a un determinado comportamiento ilícito.⁴¹

Y así, se afirma que el principio de proporcionalidad es un principio informador del Derecho penal, que impide configurar e imponer sanciones más allá de lo necesario para alcanzar los fines preventivos que le son propios, bien, simplemente, que en el momento de conminación legal de la pena han de atenderse planteamientos preventivos generales y especiales

B. La pena proporcionada a la gravedad de la infracción cometida.

En abstracto la pena adecuada a la finalidad de la tutela prevista penalmente será aquella que sea proporcionada a la gravedad del delito del que es consecuencia, en términos comparativos, se dice, si dos delitos no son considerados de la misma gravedad y se sancionan con la misma pena, o el más grave con pena menor, se estará vulnerando el principio de proporcionalidad.⁴²

C. La pena proporcionada a la entidad del bien jurídico a tutelar y al grado de lesividad del mismo.

Si, desde la perspectiva de la minimización de violencia la finalidad prioritaria del derecho penal es, en síntesis, la tutela de bienes jurídicos, entendidos como condiciones indispensables de desarrollo personal, cuanto más valor se le otorgue a cada uno de ellos mayor será el esfuerzo que habrá de desplegarse en garantizar su incolumidad. Es decir, que en cuanto más importancia o relevancia constitucional y social tenga el bien tutelado, así será amenazado con mayor o menor castigo penal. De tal forma que se infringiría el principio de proporcionalidad tanto, si se amenaza con mayor pena el ataque a un bien de menor importancia que la agresión a uno de mayor relieve, como si se castigara con penas distintas al acontecimiento a bienes de igual valor.⁴³

⁴¹ *Idem.*

⁴² Santiago Mr. Puig, Derecho Penal Parte Especial, Barcelona Editorial Repertor 2011 pag, 122.

⁴³ *Idem*

D. La pena proporcionada a la gravedad de lo injusto: de su desvalor de acción y de resultado.

La necesidad de tener en cuenta el modo como se afecta el bien tutelado para concretar la gravedad de la pena a imponer, remite al análisis del desvalor del hecho típico en cuanto al resultado producido. La mayor parte de la doctrina ha entendido, no obstante no podía ser de otro modo, que precisamente en un derecho preventivo dicha gravedad ha de ser proporcionada, lógicamente al contenido global de injusto de hecho cometido, esto es, tanto al desvalor de resultado como también al desvalor de acción⁴⁴

Para varios actores esto implica la obligación de valorar la existencia de dolo o imprudencia, la diferente participación o ejecución delictiva, la peligrosidad de la acción o el desvalor de la intención.

E. La pena proporcionada a las consideraciones sobre la atribución de un hecho a su autor.

Varios autores⁴⁵, sin concretar el alcance del término, señalan expresamente que junto al injusto, también ha de atenderse la mayor o menor reprochabilidad del autor para concretar la gravedad de la pena prevista para un comportamiento; Este principio también se asocia al concepto de culpabilidad, en lo que se refiere a la responsabilidad personal.

En otro orden de ideas, es preciso señalar que, si bien la Constitución salvadoreña no hace mención expresa al principio de proporcionalidad, la Sala de lo Constitucional ha interpretado que este se encuentra implícito en el artículo 246 de la Constitución y, en el ámbito penal, como un límite frente al legislador penal y otras instancias penales, en los artículos 2, 12 y 27. También cabe hacer notar, que en la jurisprudencia emanada de dicho Tribunal se puede apreciar que este ha utilizado todos los criterios antes señalados para determinar cuándo la pena se adecua al principio de proporcionalidad.

Este principio no suele tener un reflejo en las Constituciones actuales pero si aparece en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1795 y también en la Octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

⁴⁴ Juan Antonio Martos Nunez, Principios Informadores del Derecho Penal, Revista de Derecho Penal y Criminología 1999 pag. 73

⁴⁵ Enrique Bagicalupo, <annual de Derecho Penal Editorail Temis S.A. Santa Fe Bogota Colombia, 1996, pag. 132

Se convierte en un principio clave, para asegurar el respeto al principio de intervención mínima y la protección de la libertad o autonomía personal a la que tienen derecho los ciudadanos. Por eso, han de ser proporcionadas las penas establecidas por la ley para cada delito en función de la gravedad de las distintas infracciones, lo cual depende de la naturaleza del bien jurídico protegido y de la conducta tipificada por el legislador.

Se refiere a que la imposición de una pena debe corresponder a la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las leves para los de menor entidad; la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa (ante delitos de diferente gravedad debe imponérsele penas diversas) como cuantitativas (a cada delito le debe corresponder una sanción que se refleje con su importancia), estableciéndose este último caso en base a dos postulados: La gravedad del injusto cometido (principio de lesividad) y el grado de culpabilidad (principio de culpabilidad). Se encuentra regulado en el artículo 5 del Código Penal al disponer que “Las penas y medidas de seguridad solo se impondrá, en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado por el sujeto⁴⁶”.

Clases de proporcionalidad.

Uno de los principales problemas al momento de configurar un tipo penal, es la determinación de la pena a imponer, de manera que resulte proporcional al hecho. Los debates durante la discusión de reformas penales en el seno de la Asamblea Legislativa, constituyen claros ejemplos de ello, asimismo los resultados obtenidos en muchos casos han legado una serie de delitos con penas excesivas, perpetuas e inconstitucionales, producto del desconocimiento de los alcances del principio de proporcionalidad.

Para elegir la clase y el grado de la pena a imponer habría que considerar las siguientes clases de proporcionalidad.

- Proporcionalidad legislativa y judicial (Abstracta y concreta).

“La denominada proporcionalidad abstracta o legislativa, es aquella que actúa en el momento de configuración del tipo penal, estableciéndose penas entre un máximo y un mínimo, disponiendo penas alternativas, pero siempre guardando la necesaria equivalencia

⁴⁶ Francisco Muños Conde, Instrucción al Derecho Penal 2001, Buenos Aires Argentina, Editorial, IBds Montevideo, pag. 123

entre antijuridicidad, culpabilidad y penalidad. Es aquí donde se realiza la comparación entre la efectividad de la norma penal y los otros medios sancionatorios estatales.⁴⁷

- **La proporcionalidad Concreta o judicial**

Opera en la fase de individualización de la pena, procediendo a establecer a partir de la pena en abstracto, una pena en concreto⁴⁸.

De esta clasificación se extraen las consecuencias siguientes:

a) La proporcionalidad abstracta está dirigida a todos los ciudadanos, porque a estos se dirige la función motivadora; la proporcionalidad concreta, se dirige a los jueces quienes determinan la pena a imponer.

b) La proporcionalidad abstracta cumple fines de prevención general, mientras que la concreta conlleva fines de prevención especial.

- **Proporcionalidad Cualitativa y Proporcionalidad Cuantitativa.**

La proporcionalidad cualitativa, es aquella que determina la clase de bien o bienes jurídicos de los que va a ser privado o limitado el ciudadano, y suele denominarse también heterogénea, por imponerse penas de distinta naturaleza, como las privativas de libertad, restrictivas de derechos, pecuniarias, etc.; asimismo se le llama proporcionalidad de primer grado, porque en ella intervienen la política criminal del Estado, fija la clase de penas imponibles, la exclusión de penas perpetuas, de muerte, sustitución de penas de prisión, la determinación de cumplir penas conjuntas o alternativamente impuestas, entre otras.

La proporcionalidad cuantitativa se refiere a la cantidad de pena a imponer con respecto a la mayor o menor gravedad de un hecho, y se llama homogénea, porque el legislador para su fijación se basa en la pena misma, es decir en los márgenes. Esta clase de proporcionalidad actúa con posterioridad a la cualitativa, puesto que el legislador debe elegir la clase de pena a imponer, y la forma de imponerla, para luego establecer los parámetros mínimos y máximos. La política criminal, en este caso actúa de manera diferente, un tanto menos intensa o decisiva, por lo que también se le denomina proporcionalidad de segundo grado.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Fernando Velasquez Velasquez, fundamentos de Derecho Penal Parte General, III edición, Editorial Tirant lo Blanch

3.1.8 Principio de Lesividad

Equivale a la no existencia del hecho punible, sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado. Se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales o la construcción de tipos penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico⁴⁹. Por ello, la doctrina contemporánea, clama por la descriminalización de todo hecho que no amenace o lesiones efectivamente el interés jurídicamente tutelado por la ley penal; también se utiliza en el código penal, el grado de injusto como criterio de tasación de la pena.

Este principio es consecuencia de que el Estado no puede intervenir para defender ciertas concepciones éticas o políticas, o una determinada organización de las actividades sociales; por lo tanto, la función del derecho penal, es tutelar los bienes o valores que por su importancia, el legislador ha erigido en intereses merecedores de especial protección, sean estos de carácter individual o colectivo.

El principio en estudio se encuentra regulado en el Art. 3 C. Pn. Que establece “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”.⁵⁰

3.1.9 El Debido Proceso.

Múltiples resultan los escenarios en los cuales se escuchan mencionar términos como el de “El Debido proceso”, pero a pesar del extenso esfuerzo intelectual, que generación tras generación, juristas y estudiantes de las facultades de Derecho han dedicado, sigue siendo objeto de presentes y futuras investigaciones, dada la gran relevancia que este término posee. Y es que, la academia como tal, los abogados y todos los demás involucrados en la ardua tarea que significa el impartir justicia, no podemos dejar de lado el hecho de que, el derecho evoluciona constantemente de acuerdo a las necesidades y demandas de las sociedades contemporáneas y nos vemos en la obligación entonces, de continuar innovando y adecuando nuestros textos normativos y jurídicos a estas nuevas,

⁴⁹ Idem

⁵⁰ *Código Penal, 2019, San Salvador Lis.*

crecientes y diferentes necesidades actuales. Y es que, hablar del “Debido Proceso”, resulta por demás, un arduo proceso intelectual, en el cual se deben armonizar todas y cada una de las instituciones contempladas en sistema jurídico como tal; de tal suerte que se he llegado a considerar al debido proceso en un trinomio, en el cual el mismo resulta ser un derecho, principio y garantía constitucional.⁵¹

Independientemente del área del derecho en la cual se someta a juicio de un tribunal, un determinado conflicto planteado u otra diligencia, lo cierto es, que el debido proceso como tal, es la columna vertebral del mismo, y la inobservancia de este, conlleva inmediatas sanciones que, dicho sea de paso, pudiesen desembocar en alguna de las nulidades reguladas taxativamente en la mayoría de las legislaciones occidentales contemporáneas. Resulta entonces necesario, regresar al punto de partida en el cual el ilustre filósofo de nacionalidad Suiza, de nombre Jean-Jacques Rousseau, en su obra “El Contrato Social”,⁵² crea una ficción en la cual, se pretendía de alguna manera evitar los abusos y arbitrariedades de los gobernantes de su época y la injusta aplicación del derecho penal en aquel entonces. Hay que decir que, desde esa fecha hasta la época actual, pese a que el Debido proceso ha alcanzado positivación en textos constitucionales, lo que ha permitido que se le considere a su vez como una garantía constitucional, continúa hoy día siendo perfectible.

Lo anterior, sobre todo, si se parte de las diferencias económicas y sociales de otras latitudes del globo y la realidad hispanoamericana, sobre todo en los países considerados por el Banco Mundial como países de renta media o de renta baja.⁵³ Y es que, para nadie es un secreto que, es precisamente en estos países, donde también se encuentran los índices más altos de desigualdad económica y social que también están estrechamente vinculados a la sobrepoblación del sistema penal.

No es casualidad entonces que, sea en el Derecho Penal, donde más celosamente debemos observar y exigir que se materialice el “Debido Proceso”, porque es ahí, en donde se limitan de forma legítima algunos de los más valiosos bienes jurídicos tales como, la

⁵¹ Juan Manuel Sosa Sacio, *El Debido Proceso. Estudio Sobre Derechos y Garantías Procesales*. Gaceta jurídica 2010.

⁵² Juan Jacobo Reusseau. *El contrato Social o Principios de Derecho Político*. 1999.

⁵³ <https://datos.bancomundial.org/nivel-de-ingresos/ingreso-mediano-y-bajo?view=chart>

libertad ambulatoria, y el derecho a ejercer el sufragio activo y pasivo solo por mencionar algunos.

Ese esfuerzo entonces por armonizar el concepto del “Debido Proceso,” con todo el ordenamiento jurídico de un Estado, nos lleva entonces, al análisis, partiendo del artículo uno, de la constitución de la República en cual, se reconoce, a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado.⁵⁴ Dicho lo anterior, resulta un límite material al poder del Estado, pues entonces, toda la actividad del Estado debe de ir orientada a lograr la mejora sustantiva, en la calidad de vida de la persona humana.

Siguiendo con el trinomio, que constituye este principio, --- derecho, principio y garantía constitucional.--- al que se hizo referencia con anterioridad, el artículo once de la constitución de la república, coadyuvando, reza lo siguiente: “...*Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa...*”⁵⁵ Lo anterior, es sin duda una materialización del debido proceso, que debe observarse cuando se pretende limitar la libertad ambulatoria de forma legítima, o cualquier otro derecho consagrado a favor de la persona humana. Y es que, no podemos dejar de mencionar en el presente trabajo, que el Derecho Penal representa, la más clara y legítima expresión de violencia por parte del Estado hacia sus ciudadanos.

Así mismo, el artículo doce del mismo cuerpo normativo establece:” ... *Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca...*”⁵⁶ El texto del artículo doce de la constitución de la República representa, el debido proceso como garantía constitucional y a

⁵⁴ Constitución de la República, (asamblea Legislativa de El Salvador 1983).

⁵⁵ *Idem*

⁵⁶ *Ibidem*

su vez, da parámetros mínimos, de obligatorio cumplimiento por los operadores y administradores de la justicia en nuestro país.

Hablar entonces del debido proceso resulta por demás, imposible sin tener en cuenta la estrecha vinculación del mismo con el Iusnaturalismo o lo que se conoce también como el derecho natural. El derecho natural como lo llaman algunos teóricos doctrinarios, pondera a su vez al ser humano por sobre cualquier otra institución del Estado, instituciones que son y han sido a su vez, el resultado de la creación humana, lo cual no dista mucho de la aproximación que hiciera el filósofo Jean-Jacques Rousseau, en su obra “El Contrato Social”,⁵⁷ pues en su obra se llega al extremo de legitimar la abolición al Estado mismo, si este no se enmarca dentro de estas garantías mínimas y del respeto cuasi irrestricto de la persona humana.

Los Derechos Humanos por su parte, en completa armonía con los artículos antes citados, abogan por la estricta observancia del debido proceso en todos y cada uno de los procesos en los que se pretendan limitar libertades y derechos de los ciudadanos; lo anterior ha sido ampliamente documentado en los diferentes Convenios y declaraciones de todos y cada uno de los organismos internacionales y de tribunales en materia de Derechos Humanos en el mundo. Y es que, el debido proceso resulta ser, un todo, una serie de actividades concatenadas entre sí, con una durabilidad en el tiempo, que garantice un trato justo y minimice a su máxima expresión la posibilidad de que existan arbitrariedades por parte de los juzgadores, en detrimento del ser humano sometido a su jurisdicción.

Tal positivación en textos doctrinarios, leyes, convenios y tratados internacionales, no responde a otra cosa, que la importancia de este elemento para la correcta y legítima aplicación del poder del estado materializado a través de la ley penal y las demás leyes que resuelven y dirimen conflictos, en los cuales se limitan legítimamente derechos. Podemos afirmar lo anterior, ya que la documentación de esta serie de actos que forman todos y cada uno parte del debido proceso, limita a su vez, el error judicial y permiten la corrección en los casos en los que el error ocurre. Y es en virtud de este error, que resulta especialmente relevante y primordial documentar todas y cada una de las etapas procesales, a efecto de

⁵⁷ Juan Jacobo Reusseau. *El contrato Social o Principios de Derecho Político*. 1999.

vigilar celosamente que se cumplan con los mandatos y preceptos que emanan de nuestra constitución en función del ser humano como el origen y el fin de la actividad del Estado.⁵⁸

Se tiene entonces que, en materia de Derecho Penal, el debido proceso, garantiza las garantías en la persona que se le imputa un ilícito penal, y pasa por el estricto cumplimiento a su vez de todas las etapas procesales, desde la interposición de una denuncia, la intimación del procesado, la acusación formal del mismo por parte de la Fiscalía General de la República, la investigación y aportación de los elementos de cargo y descargo, la inmediación de la prueba por parte del juez de la causa y un posterior fallo o resolución del conflicto planteado por parte del Juez o Tribunal que administra justicia en el caso concreto. Lo anterior, sin detrimento de los recursos de impugnación que la ley faculta. Por eso, merece especial interés dicha institución en la presente investigación.

El involucramiento de otras instituciones que coadyuven con el Ministerio Público, resulta menester, sobre todo teniendo en cuenta que la materialización del Debido Proceso demanda recursos, tanto de carácter económico, como recursos tecnológicos, recursos en infraestructura y recursos humanos para poder cumplir con los estándares requeridos por nuestra legislación; de ahí que la presente investigación, está orientada a optimizar los recursos destinados para tal efecto, a través de la tropicalización de determinadas conductas humanas que no merecen siquiera la puesta en marcha del debido proceso y con esto el involucramiento de las demás instituciones que trabajan en conjunto⁵⁹.

Estamos convencidos de que, se podrían optimizar al máximo los recursos a los que brevemente hemos hecho referencia, si se dejaran de procesar a personas por conductas que carecen de relevancia penal y por lo tanto no pueden ni deben ser sujetas a sanciones o reproches de carácter penal. Tal es el caso de las conductas llamadas “Autorreferentes”, a las cuales nuestro Estado sigue destinando recursos para poder llegar a la conclusión de que las mismas, están exentas del control penal.

Y es que, la aseveración anterior, encuentra sustento en la robusta jurisprudencia que sirve de base para concluir y determinar que dichas conductas, forman parte de la discrecionalidad del ser humano y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe intervenir; y podría con esto optimizar los recursos destinados a la administración de justicia. A dicha jurisprudencia nos referiremos con amplitud más adelante en la presente investigación.

⁵⁸ Art 1, Constitución de la República, 1983.

⁵⁹ ⁵⁹ Juan Jacobo Reusseau. *El contrato Social o Principios de Derecho Político*. 1999.

Habiendo sentado las bases, la presente investigación pondrá en evidencia, como el Estado Salvadoreño, en su afán por impartir justicia, ha tratado de justificar utópicamente su sistema penitenciario y más aún, ha incluido aún en su carta magna, los fines que persigue cuando impone una sanción de carácter penal⁶⁰.

A efecto de ilustrar más al lector de esta problemática, tenemos a bien exponer parte del proceso penal salvadoreño, sin que lo anterior signifique, entrar en una explicación dogmática que agote el contenido de la presente investigación, pero si sentará las bases para poder discernir los postulados a los que hacemos referencia en los capítulos posteriores. Y es que hay que decir, que el Estado de El Salvador, posee una de las legislaciones más restrictivas a nivel material, pese a que formalmente los textos normativos establecen lo contrario; es decir y para ser más específicos, la legislación penal salvadoreña, ha establecido formal y materialmente límites, que se traducen en verdaderos candados para la presunción de inocencia que llevan entre otras cosas, a que la prisión preventiva sea aplicada por parte de los aplicadores de justicia como la regla general y no como excepción, tal cual lo establece nuestra legislación local, así como los convenios y tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado salvadoreño.⁶¹

Particularmente, hago referencia a la estricta penalización de actividades relativas a las drogas, lo cual trae como resultado altos niveles de población reclusa procesada por actividades relativas a las drogas. Hay que decir, que El Salvador como otros países de la región, cuentan con una ley especial, que se aplica a los casos en los que se investigan y se juzgan actividades relativas a las drogas.⁶²

Lo anterior, claramente tiene su justificación, y es que la ubicación geográfica de El Salvador, lo ubica precisamente en Centroamérica y hace falta mencionar al lector que es precisamente el territorio por donde circulan a diario miles de toneladas en mercancías terminadas, productos de consumo así como materias primas que van de Sur a Norte y de Norte a Sur y lo anterior responde, entre otras cosas a que en el hemisferio norte del continente americano se ubican los Estados Unidos de América, que dicho sea de paso, representa la economía más grande y pujante de todo el continente y una de las economías

⁶⁰ Idem

⁶¹ Idem

⁶² Congreso de la República de Guatemala, *Ley Contra la Narcoactividad*, 1992

que han reportan un mayor crecimiento en el mundo entero,⁶³ por lo que este constante intercambio de mercancías y la circulación de materias primas de sur a norte y viceversa no es algo que por sí solo genera un impacto negativo directo en la región.

Históricamente, la región ha sido una de las zonas más violentas del mundo y lo anterior tiene su base en las estadísticas de la Policía Nacional Civil de El Salvador y en las de medicina legal, datos que serán presentados más adelante. Sin embargo, es menester mencionar que no todo los materiales y materias primas que circulan por la región corresponden a productos de consumo general; hay una cantidad considerable de sustancias controladas que también históricamente han circulado en la región. En pleno año dos mil veinte, para las autoridades regionales no es secreto, el inmenso poder que han acumulado ciertas organizaciones criminales, que se dedican al tráfico de sustancias controladas, como también al tráfico de personas.

El poder de tales organizaciones es tal, que tienen a su disposición un verdadero ejército armado que, en más de una ocasión se han enfrentado abiertamente a las fuerzas de los Estados de la región. Han llegado incluso, a la necesidad de utilizar a personal de las fuerzas armadas, para tareas relacionadas al control de fronteras y de seguridad pública, incluyendo con esto, tareas relacionadas al control del narcotráfico.

Y es que, para enfocarnos particularmente en el Estado de El Salvador, la región en esta época contemporánea, no es solo un corredor por el cual circulan mercancías, sino más bien se ha convertido en un mercado de aproximadamente siete millones de personas, lo cual ha comenzado a ser atractivo para las organizaciones criminales y para los carteles de la droga; y es que, la región si bien es cierto comparte ciertas características comunes con otros países de la región tales como su idioma, su clima tropical o incluso su religión, también comparten otras circunstancias menos positivas, tales como la fragilidad de sus democracias y la fragilidad de sus instituciones, situación que no ha pasado desapercibida por esas organizaciones criminales transnacionales, que han logrado sacar provecho de dichas circunstancias.

Otro dato que debemos mencionar, es el hecho que según el Informe de la Comisión interamericana de Derechos Humanos del año 2013,⁶⁴ aproximadamente el veinticuatro por ciento de la población que se encontraba en las prisiones de El Salvador, era inocente, es

⁶³ <https://datos.bancomundial.org/nivel-de-ingresos/ingreso-mediano-y-bajo?view=chart>

⁶⁴ *Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013*

decir, que se encontraban en prisión en virtud de la medida cautelar de la prisión preventiva, en otras palabras el veinticuatro por ciento de la población que se encontraba en ese año en las prisiones del país era inocente, pues a la luz de los breves artículos de la constitución a los que hemos hecho referencia, el Estado Salvadoreño considera inocente a toda persona a la que se le imputa un delito, hasta que no sea “*oída y vencida en juicio*”, con todas las garantías del debido proceso. lo cual indica que este veinticuatro por ciento de población reclusa, habían sido acreedores a la medida más gravosa dentro de un proceso penal, como lo es la medida cautelar de la prisión preventiva.

Lo anterior obedece a un factor multicausal, pero uno de los factores más relevantes, lo ubicamos en el artículo trescientos treinta y uno, en su inciso segundo, establece lo siguiente: “*...No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, y aunque el delito tuviere señalada pena superior a tres años, cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, podrá decretarse una medida cautelar alterna...*”

Y continúa: “*...No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en el caso del homicidio simple, podrán decretarse medidas cautelares alternas o sustitutivas a la detención provisional cuando exista probabilidad razonable de la concurrencia de una excluyente de responsabilidad penal...*”⁶⁵

Hasta lo expuesto hasta este momento, no es una situación exclusiva de El Salvador, sin embargo, a lo largo de esta investigación se pondrá en evidencia la vulneración que la aplicación de este artículo significa cuando se investigan conductas que aparentemente son

⁶⁵ Código Procesal Penal, 2011.

actuaciones con reproche penal pero que al culminar la investigación se tratan de conductas llamadas autorreferentes.

Y es que, esta no es una situación que sea ajena a los aplicadores de justicia, de hecho el Estado Salvadoreño ha desarrollado vía jurisprudencia ciertos criterios a efecto de no criminalizar las conductas, que por no lesionar bienes jurídicos y por ser consideradas como conductas autorreferentes, no son sujetas de control por parte del Estado; tal es el caso de la resolución de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce, emanada de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, que dicho sea de paso, a la luz del artículo **ciento ochenta y tres de la constitución de la república, le corresponde:** "... *La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano...*"⁶⁶

En ese sentido, la resolución a la que hago referencia, es en primer lugar de obligatorio cumplimiento, pero atendiendo al fondo de la resolución, la misma entre otras cosas, desarrolla lo que se conoce como **conductas autorreferentes** en materia de delitos relativos a las drogas.

Función de las Garantías Constitucionales en la Debida Diligencia Probatoria.

El Debido Proceso configurado en su conjunto, es considerado un trinomio entre "Principio, Derecho y Garantía Constitucional"; ⁶⁷en ese orden de ideas, cada una de las etapas procesales tiene una función esencial en la configuración del debido proceso a favor del encartado. Una de esas funciones procesales, es la de, aportar elementos de prueba que lleven a los operadores de justicia a tener un nivel de certeza sobre la culpabilidad o la inocencia del procesado.

En la legislación salvadoreña, particularmente en la Constitución de la República que sirve como base para todos los procesos de diversa naturaleza, se regula entre otras cosas quienes conforman el Ministerio Público y dentro de este, las funciones del Fiscal General de la República, de tal suerte que el artículo **ciento noventa y tres**, numeral tercero

⁶⁶ Constitución de la República, (Asamblea Legislativa de El Salvador 1983).

⁶⁷ Juan Manuel Sosa Sacio, *El Debido Proceso. Estudio Sobre Derechos y Garantías Procesales. Gaceta jurídica* 2010.

indica que: “...Corresponde al Fiscal General de la República: tres)- dirigir la investigación del delito con la colaboración de la policía nacional civil en la forma que determine la ley...”⁶⁸. La anterior norma, si bien es cierto es de carácter general y abstracto, nos permite conocer quien tiene la obligación constitucional de dirigir la investigación del delito, lo cual nos obliga a remitirnos a la norma sustantiva a efectos de ampliar en el modo y forma en la que se debe realizar dicha investigación del delito.

Es preciso acotar, que en toda investigación iniciada de oficio o a petición de parte, toda persona a la que se le impute un delito, como se ha indicado anteriormente, es revestida por el estatuto constitucional de inocencia, por lo que, es en los tribunales competentes, en donde se debe probar la comisión de un hecho delictivo y la participación de la persona o las personas sindicadas. En ese orden de ideas, se establecen ciertos parámetros de idoneidad, utilidad, congruencia y conducencia de la prueba, al hecho que se pretende probar y es preciso entonces en este apartado, hacer alusión a la ley sustantiva.

Como parte del trinomio del Debido Proceso como garantía para el encartado, el artículo cuatro del Código Procesal Penal establece:⁶⁹ “...*Imparcialidad e independencia judicial. Artículo cuatro. - Los magistrados y jueces sólo estarán sometidos a la Constitución, al derecho internacional vigente y demás leyes de la República; y en sus actuaciones serán independientes e imparciales. Un mismo juez no puede administrar justicia en diversas etapas, instancias o grados en una misma causa. Los jueces cuando tomen decisiones deberán fundamentar las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado, así como valorar las pruebas de cargo y de descargo...*”

Lo anterior, se justifica en función de un esfuerzo por apartarse del sistema eminentemente inquisitivo que en sus inicios caracterizó al derecho penal, el cual entre otras cosas dejaba en clara desventaja a las personas procesadas por algún delito frente al poder del Estado.

La función de garantía del Debido Proceso, el artículo seis del mismo cuerpo legal, garantiza la Presunción de inocencia ⁷⁰ de toda persona a la que se le atribuye un delito e indica a la vez a quien le corresponde aportar los elementos de prueba que rompan el estatuto constitucional de inocencia el cual dice: “...*Artículo seis. -Toda persona a quien se*

⁶⁸ Art 193, Constitución de la República, 1983.

⁶⁹ Art 4 Código Procesal Penal, 2011.

⁷⁰ Art 6 Código Procesal Penal, 2011

impute un delito se presumirá inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La carga de la prueba corresponde a los acusadores.”.

Así mismo y para efectos de continuar ilustrando al lector, respecto de las atribuciones de investigación, hacemos referencia a lo que estipula nuevamente el Código Procesal Penal, en su artículo setenta y cinco: *“Atribuciones de investigación- Al fiscal le corresponderá de manera exclusiva la dirección, coordinación y control jurídico de las actividades de investigación del delito que desarrolle la Policía y las que realicen otras instituciones que colaboran con las funciones de investigación, en los términos previstos en este Código. Durante las diligencias de investigación del delito, el fiscal adecuará sus actos a criterios objetivos, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley; por lo que deberá investigar no sólo los hechos y circunstancias de cargo, sino también, las que sirvan para descargo del imputado...”*⁷¹.

La facultad y la obligación de velar por la correcta investigación de los procesos penales que se llevan a cabo; sin embargo, en la práctica hemos evidenciado un cierto grado de dificultad por parte de la Fiscalía General de la Republica, para llevar a cabo tan importante función; y, es que, por un lado tiene la obligación de ejercer las acciones penales por delitos cometidos, dirigir la investigación en contra de las personas responsables, pero por otro lado tiene también la obligación de investigar las situaciones y elementos que sirvan de descargo para las mismas personas que acusa.

El Juez de la causa quien determine en primer lugar si dicha conducta es o no constitutiva de delito y posteriormente quien determina además si hay participación del acusado en dicha conducta delictiva que le ha sido atribuida y es posible entonces, en virtud de los elementos de prueba de cargo y de descargo que, deben ser aportados por la Fiscalía General de la República, por ser quien tiene la carga de la prueba solo entonces poder llegar a la averiguación de la verdad real material.

⁷¹ Código Procesal Penal, 2011.

Por lo tanto, y dadas las reglas del juego en el proceso penal, una investigación adecuada e imparcial es indispensable para alcanzar los fines de justicia. Y habiendo expuesto a su vez la doble función que tiene a su cargo la Fiscalía General de la República, resulta menester el trabajo de una adecuada defensa técnica para las personas acusadas, que venga a solicitar la incorporación de elementos probatorios que coadyuven a que no se desvanezca la calidad de inocencia de la que goza toda persona, a la que se le imputa un hecho delictivo; y, es que, las contradicciones anteriormente indicadas, gozan de una aparente legitimidad y se encuentran en el marco de la legalidad formal.

De ahí la importancia que tiene que se cumpla con una adecuada garantía de la diligencia probatoria.⁷² Lo anterior ya que, pese a que la legislación sustantiva es clara respecto de designar a quien le corresponde la carga de la prueba, lo cierto es que en la práctica y como se ha dejado en evidencia en el capítulo anterior, si se trata de delitos relacionadas a actividades relativas a las drogas, a pesar de que esta carga de la prueba corresponda a la Fiscalía General de la República, una persona acusada de un delito de esa naturaleza, deberá por regla general, permanecer la fase de instrucción de la investigación en detención provisional, es decir, privado de libertad pese a que le asista la presunción constitucional de inocencia.

Y es que para el abordaje adecuado de la garantía de la diligencia probatoria, en este apartado, hace falta referirnos a la finalidad de la prueba, lo cual está regulado en el código procesal penal, particularmente en el artículo ciento setenta y cuatro:” ... *Las pruebas tienen por finalidad llevar al conocimiento del juez o tribunal los hechos y circunstancias objeto del juicio, especialmente lo relativo a la responsabilidad penal y civil derivada de los mismos...* ”.⁷³

Así mismo, en un esfuerzo por filtrar los elementos de prueba que pueden ser eventualmente incorporados a un proceso, el legislador salvadoreño ha regulado a su vez lo que se denomina la “Legalidad de la prueba”, con ese objeto el artículo ciento setenta y cinco del código penal señala lo siguiente: “...*Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.*”

⁷² Juan Manuel Sosa Sacio, *El Debido Proceso. Estudio Sobre Derechos y Garantías Procesales*. Gaceta jurídica 2010.

⁷³ Art 174 Código Procesal Penal, 2011.

No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente inciso, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda. Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona; todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior. Los elementos de prueba que no hayan sido incorporados con las formalidades prescritas por este código, podrán ser valorados por el juez como indicios, aplicando las reglas de la sana crítica... ”⁷⁴

Lo anterior se considera, es una garantía para las personas procesadas, respecto de la incorporación de pruebas que resulten ilícitas, sin embargo, nótese la falta de uniformidad respecto de la permisión de medios engañosos, amparados en la realización de operaciones encubiertas con el objetivo de investigar y probar conductas delictivas enmarcadas dentro del margen de aplicación de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

De ahí entonces, que se vuelva necesario verificar la legalidad de estos medios engañosos a efecto de evitar abusos de parte de la Fiscalía General de la República y de la Policía Nacional Civil. Si bien es cierto, ninguna institución del mundo está exenta de la infiltración de elementos que sean cuestionados respecto de su honorabilidad y de la comisión de hechos delictivos, la región centroamericana, ha demostrado ser especialmente vulnerable a este flagelo, en este sentido las Garantías Constitucionales en la debida diligencia probatoria,⁷⁵ resultan ser especialmente relevantes, enmarcadas dentro del marco

⁷⁴ Art 175 Código Procesal Penal, 2011.

⁷⁵ Juan Manuel Sosa Sacio, *El Debido Proceso. Estudio Sobre Derechos y Garantías Procesales*. Gaceta jurídica 2010.

constitucional del Debido proceso, legalmente configurado como un Derecho, principio y garantía constitucional.⁷⁶

3.1.10. La Sana Crítica.

En términos simples, el juicio penal, tiene una estructura que se delimita, entre la conducta con reproche penal y la defensa sobre esa conducta, es decir, se enfrenta una disputa argumental entre dos partes, la parte acusadora y la parte bajo la defensa técnica, cuyas argumentaciones deben de ser probadas; los “medios de prueba” (documentos, grabaciones, testigos, informes periciales, etc.; a efecto de presentar y/o defender un hecho bajo reproche penal), son presentados durante el juicio para que finalmente el juez decida, bajo los argumentos y fundamentación de una resolución llamada “sentencia”, según el diccionario de la lengua española, significa; “Declaración del Juicio y Resolución del Juez”⁷⁷.

La sana crítica – ha sido definida como las “reglas del correcto entendimiento humano”⁷⁸ es un sistema de valoración libre de la prueba, en la que el Juez no está supeditado a reglas fijas o pétreas, que le determinan el valor, que debe otorgarle a las pruebas sometidas a su consideración legal, de igual forma no está vinculado, a su fuero interno, es decir a su subjetividad

En la justicia penal Salvadoreña, se encuentra la disposición normada, contenida en el código procesal penal que impone al juez la sana crítica; bajo los términos que dice; “El Tribunal apreciara las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica”⁷⁹.

Así observamos, que la sana crítica supone considerar los elementos, que promocionen y generen un razonamiento fundamentado aceptable: siendo estos, razones lógicas, científicas, técnicas y de experiencia. Veamos cada una de ellas:

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es>> [17-07-2020, Fecha de la consulta].

⁷⁸ Couture (2005) pp. 219-225. Junto con la sana crítica este autor distingue otros sistemas de valoración de la prueba: el de prueba legal o tasada y el de libre convicción.

⁷⁹ Artículo 394, referido a las normas para la deliberación y votación (Código Procesal Penal 2011.)

a) Las científicas se refieren a una determinada ciencia o arte válidas y aceptables dentro de su área⁸⁰. Son sustancialmente informes periciales o de expertos en un área determinada. Estas con las científicas se emparentan, son razones que se apoyan en el conocimiento de personas conocedoras de alguna materia, aunque esta no sea ciencia en sentido estricto (un valuador de objetos, por ejemplo).

b) Las de experiencia, son aquellas que pertenecen al conocimiento común de personas normales, incluyendo las leyes de la naturaleza. Las razones jurídicas, son precisamente la cita de normas legales, de principios o doctrinas generalmente aceptadas por la comunidad jurídica.

c) La lógica, según el diccionario de la lengua española, significa en su primera acepción, “Ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico⁸¹”

La sana crítica, sistema de valoración de la prueba, que para autores doctrinarios⁸²; “se refiere a la libertad con que cuentan los jueces penales para valorar la prueba— no puede tener más límite que los de la lógica y la recta razón, no se rige por ninguna tabla valorativa —sin que ello signifique arbitrariedad o puros sentimientos— sino que debe fundar su decisión en los elementos de prueba incorporados al debate, valorados de acuerdo con lo que dispone la disposición citada. Este sistema de valoración ha experimentado una fuerte expansión en los últimos años⁸³

Afirmar que las reglas de la Sana Crítica, se presentan, como un elemento innovador, el cual se aplica, no solamente para justificar y fundamentar una toma de decisión judicial, constituye, por regla general, la motivación que persuade el que exista duda sobre la calidad y fundamentación que debe de contener una sentencia, satisfaciendo la valoración realizada de la prueba presentada en juicio. Lo expresado para algunos autores⁸⁴ es problemático, sobre todo porque no se sabe bien qué implica que la prueba disponible deba ser valorada conforme a la sana crítica.

⁸⁰ Laso Cordero, Jaime “Lógica y sana crítica” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N0 1, pp. 143 - 164 [2009]

⁸¹ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [17-07-2020, Fecha de la consulta].

⁸² Laso Cordero, Jaime “Lógica y sana crítica” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N0 1, pp. 143 - 164 [2009]

⁸³ *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 3, pp. 753 - 781 [2012], Coloma Correa, Rodrigo “¿Realmente importa la sana crítica?”

⁸⁴ *Idem*.

3.2. Antecedentes del Delito de Posesión y Tenencia.

En la historia contemporánea las drogas y sustancias ilícitas, prohibidas y sujetas a control a nivel nacional como internacional, han venido ganando protagonismo en las sociedades de nuestros países; y, es que, el solo hecho de la disponibilidad del material ilícito para el consumidor final, o el hallazgo del mismo, implica necesariamente todo un largo proceso que va desde la obtención de la materia prima, elaboración, preparación o fabricación del producto, importación; en los casos de que el material ilícito tenga que viajar desde otros países para poder satisfacer la necesidad del mercado local, distribución y venta al consumidor final. Lo anterior, si bien es cierto, es un elemento que en ocasiones es irrelevante al derecho penal, es clave para poder dimensionar el alcance socio económico que implica el tema de la posesión y tenencia de drogas en el país y en la región.

El ciclo de producción de la droga al que se hace referencia, involucra toda una serie de actividades y acciones, que necesariamente deben ser realizadas por personas físicas, con lo cual se eleva el número de sujetos involucrados en actividades al margen de la ley y se da lugar a toda una subcultura de la violencia y del crimen, que al día de hoy se sigue repitiendo en los países que se ven afectados con el fenómeno de las drogas⁸⁵.

La dimensión del problema de las drogas es tal, que se ha ampliamente demostrado que históricamente, el dinero proveniente de actividades relativas a las drogas, ha permeado la sociedad incluso en los altos mandos de los gobiernos de los países de la región centroamericana y suramericana⁸⁶.

Lo anterior ciertamente, requiere esfuerzos conjuntos por parte de todos los órganos del estado, la sociedad civil y autoridades de los países vecinos de la región, a efecto de contar con una legislación y una institucionalidad fuerte, que sea capaz de hacer frente a las necesidades de la sociedad actual.

El Salvador, dada su ubicación geográfica en el centro del istmo centroamericano, vuelve al país un aliado importante en la lucha regional contra las drogas. En ese sentido, nuestro país tiene una de las legislaciones positivas más conservadoras en materia de actividades relativas a las drogas; legislación de larga data que ha sido actualizada para

⁸⁵ www.Monografias.com/trabajo/13/procum.html

⁸⁶ James A Incierdi, *la Guerra Contra las Drogas* Grupo Editorial Latinoamericano, Colección Estudios Políticos y Sociales primera edición

adecuarla a las necesidades actuales; lo anterior se ha traducido entre otras cosas, en una de las legislaciones más restrictivas en materia de actividades relativas a las drogas en la región; con penas de prisión altas en relación al daño al bien jurídico propio de este tipo de delitos y con tratamiento distinto en el derecho sustantivo.

Habiendo dicho lo anterior, resulta importante hacer un breve contraste en cuanto a la legislación aplicable a las actividades relativas a las drogas en El Salvador y su actualización y reformas posteriores.

La incorporación de tipos penales en la legislación local, fue históricamente motivada entre otras cosas, como producto de los compromisos adquiridos por el Estado salvadoreño en los tratados y convenciones como, La convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el protocolo de 1972, el convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988⁸⁷.

De tal suerte que el decreto legislativo número 728, del 5 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial número 52, tomo 310, del 5 de marzo de 1991, incluye ya la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas; y está ya incorporaba el delito de “Posesión y Tenencia” el cual era penalizado con una pena de 3 a 6 años de prisión si se trataba de posesión y tenencia simple y de 6 a 10 años si se trataba, de la que se conoce como posesión y tenencia con fines de tráfico.

Ya para el año 2003, el diario oficial número 208, tomo número 361, de fecha 7 de noviembre de ese mismo año, incluía ya, la nueva Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, ante la imperiosa necesidad de adecuar y armonizar la legislación local a las necesidades de la sociedad contemporánea y a las convenciones internacionales ratificadas por el Estado salvadoreño, las cuales a la luz del derecho constitucional del país, los tratados internacionales ratificados por el estado salvadoreño, son de obligatorio cumplimiento en el sistema local.

En cuanto al delito de “Posesión y Tenencia”, el mismo sufre una modificación que tiene a su base, un criterio que atiende a la cantidad del material incautado; de tal suerte que

⁸⁷ www.CienciasPenales.org/revista2007/rojas07.htm

el delito de posesión y tenencia simple, en cantidades de droga inferiores a dos gramos tiene una penalidad que va de 1 a 3 años; si la posesión es en cantidades iguales o superiores a dos gramos o más, impone una pena que va de los 3 a los 6 años de prisión y para el caso, del delito de la posesión y tenencia con fines de tráfico, una pena que va de los 6 a los 10 años de prisión y una multa de 10 a 2000 salarios mínimos urbanos vigentes.

El artículo anterior ha sido muy discutido y ha sido desarrollado por abundante jurisprudencia por parte de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la que destaca la resolución de la honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce, clasificada bajo referencia número 70-2006/, 71-2006/ 5-2007/ 15-2007/ 18-2007/ 19-2007. La misma, desarrolla entre otras cosas, criterios subjetivos que permiten identificar ese “ánimo de tráfico” por parte de los juzgadores y aplicadores de la ley, conclusión a la que se arriba luego de la verificación de elementos accesorios, que llevan a determinar la intensidad del sujeto activo del delito.

La sentencia en referencia, desarrolla entre otras cosas, los elementos que inciden en ese criterio subjetivo que permite identificar una conducta penalmente relevante de otras que también desarrolla y denomina “Conductas Autorreferentes”; dentro de estos elementos destacan: *“...En un sentido más técnico entonces, el denominado “ánimo de traficar” se plantea como un elemento subjetivo del tipo, de necesaria comprobación procesal, para la aplicación de cualquiera de las conductas reguladas, tanto en el inciso primero como en el segundo, y donde el criterio meramente cuantitativo de la cantidad –más de dos o menos de dos gramos– debe ser complementado en el análisis judicial con otros aspectos tales como:*

(a) el tipo de drogas; (b) grado de pureza; (c) nocividad –distinción entre drogas “blandas” y 20 drogas “duras”–; (d) presentación; (e) variedad; (f) ocupación conjunta de varias sustancias; (g) ocultación de la droga; (h) condición de drogodependiente o no del poseedor; (i) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (j) la tenencia de instrumento o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (k) o

de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado; y (l) el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga...” (2012)⁸⁸

La resolución misma, desarrolla conceptos como el de las denominadas **conductas autorreferentes**; lo anterior, como un límite al derecho penal de sancionar conductas que resultan ser incapaces de lesionar bienes jurídicos, en la medida que forman parte del espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, mismo que está fuera del ámbito del Derecho Penal.

En ese sentido, la resolución en referencia desarrolla lo siguiente: “...*Como se ha dicho en párrafos anteriores, una conducta autorreferente –es decir sin posibilidad remota de poner en peligro a otros– y de alguien a quien en su mayoría de edad y conforme a una decisión personal decide afectar su propio ámbito de salud con relación al consumo de sustancias estupefacientes, no puede considerarse un hecho relevante a efectos penales, aunque sí con relación al deber de asistencia médica que el Estado se encuentra obligado a brindarle para superar su adicción, en particular con relación a las clínicas de rehabilitación de drogodependientes...*” (2012).⁸⁹

Lo anterior supone, un gran avance para la despenalización del auto consumo de drogas, lo cual de materializarse, permitiría desarrollar una política criminal que esté orientada el abordaje del fenómeno de la posesión y tenencia de drogas, desde una dimensión objetiva, que dé pie al desarrollo de una política de salud pública que coadyuve a los esfuerzos a favor de la prevención de nuevos consumidores asiduos a esas sustancias ilícitas pero que también incluya un importante elemento de rehabilitación que involucre a profesionales de la salud pública.

Ante esta nueva realidad, como nuevo punto de partida, se lograría desarrollar como parte de una adecuada política de Estado, una política criminal adecuada, que permita orientar los recursos económicos, tecnológicos y humanos, que son destinados anualmente por los estados a combatir los delitos relativos a las drogas, de manera inteligente y diferente, que incluya la aplicación de criterios técnicos que lleven a la disminución de los delitos, disminución del hacinamiento penitenciario y un mayor grado de rehabilitación de

⁸⁸ 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007. Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia. 2012

⁸⁹ *Idem*

consumidores frecuentes. El abordaje de manera distinta al fenómeno de las drogas, se vuelve menester ante el desarrollo de teorías contemporáneas del derecho penal, que ponderan los bienes jurídicos individuales, sobre la lesión inocua a bienes jurídicos difusos, de manera que se obtengan resultados distintos a un fenómeno tan complejo, como lo son, los delitos contemplados en la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas.

3.3 El Delito de Posesión y Tenencia en El Salvador.

La lucha histórica de los estados por penalizar las conductas sobre actividades relativas a las drogas, como efecto concomitante; ha incrementado los niveles de violencia en las sociedades a raíz de las drogas ilícitas y la disputa de las organizaciones criminales, por controlar el mercado, a la que se suma la persecución sin tregua que es ejercida año con año por las autoridades, por lo que ha sido necesario desde inicio de la década de los noventa contar con una legislación especial en la materia.

De tal suerte que ya para el año de 1991, la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas regulaba en su artículo 37, el delito de posesión y tenencia.

Posesión y Tenencia.

Art. 37.- El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencias, plantas o parte de ellas, o drogas, a las que se refiere esta ley, en cantidades que a juicio prudencial del juez sean presumiblemente comerciales, o que siendo autorizado no justifique su tenencia, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si la tenencia es con el objeto de realizar cualquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, la sanción será de seis a diez años. (Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 1993,)⁹⁰

Lo anterior implica, que ya para el año de 1991, el fenómeno de las drogas era tal que requería de la tipificación de las conductas relativas a las mismas, en cuerpos normativos especiales. Tipificación que responde entre otras cosas, al sistema penal inquisitivo que imperaba y que había sido adoptado por el Estado de la época y que es

⁹⁰ Art. 37 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 1993.

evidenciado por la discreción que contaba el juez respecto del juicio que este hacía, para determinar si las cantidades incautadas eran presumiblemente comerciales o no⁹¹.

Se observa que el tipo penal, en su naturaleza misma es un delito de mera actividad, el cual no admite la tentativa y tampoco requiere la existencia de ningún resultado para tenerse como perfecto. Bastaba, que “sin autorización legal se poseyera semillas, hojas, florecencias, plantas o parte de ellas, drogas...” (Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 1993). No existen criterios objetivos cuantificables en medidas estandarizadas o unidades de medida, lo cual es una reforma que es agregada a la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas de 2003.

Luego de una vigencia de 12 años, la nueva Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas de 2003, entró en vigencia y con esta, cierta reforma que atendían a elementos meramente cuantitativos para identificar la psiquis del sujeto activo del delito de posesión y tenencia; criterio, que como se ha compartido en el presente capítulo, fue desarrollado por la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia⁹².

La redacción del tipo penal incorpora importantes reformas y es adecuada al sistema penal acusatorio, que fue incorporado y aplicado por el Estado salvadoreño, a partir de la entrada en vigencia del código penal de 1997, que entró en vigencia en 1998.

Posesión y Tenencia

Art. 34.- El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florecencias, plantas o parte de ellas o drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.

Si la posesión o tenencia fuere en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de tres a seis años; y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.

Cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, la sanción será

⁹¹ *Idem*

⁹² *Inc. 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce.*

de seis a diez años de prisión; y multa de diez a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes. (Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 2013) .⁹³

Se observa el criterio cuantitativo al que se hace referencia, en la técnica utilizada por el legislador, para la dosificación de la pena, en razón de la cantidad de material incautado. Además, incorpora un importante elemento de multa pecuniaria similar a la responsabilidad civil.

El artículo 34 citado previamente, es la legislación actual a la fecha en El Salvador, el cual está previsto en la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas del año 2003 y se mantiene vigente a la fecha.

3.4 La Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico.

La Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas del año 2003, responde entre otras cosas, a la presión proveniente de los compromisos adquiridos por el Estado salvadoreño a nivel internacional, a través de los diferentes y diversos tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado salvadoreño y de aplicación directa en la legislación local.

El delito de posesión y tenencia con fines de tráfico, se desprende del artículo 34 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, haciendo uso de una técnica legislativa, que regula en un tipo penal el supuesto de hecho o la conducta jurídicamente reprochable y en otro la consecuencia jurídica o la pena atribuida, tal como sucede en referencia al delito de tráfico ilícito, tipificado en el artículo 33 del mismo cuerpo legal.

“Tráfico Ilícito: Art. 33.- El que sin autorización legal adquiriere, enajenare a cualquier título importare, exportare, depositare, almacenare, transportare, distribuyere, suministrare vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico, de semillas, hojas, plantas, florescencias o las sustancias o productos que se mencionan en esta Ley, será sancionado con prisión de diez a quince años y multa de cincuenta a cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes...” (Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 2013) .⁹⁴

⁹³ Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 1993

⁹⁴ Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 2013

De tal suerte que, la consecuencia jurídica o la pena del tipo penal de posesión y tenencia con fines de tráfico, tiene un mínimo de 6 y un máximo de 10 años de prisión.

El criterio subjetivo incorporado en la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas de 2003, ha sido desarrollado por abundante jurisprudencia por parte de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la que destaca la resolución de la honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce, clasificada bajo referencia número 70-2006/ 71-2006/ 5-2007/ 15-2007/ 18-2007/ 19-2007.

En la jurisprudencia en referencia se mencionan parámetros bajo los cuales, desde la lupa de la sana crítica, permiten a los aplicadores de justicia, el adecuado análisis de elementos periféricos en cada caso concreto, para así arribar al análisis del elemento volitivo del tipo penal, en la construcción intelectual propia de la teoría del delito, particularmente para el delito de Posesión Y Tenencia Con Fines de Trafico.

3.5 El Delito de Posesión y Tenencia y El Tráfico Ilícito como Delitos de Peligro o de Mera Actividad.

Delitos de peligro:

Durante el desarrollo de las civilizaciones contemporáneas, el **Ius Puniendi** del Estado ha sido la agresión legítima por parte de los Estados, para las conductas que se consideran reprochables y van en contra de los postulados de la ley penal. La construcción de tal postulado, ha atravesado diferentes etapas en la historia y con este también han venido desarrollándose y perfeccionándose los diferentes sistemas políticos y de gobierno de los Estados; pero al final, todos concluyen en un elemento en común y este es, precisamente el poner límites al poder absoluto del Estado, para penalizar conductas y que tal agresión, solo es legítima, ante una lesión a la gama de bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal.

Con la evolución de las sociedades contemporáneas y con estas, del derecho penal mismo; la tutela a nuevos bienes jurídicos se ha ampliado, una nueva gama de bienes jurídicos han nacido y con estos se han incorporado nuevos elementos, que justifican la tutela de los mismos, por parte de la dogmática propia del derecho penal. Dentro de la

evolución a la que hacemos referencia, se encuentra precisamente la división entre los delitos de resultado y los conocidos como delitos de peligro o también llamados de mera actividad.⁹⁵

Resulta también novedoso, el hecho de que muchas de las normas de los delitos de peligro tengan su origen en iniciativas europeas.

3.5.1. La Problemática de los Delitos de Peligro.

Uno de los logros más importantes del Derecho Penal, desde el punto de vista de las culturas occidentales, fue el hecho de considerarlo un derecho de “ultima ratio”, es decir, que es aquel, que solo interviene ante las más evidentes vulneración de los bienes jurídicos más importantes, siempre que dicho conflicto con la ley no pudiera ser resuelto por otra de las disciplinas del Derecho. En ese sentido, el incorporar al derecho penal la tarea de tutelar bienes jurídicos, que tradicionalmente no merecía tal relevancia o que el peligro no era tan inminente como en la actual.

Para legitimar la agresión del Estado, ante conductas que no producen un resultado materialmente identificable, resulta indispensable entonces, elaborar toda una teoría dogmática que haciendo uso de la teoría clásica del causalismo penal, vuelva menester la incorporación del derecho penal, en el escenario de la globalización en la lucha contra la criminalidad ⁹⁶

Precisamente, el mayor desafío representa el vincular determinadas conductas, como posibles peligros concretos o abstractos para el desarrollo y el adecuado disfrute de bienes jurídicos de la más diversa naturaleza.

Un ejemplo de esto, fue vincular el peligro o el daño producido al medio ambiente, por conductas de acción u omisión realizadas por el hombre. Otro ejemplo es la creación de las normas penales contenidas en la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, ante la puesta en peligro abstracto del bien jurídico de la salud pública, situación que encuentra su legitimidad en el artículo 65 de la Constitución de la república de El Salvador.

⁹⁵ José Ramón Serrano Piedecabras, *Revista General de Derecho Penal* 2005. Pag. 65 a la 69

⁹⁶ *Idem*

“...Artículo sesenta y cinco. - La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento

El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación... (Constitución de la República, 1983).⁹⁷

El eventual desarrollo de las teorías, que legitiman el uso del derecho penal sobre conductas de peligro, ha llevado incluso a la penalización de actos preparatorios para la realización de ulteriores conductas y a la división de los delitos de peligro, que tiene como objeto de control la causalidad. Dentro de estos últimos encontramos el delito de “conducción peligrosa de vehículos automotores” tipificado en el artículo ciento cuarenta y siete-E o, el de “disparo de arma de fuego”, tipificado a su vez en el artículo ciento cuarenta y siete-A, ambos del código penal.

3.6 Como se Conceptualiza el Principio de Legalidad.

El principio de legalidad es concebido, como un axioma de carácter universal o innato en los ordenamientos jurídicos de todo Estado, en virtud del cual no puede existir sanción, si no está escrita previamente en una ley ante del cometimiento del acto ilícito.

De tal suerte que nuestra Constitución de la República lo dispuso de la siguiente manera:

“...Artículo quince. - Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley... (Constitución de la República, 1983).”⁹⁸

Por su parte la ley secundaria, es decir el código penal, estipula el principio de legalidad de la manera siguiente:

“... Principio de Legalidad Artículo uno. - Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena

⁹⁷ Constitución de la República, (Asamblea Legislativa de El Salvador 1983).

⁹⁸ Constitución de la República, (Asamblea Legislativa de El Salvador 1983).

o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal... y artículo 2 del CPP (Código penal y Procesal Penal, 2011)”.⁹⁹

Así mismo el código procesal penal estipula el principio de legalidad de la manera siguiente:

Principio de legalidad del proceso y garantía del juez natural

“...Artículo dos- Toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un juez o tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.

Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de las medidas de Seguridad... (Código Procesal Penal, 2016)”¹⁰⁰

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

“...Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello... (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969)” Convención Americana sobre Derechos Humanos...”¹⁰¹

Como se advierte de las referencias anteriores, el principio de legalidad está estrictamente ligado con la concepción de la idea de justicia y de principios como el del debido proceso.

El principio de legalidad, cumple entonces, con una función protectora de los Derechos de las personas a quienes se les impute la participación en un hecho delictivo, con el fin de evitar abusos de poder, es decir, que un requisito de procesabilidad para tener una imputación objetiva de una conducta constitutiva de delito, la conducta bajo la premisa constitucional de la creación de las leyes, debe de cumplir una etapa de formación de la ley y opera la no irretroactividad de la ley penal, salvo que la ley sea más favorable.

⁹⁹ Código Procesal Penal, 2011

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969

Montesquieu hablaba de un “sistema de frenos y contrapesos, decía, que al estar dividido el poder del Estado, se podrá controlar al poder” (Montesquieu, 1906).¹⁰² Pero desde luego que para que esto sea real y pueda materializarse, es indispensable la instauración y el pleno respeto al principio de legalidad.

3.6.1 Significados del Principio de Legalidad

La doctrina jurídica sostiene, que el principio de legalidad tiene un doble sentido, por una parte, cuenta con un significado político y por otra parte se dota de un significado científico.¹⁰³

Significado político:

Al respecto del significado político, este comprende al momento histórico, que dio lugar al antecedente del término *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que desde luego fue producto de una lucha en contra del *ius incertum*.¹⁰⁴

Es decir, esta máxima es consecuencia de la inseguridad que existía en la época antigua, propia del antiguo régimen, que en ese entonces se vivía. Por lo tanto, el principio de legalidad es universal en el derecho de los Estados, lo que significa que desde sus orígenes tenía un rango constitucional y, por supuesto es objeto de análisis del derecho penal. De ahí que el principio de legalidad penal, tiene exigencias para el Estado, a fin de brindar a la persona seguridad jurídica. Es uno de los postulados que dan origen al estado de Derecho.

3.6.2 Fundamentos del Principio de Legalidad

La doctrina, ha procurado decir, cuáles son los fundamentos del principio de legalidad, que han sido expuestos con antelación, como por ejemplo el significado político jurídico y penal, las consecuencias o exigencias jurídicas de la ley penal. Con respecto a este tema, existen varias formulaciones teóricas así, hay autores que tratan esta temática desde un punto de vista de la evolución histórica, en qué consisten los significados políticos y jurídico penal, garantías y elementos del principio de legalidad. Hay también

¹⁰² *El espíritu de las leyes*, Montesquieu, 1906

¹⁰³ Rosario de Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 887.

¹⁰⁴ *Idem*.

otros autores que señalan a los fundamentos del principio de legalidad como “Funciones del principio de legalidad”, y existen otros autores que lo denominan como “raíces”, al referirse a los fundamentos.

Pero todos esos autores estudian la misma problemática, objeto de nuestro estudio, que llegan a establecer principios, valores y fundamentos con respecto al principio de legalidad y las exigencias jurídicas que él conlleva.

3.6.3 La Prevención del Delito.

La prevención del delito, es una de las formas positivas que el derecho penal ha generado a través del significado político y jurídico penal, con la finalidad de erradicar los altos grados de índice de cometimiento de delitos, sin embargo, la prevención del delito ha sido históricamente defendida por la doctrina y por algunos autores, que sostienen que es tarea del fundamento jurídico penal o científico, al que otros autores denominan como político criminal.¹⁰⁵

Entre los tipos de principio de legalidad tenemos, el principio de legalidad sustancial y el principio de legalidad formal.

Principio de legalidad penal sustancial:

Este principio, es un axioma extrajurídico de defensa que tiene como finalidad sancionar con la imposición de una pena, como medida de seguridad frente a cualquier acción u omisión que realice una persona en contra de la sociedad.

Principio de legalidad formal:

Es un principio en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito, sin que la ley anterior lo haya previsto como delito (*nullum crimen sine praevia lege*) una vez que se ha mencionado.

Entre las clases de principios de legalidad podemos mencionar los siguientes:

1. Principio de legalidad referente a delitos
2. Principio de legalidad con respecto a las penas

¹⁰⁵ "Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal". Luis Arroyo Zapatero. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Mayo-agosto. 1983.

3. Principio de legalidad de ejecución
4. Principio de legalidad adjetiva o procesal
5. Principio de legalidad jurisdiccional.

Principio de legalidad referente a delitos.

Al respecto la Convención Americana de Derechos Humanos consagra en el artículo 9 lo siguiente: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones, que en el momento de cometerse no fueran delictivas. (Pacto de San José de Costa Rica, artículo 9)¹⁰⁶.

Así también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta lo siguiente con respecto al tema objeto de nuestro estudio: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art 15 ap 1).¹⁰⁷

Principio de legalidad de las penas:

Este principio, es representado a través del diferente aforismo jurídico, muy conocido tanto por la doctrina jurídica, como por los Estados, que tienen un estado legislativo de derecho: *nullum poena sine scripta, certa stricta et praevia lege*,¹⁰⁸ que significa que no hay pena sin ley estricta, cierta y anterior, que lo establezca como tal. De ahí entonces, porque en nuestro país como en los demás países de la región y de Hispanoamérica se encuentra incorporado en sus textos constitucionales, como en sus normas secundarias. De tal suerte que el principio de legalidad de las penas también se lo identifica como un axioma jurídico universal, que dice que no se puede sancionar a una persona si la pena no ha sido establecida con anterioridad al cometimiento del acto ilícito a través de la vigencia de una ley.

Principio de legalidad de ejecución:

Este principio, nos da entender, que en los Estados de Derecho existe un principio constitucional a la inocencia y que, mientras no exista una sentencia o resolución en firme

¹⁰⁶ Pacto de San José de Costa Rica, artículo 9.

¹⁰⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art 15 apartado 1.

¹⁰⁸ Estado de Derecho y principio de la legalidad penal en la formación de juristas. Salomón Alejandro Montecé Giler. 2018, Revista Didasc@lia.

nos encontramos frente al siguiente aforismo: “*nulla execution sine praevia lege*”,¹⁰⁹ que significa, que no existe ejecución sin sentencia o resolución ejecutoriada.

Principio de legalidad procesal:

Este principio se encuentra sostenido a través del siguiente aforismo: “*nullum iudicium sine praevia lege*”¹¹⁰ que significa, que no hay proceso sin ley previa de cómo hacerlo. Esto quiere decir que tiene que estar establecido el camino a seguir para poder efectivizar la exigencia del derecho subjetivo, que haya sido vulnerado o infringido por el presunto infractor.

Principio de legalidad jurisdiccional:

La legalidad jurisdiccional, se encuentra regido bajo el aforismo: “*nemo damnatur nisi per legale iudicium*”,¹¹¹ que significa que no hay condena sin sentencia firme. En efecto, este principio es acogido por los ordenamientos jurídicos en virtud del cual nadie puede ser condenado mientras no haya sentencia ejecutoriada, es decir, que tenga efectos de cosa juzgada y que sea legitimada por el juez competente.

3.7 Teoría del Tipo.

a) Tipo y tipicidad.

El tipo, es la descripción concreta de la conducta prohibida, hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.¹¹²

El tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido, en el que interviene el Derecho penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio, todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición.

Por ello, el tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad. Así, el tipo es un concepto límite de enorme trascendencia para fortalecer el principio de legalidad que se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles de la dogmática penal.

¹⁰⁹ *Idem*

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ Salomón Alejandro Montecé Giler. 2018, *Revista Didasc@lia, Estado de Derecho y principio de la legalidad penal en la formación de juristas*. 2018, .

¹¹² Francisco Muños Conde *Derecho Penal I Parte General*. , octava edición. Tirant to Blanch libros.

Tipicidad, es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, de lo contrario nos llevaría a negarla. Por consiguiente, la tipicidad es, la resultante afirmativa del juicio de tipicidad. El juicio de tipicidad no es un mero proceso formal, sino valorativo, ya que generan actos valorativos encaminados a la traducción de una prohibición.

- **Funciones del Tipo.**

Cumple con una **función indiciaria**,¹¹³ que supone, que la realización del tipo legal es solo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Es un conocimiento provisional que será completado cuando se termine la antijuridicidad (contrariedad de la realización del tipo con el ordenamiento jurídico)

También cumple una **función fundamentadora**,¹¹⁴ ya que la tipicidad, es el fundamento del delito, propiamente dicho. Aunque se ha señalado a la acción como base de la teoría del delito, en la que actúan los elementos del delito, sin la tipicidad la acción sería solo una mera conducta no calificada como punible por el legislador y, por ende, no merecedora de una sanción penal.

Por la **función seleccionadora**¹¹⁵, la tipicidad identifica las conductas que serán penalmente relevantes. El legislador va a escoger, entre todas las posibles conductas antijurídicas, aquellas que impliquen posibles afectaciones de bienes jurídicos importantes.

La **función garantizadora**¹¹⁶ de la tipicidad, es una consecuencia del principio de legalidad. El tipo legal permite al ciudadano un conocimiento seguro en cuanto al límite entre la conducta sancionada y la atípica, cumpliendo así una función de garantía.

El tipo cumple una **función de motivación**¹¹⁷ para toda la sociedad. “La función de motivación del tipo permite que el destinatario de la norma pueda conocer cuál es la

¹¹³ *Límites Constitucionales del Derecho Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. 2004*

¹¹⁴ *Idem*

¹¹⁵ *Ibidem*

¹¹⁶ *ibidem*

¹¹⁷ *Ibidem*

conducta prohibida, de cuya realización debe abstenerse”. Por medio de la pena, el legislador trata de garantizar el respeto a una determinada forma de solución del conflicto social, considerada acorde al ordenamiento jurídico.

Función de instrucción¹¹⁸, el tipo va a permitir, a los ciudadanos conocer el significado jurídico-penal que revisten sus actos. A través de la norma penal se señalará las acciones u omisiones que provocan la reacción punitiva del Estado y, por ende, no deben ser realizadas.

Finalmente, se asigna a la tipicidad una **función sistematizadora**¹¹⁹, en el sentido que el tipo abarca todos los elementos necesarios para el conocimiento de las conductas que pueden ser sancionadas penalmente. Así en la parte general del código penal, se estudian las características comunes a todos los tipos penales y, en la parte especial, sus aspectos particulares.

3.8 Generalidades del Delito.

El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable¹²⁰. Los niveles de análisis son tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Estos distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable.

Clasificación de los delitos:

Los delitos pueden ser realizados por acción o por omisión artículo 19, código penal de El Salvador.¹²¹

Delito de acción:¹²² Se trata de aquellos que para que se tenga por configurado el supuesto de hecho, requiere que exista una conducta positiva que viole la ley penal.

Delito de omisión:¹²³ Se refiere a una conducta omisiva, es decir, una no ejecución de algo que esta ordenado por la ley.

¹¹⁸ *Ibid*

¹¹⁹ *Idem*

¹²⁰ Roxin, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1997.

¹²¹ *Código Penal de El Salvador. 2011.*

¹²² *Manual Teoría Jurídica del Delito. Consejo Nacional de la Judicatura. Impresos múltiples.*

¹²³ *Idem*

Dentro de las conductas omisivas encontramos a su vez:

- **Omisión simple:**¹²⁴ Que es, la no ejecución de algo que esta ordenado por la ley con independencia del resultado que se produzca.
- **Comisión por omisión:**¹²⁵ Es aquel, en el cual el sujeto activo decide no ejecutar la acción a sabiendas del resultado que se produce.

Delitos de Resultado:

- **Delito de resultado material:** En este se requiere que la conducta del sujeto activo ya sea por acción o por omisión, produzca una mutación en el mundo fáctico.¹²⁶
- **Delito de resultado formal:** El delito se consuma con la mera acción u omisión. No es necesario una alteración material.¹²⁷

Resultados producidos a largo plazo.

Son varios los supuestos de los resultados producidos a largo plazo. Primero, casos de “**daños permanentes**” en los que tras una primera lesión se produce un daño permanente, que origina una consecuencia lesiva ulterior.

Segundo, los llamados “**daños sobrevenidos**”, en los que el resultado está co-determinado por la persistencia de una lesión inicial no curada y un factor causal externo.

Tercero, los que la víctima sufre, daños que acortan su expectativa de vida.

- **Delitos de lesión:** Son aquellos que lesionan un bien jurídico tutelado por la norma.¹²⁸
- **Delitos de peligro:** Son aquellos, que son castigados por el hecho de poner en peligro bienes jurídicos tutelados por la norma. Dentro de los delitos de peligro se identifican a los delitos de peligro concreto o real y a los delitos de peligro abstracto.¹²⁹

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ *Ibid*

¹²⁶ *Manual Teoría Jurídica del Delito. Consejo Nacional de la Judicatura. Impresos múltiples.*

¹²⁷ Terradillos Basoco, “Peligro abstracto y garantías penales”, en Nuevo Foro Penal.

Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, 1999.

¹²⁸ *Idem*

¹²⁹ *Ibidem*

En los **delitos de peligro concreto**, se requiere que la acción cause un peligro real al bien jurídico. Se debe probar en cada caso, la existencia de un peligro efectivo. Por ello, se establece que este tipo de delitos son, por lo general, delitos de resultado.¹³⁰

El **delito de peligro abstracto** ¹³¹ (peligro presunto) solo requiere la comprobación de la conducta prohibida, y por ello no se diferencian de los delitos de pura actividad, son pues, delitos de desobediencia. No es necesario probar el peligro.

Atendiendo al número de bienes jurídicos afectados durante la comisión delictiva, se distinguen los **delitos monofensivos** y los **delitos pluriofensivos o complejos**. En el primer caso el legislador ha previsto en el tipo legal la afectación de un bien jurídico. Ejemplo el delito de homicidio, el bien jurídico único es la vida humana independiente. En el segundo caso, establece la afectación sobre dos o más bienes jurídicos. Ejemplo el delito de extorsión, se afectan varios bienes jurídicos, como son el patrimonio, la salud, la integridad física y la libertad individual.

Por otro lado, existen algunos tipos penales en los que se señalan su forma básica (tipo básico) y derivan, dentro del mismo tipo o en otros tipos penales, determinadas circunstancias que van a atenuar o agravar la antijuridicidad o culpabilidad (**tipos cualificados o privilegiados**) A estos últimos les son aplicables las reglas del tipo básico.

- **Delito instantáneo:** ¹³² Es aquel cuya consumación se agota, en el mismo momento en el que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.
- **Delito permanente o continuo:** ¹³³ Es cuando se viola el precepto legal y la consumación se prolonga en el tiempo.
- **Delito continuado:** ¹³⁴ Hay delito continuado cuando dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal, que se protege un mismo bien jurídico, aun cuando fueren de distinta gravedad. No hay delito continuado en los delitos de homicidio y lesiones. Artículo 42 Código Penal de El Salvador.

¹³⁰ *Ibid*

¹³¹ *Manual Teoría Jurídica del Delito. Consejo Nacional de la Judicatura. Impresos múltiples.*

¹³² *Idem*

¹³³ *Ibidem*

¹³⁴ *Ibid*

Según el artículo 18 del código penal, los delitos pueden ser:¹³⁵

- Delitos graves: Son los sancionados por una pena de prisión cuyo límite exceda de tres años.
- Delitos menos graves o faltas: Son aquellos, que tienen una pena inferior a la anterior o de naturaleza distinta.
- Delitos dolosos: Es la conducta delictiva que se realiza cuando el agente, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previéndolo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

El dolo, se presenta durante la realización del tipo objetivo. El cometimiento del dolo en el instante en que se ejecuta la conducta delictiva. Si se presenta antes de comenzar con la ejecución del delito, es decir, durante la etapa de los actos preparatorios (*dolus antecedens* o **dolo subsecuente o consecutivo**), no existe el dolo que requiere el tipo, pues no se puede imputar algo que no se ha dado o que ya se ha producido.

Se debate si el dolo requiere conocimiento y voluntad (**teoría de la voluntad**) o solo conocimiento (**teoría de la representación**). Si bien, es aun dominante la teoría de la voluntad, existen autores que sostienen el dolo sobre la base del conocimiento. En la dogmática actual, se aprecia la tendencia a reducir al máximo y prácticamente descartar el elemento volitivo del dolo. Hasta el momento, el dolo precisa de dos elementos: cognoscitivo (conocimiento) y volitivo (voluntad)

a) Elemento cognoscitivo (intelectual).¹³⁶

El elemento cognitivo viene a ser el primer momento del dolo, anterior al momento volitivo, pues la voluntad no existe si no está presente el conocimiento de los hechos. “los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues estos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada.” El elemento comprende el conocimiento de la realización de todos los elementos estructurales de la imputación objetiva. El error de tipo produce la ausencia de dolo.

b) Elemento volitivo del dolo.¹³⁷

¹³⁵ Código Penal de El Salvador. 2011.

¹³⁶ Mariano Kierszenbaum, *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas...*, psg., 187-211.

¹³⁷ Juan José Bustos Ramírez - Hernán Hormazábal Malarée; *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I* pág. 127

c) Otro factor del dolo, es la **voluntad** de realización de los elementos que integran al tipo objetivo. Como ya hemos expresado antes, dicha voluntad la entendemos en el sentido que el individuo se inserta conscientemente en el marco de objetos de referencia en un proceso de comunicación, ello supone querer realizar los elementos del tipo objetivo. Si el agente, conociendo los elementos típicos no quiere o no tiene la decisión, o conociendo la imposibilidad de ejecutar actos delictivos, se anula su intención, la ausencia de dolo es indiscutible.

Se distinguen diversas clases de dolo: dolo directo (de primer y segundo grado) y dolo eventual.

- Delito culposo: Este se refiere, cuando el agente que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

El Código Penal de El Salvador, en su artículo 18 establece: ¹³⁸ “Los hechos culposos solo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa”. Por su parte el artículo 32 del mismo cuerpo legal dice lo siguiente: “En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho”.

Lo anterior sienta las bases para establecer la punibilidad y la legitimidad de la pena ante conductas en las que se infringió la norma de cuidado.

Según su estructura los delitos pueden ser:

- Delitos simples: Son aquellos delitos que prevén un solo precepto legal.
- Delitos complejos: Es aquel delito que subsiste con alguna agravante, atenuando o calificativa.

3.9 Niveles de la Imputación Penal.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en delito.¹³⁹ Estos niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito. Para imputar un hecho, cuando se constata la de las dos primeras características (tipicidad y antijuridicidad) se denomina

¹³⁸ Código Penal de El Salvador. 2011.

¹³⁹ Roxin, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1997.

injusto a la conducta que las ofrece. En consecuencia, lo injusto es una conducta típica y antijurídica.

Pero la presencia de lo injusto, no es suficiente para imputar un delito, pues además resulta necesario determinar la imputación personal (**culpabilidad**), es decir, si el sujeto debe responder por lo injusto (**sujeto culpable**) En los casos que no se pueda imputar personalmente al sujeto lo injusto realizado (inimputable, error de prohibición inevitable) estaremos ante un sujeto **no culpable**.

Pero también ocurre que, pese a la existencia del delito, no sea posible la punibilidad como ocurre con las causas de exclusión de la responsabilidad penal.

El artículo 27 del código penal establece las causas que excluyen la responsabilidad penal.

Excluyentes de responsabilidad.

Artículo 27.- No es responsable penalmente:

1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;

2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla; y,

c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la Defensa;

3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

4) Quien, en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:

a) Enajenación mental;

b) Grave perturbación de la conciencia; y,

c) *Desarrollo psíquico retardado o incompleto.*

En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguno de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante, la medida de internación sólo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión;

5) *Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y,*

6) *Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo “solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos.”¹⁴⁰*

Dicho de forma más específica, de observarse que en el supuesto de hecho concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal, el mismo no será punible.

3.10 Imputación del Hecho.

3.10.1 El Tipo.

La verificación de si la conducta realizada coincide, con los descritos en la ley (tipo) es una función que se le denomina **tipicidad**. Este proceso de imputación implica dos aspectos: la imputación objetiva y subjetiva. Así, determinar el tipo objetivo (imputación objetiva), supone identificar los aspectos de la imputación a la conducta y al resultado. Sin embargo, esto no basta, pues es necesario analizar si se dieron las características exigidas en el aspecto subjetivo del tipo (imputación subjetiva)¹⁴¹

3.10.2 Tipicidad Objetiva.

Los elementos que conforman el tipo objetivo son tres:¹⁴²

a) Situación típica. En ella se establece el presupuesto de hecho que da origen al deber de actuar y que varía según el tipo específico.

b) Ausencia de realizar la acción mandada.

¹⁴⁰ Código Penal de El Salvador. 2011.

¹⁴¹ Muñoz Conde, Muñoz Conde-García Aran, Derecho Penal. Parte General, Valencia 1998.

¹⁴² Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Parte general, 4ª. edición., Buenos Aires, 1985

c) Capacidad personal de realizar la acción. Para ello, se requiere que concurren determinadas externas.

3.10.3 Tipicidad Subjetiva.

La omisión propia admite la versión dolosa y la imprudente, caso de estar esta última legalmente prevista. La dimensión cognoscitiva del dolo exige, que el sujeto sea consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo. La dimensión volitiva del dolo consiste en la expresión de la voluntad de no realizar la acción exigida, es decir, como volición del tipo objetivo.

3.10.4 Antijuridicidad.

Para que una conducta típica sea imputable, se requiere que sea antijurídica, es decir, que no esté justificada. La existencia de una causa de justificación impide comprobar que la conducta típica sea antijurídica. Las causas de justificación son disposiciones permisivas especiales que operan sobre cualquier forma básica de hecho punible (delito doloso o imprudente, de comisión u omisión).¹⁴³ En la práctica, el juicio de **antijuridicidad** se limita a una constatación negativa de la misma, pero la antijuridicidad posee características especiales que más adelante estudiaremos. Si no se presenta alguna causa de justificación, la antijuridicidad de la conducta típica estará comprobada.

3.10.5 Imputación Personal (culpabilidad)

La imputación personal se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena (no se pretende un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación del sujeto frente al cumulo de condicionamientos), y por otro lado desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que este tiene frente al Estado. Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al agente: **la imputabilidad** (excluida por anomalía psíquica grave, alteración de la conciencia, alteración de la percepción), **probabilidad de conciencia de la**

¹⁴³ *Idem*

antijuridicidad (excluida por situación de error de prohibición) y **exigibilidad de otra conducta** (excluida por una situación de miedo insuperable, obediencia jerárquica etcétera)

3.10.6 Leyes penales en blanco.

Son las que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la constitución política, que puede ser otra ley penal, leyes de otros sectores de orden jurídico, normas reglamentarias de nivel inferior a la ley.

Los casos de ley penal en blanco se ubican en la parte especial del Derecho Penal. Así la ley penal en blanco, no es más que una técnica legislativa, ya que es frecuente que el Código Penal no exprese disposiciones jurídicas de forma completa y, por ende, es necesario que sean complementadas por otras disposiciones que podrían prevenir de la parte general. Ello permite afirmar, que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa por lo que será remitirnos a otro cuerpo legal, decreto, ley o reglamento a efecto de verificar y complementar la norma penal.

Se discute la constitucionalidad de estas leyes en relación al principio de legalidad, ya que determinadas materias no pueden ser tratadas completamente en un precepto penal, y por ello es indispensable la remisión a otra norma. Se considera que la prohibición penal se debe hallar concretada en la ley, de tal suerte que las normas complementarias solo buscarán señalar circunstancias o condiciones que tengan aspectos meramente complementarios, pero nunca podrán definir la prohibición misma.

3.11. La Regulación Penal en la Legislación Salvadoreña

3.11.1 La Regulación de la Posesión y Tenencia de Drogas.

La constitución de la República establece, los fundamentos de la convivencia nacional con base al respeto de la dignidad de la persona humana, siendo la norma suprema que ejerce la función organizadora del sistema jurídico de la nación, contiene en su seno, los principios, derechos y garantías generales, que ostenta en su actividad el conglomerado social, determinando su contenido y desarrollo en las leyes secundarias que constituyen el ordenamiento jurídico, en todas sus ramas, sean estas de orden público o privado,

observando en su formación de ley, los estándares constitucionales, en las normas constitucionales destellan disposiciones relacionadas a la coercibilidad del estado en su actividad punitiva, con especificidad a la consecuencia penal en las acciones ilícitas de drogas y otras sustancias prohibidas.

En ese contexto el artículo 1^o¹⁴⁴, de la Constitución de la Republica, contiene en su haber el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. Como derechos sustanciales, en las actividades de desarrollo de toda persona, especificando lógicamente para los intereses de esta investigación el derecho a la salud, con la cobertura de considerarse un derecho fundamental con rango constitucional, protegido o bajo la tutela del derecho internacional de los derechos humanos, convirtiéndose así en un bien jurídico, el cual y para su protección se crean los dispositivos penales, focalizados en los relativos a las drogas a efecto de garantizar su protección, con la creación de leyes y reglamentos, que determinan la disposición y uso, relación directa a esta función constitucional presenta la disposición del artículo 65¹⁴⁵ de la Constitución, completando la función del estado respecto de dar protección a la salud pública, como mandato primario.

En cumplimiento de ese mandato, el Estado implementa las políticas públicas cuya finalidad tiende a enmarcar la actividad de las drogas para su control, que las drogas licitas procuren el bienestar a la sociedad en su conjunto, y respecto a las sustancias controladas o drogas ilícitas, sistematizar o reglamentar su comercio en las personas sujetas a su consumo, tal lo determina el artículo 69¹⁴⁶ de la Constitución de la República.

Hemos referido en párrafos anteriores, lo relativo a la facultad que posee el estado, en el ejercicio de sus funciones coercitivas de establecer las conductas que conculquen los bienes jurídicos protegidos y que por lo tanto no son aceptables socialmente y si lo son en confrontación con el ordenamiento jurídico, asignándoles una pena, transformando esa

¹⁴⁴ Art. 1 Cn. *El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.*

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

¹⁴⁵ Art. 65.- *La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento.*

El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación.

¹⁴⁶ Art. 69.- *El Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia.*

Asimismo el Estado controlará la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar.

acción en un comportamiento ilícito, es por ello que debe de tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución de la república, que contiene en su disposición la transmisión de la facultad al Órgano Judicial, de ser el que imponga penas previo al debido proceso, es decir, se le delega a este Órgano la facultad o potestad sancionadora del estado por mandato constitucional, en la misma dirección la norma primaria se refiere al principio de legalidad, en el tenor de su artículo 15¹⁴⁷ Cn.

Del cual la doctrina logra extraer las garantías limitativas a la libertad de configuración del legislador, es decir las cuatro consecuencias del principio de legalidad, siendo estas: a) la de aplicación de la retroactividad de la ley, o La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), *Lex Praevia*; b) la de la aplicación de un derecho que no sea el escrito, es decir, La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), *Lex Scripta*; c) la de no permitir la extensión del derecho escrito a situaciones análogas, es decir, la prohibición de la analogía, (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) *Lex Stricta*; y, d) la prohibición de las clausula legales indeterminadas, La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimem nulla poena sine lege certa*), *Lex Certa*¹⁴⁸. Lo anterior lógicamente genera la aplicabilidad cierta del principio de seguridad jurídica, como garantía constitucional.

Ahora, en referencia a los tratados internacionales, esto ingresan como leyes de la República a través del artículo 144 de la Constitución, que contiene en su tenor, que los tratados internacionales celebrados por el Salvador con otros estados o con organismos internacionales constituyen leyes de la república al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta constitución, considerando, que su escala dentro del ordenamiento jurídico corresponde, al segundo nivel jerárquico, ubicándose en inferior grado respecto de la Constitución de la República, y en grado superior a la normativa secundaria, teniendo como función hacer corresponder al Estado en su actividad, con los estándares internacionales, por lo que pasamos a nombrar los convenios ratificados por el Estado salvadoreño.

¹⁴⁷ Art. 15 Cn. *Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.*

¹⁴⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito* pág. 140 y 141.

- a) Acuerdo entre la República de El Salvador y los Estados Unidos Mexicanos sobre Cooperación para el combatir el Narcotráfico y la Farmacodependencia¹⁴⁹
- b) Convenio Sobre Sustancias Sicotrópicas ONU (1971).¹⁵⁰
- c) Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Trafico, Consumo y Uso Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. (CCP).
- d) Convenio entre los Gobiernos de las Repúblicas de El Salvador y de Colombia sobre Cooperación en la Lucha contra el problema Mundial de las drogas y sus Delitos Relacionados.
- e) Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas.¹⁵¹
- f) Convención Única sobre Estupefacientes, de fecha 30 de marzo de 1961,

Otras convenciones ratificadas por la República de El Salvador son:¹⁵²

- a) Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, 1992 (febrero de 2004).
- b) Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996 (julio de 1998).
- c) Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados (CIFTA), 1997 (octubre de 1998).
- d) Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes, 1961, modificada por el Protocolo de 1972 (octubre de 1997).
- e) Convención de las Naciones Unidas sobre Sustancias Psicotrópicas, 1971 (septiembre de 1997).

¹⁴⁹ Ratificado el quince de diciembre de mil novecientos noventa y tres, acuerdo bilateral, su propósito es, promover la cooperación entre ambos Estados, con la finalidad de combatir eficazmente al narcotráfico y la farmacodependencia.

¹⁵⁰ Ratificado por nuestro país el veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete, este convenio en su preámbulo reconoce que el uso de sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse indebidamente su disponibilidad para tales fines

¹⁵¹ Esta convención tiene como propósito el promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente de forma conjunta a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

¹⁵² Los tratados de fiscalización internacional de drogas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Edición revisada de 2013.

- f) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988 (septiembre de 1993).
- g) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000 (diciembre de 2003), y sus tres Protocolos: Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (diciembre de 2003), el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (diciembre de 2003), y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones (octubre de 2003).
- h) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003 (mayo de 2004).

En lo relativo a las normas secundarias, se penaliza la lesión al bien jurídico denominado la Salud pública por primera vez en el Código de Instrucción Criminal¹⁵³. Comprendida en el capítulo II de los delitos contra la salud pública artículo 269; este artículo contenía la disposición normativa contra el delito de tráfico Ilícito de drogas, cuyo dispositivo penal, sufrió reforma, en el código penal de 1972, el cual comprendía un capítulo especial de los delitos contra la Salud Pública en sus artículos 300, 301 y 305.

Sin embargo, y para efectos de efectivizar la lucha contra el flagelo de las drogas, considerando lo reducido de normas en el Código Penal, para enfrentar a un delito tan complejo, con acciones diversa, se extrae el capítulo contenido en este, derogando sus disposiciones, y se da creación mediante Decreto Legislativo No. 728 de fecha 5 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 52, Tomo 310 del 15 del mismo mes y año, a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

En consonancia con esos compromisos que surgen de la vinculación de los tratados internacionales, que ostentan legalmente el control en la fiscalización de las drogas, en

¹⁵³ Código de Instrucción Criminal de 1904, comprendido en el capítulo II de los delitos contra la salud pública artículo 269 que contenía 8 ordinales.

- 1.- el que sin autorización legal elaborare drogas para cualquier fin.
- 2.- el que introduzca a la República droga, sustancias, semilla estando prohibida su importación.
- 3.- el que sembrare plantas que estuvieran prohibidas.
- 4.- el que comercie al por mayor o en detalle, sin la correspondiente autorización.
- 5.- el que tenga en su poder o suministre en cualquier forma o cantidad y a cualquier título, semillas etc.
- 6.- el que exporte del país semillas, plantas vivas o muertas, drogas sin autorización legal.
- 7.- el que importe, comercie o suministre en cualquier forma o cantidad y a cualquier título.
- 8.- el que de cualquier manera no comprendida en los números anteriores proporcione local u ocasione para el suministro o consumo etc.

consideración a los estatutos constitucionales, las normas dispositivas del Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, junto a lo dispuesto en el Código de Salud, se han formulado las Leyes siguientes: a) Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas¹⁵⁴. b) Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, y su Reglamento¹⁵⁵, c) Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares,¹⁵⁶ d) Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación ilícita.¹⁵⁷ e) Reglamento de Estupefacientes, Sicotrópicos, Precursores, Sustancias y Productos Químicos y Agregados, f) Ley de Medicamentos¹⁵⁸.

Por los efectos de este estudio, nos detendremos o haremos pausa en el estudio de La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas que en el Capítulo I, artículo 1 bajo el acápite objeto de la ley, norma las actividades relativas a las drogas así:

- a) El cultivo, producción, fabricación, extracción, almacenamiento, depósito, transporte, adquisición, enajenación, distribución, importación, exportación, tránsito y suministro;
- b) El Establecimiento y organización de entidades que implementen medidas encaminadas a prevenir, tratar y rehabilitar a aquellas personas que se han vuelto adictas; así como normar las actividades relativas a éstas;
- c) La posesión, tenencia, dispensación y consumo;
- d) El Combate y sanción de los hechos que constituyan delito o infracciones administrativas a la misma; y
- e) La investigación científica y estudios especializados en la materia.

¹⁵⁴ Decreto Legislativo No.153 de las reformas a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas en el año 2003 (Asamblea Legislativa), se creó la Comisión Nacional Antidrogas "CNA" o la "Comisión", que funcionará bajo la dirección del Presidente de la República, y es la autoridad responsable de planificar, coordinar, supervisar y evaluar los planes, estrategias y políticas gubernamentales encaminadas a prevenir y combatir el tráfico, la venta y consumo ilícito de drogas, como también los esfuerzos de rehabilitación de personas adictas.

¹⁵⁵ La Ley de lavado de dinero y de activos, tiene por objeto prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento. En el artículo 3 de dicha ley, se creó la Unidad de Investigación Financiera para el delito de lavado, como oficina primaria adscrita a la Fiscalía General de la República.

¹⁵⁶ Decreto Legislativo N° 739, de fecha 8 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 1, Tomo N° 322, del 3 de enero de 1994, se emitió la Ley de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares

¹⁵⁷ En el año 2013, por Decreto Legislativo No. 534 de noviembre de 2013, fue promulgada la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita. En la cual se establecen los procedimientos y disposición de los bienes incautados y decomisados., así como la creación de los tribunales especializados en extinción de dominio (artículo 17 y 18) y el Consejo Nacional de Administración de Bienes (CONAB) como la entidad encargada de la administración y disposición de bienes incautados

¹⁵⁸ En el año 2012 según Decreto Legislativo No. 1008, se aprobó la Ley de Medicamentos, por medio de la cual se creó la Dirección Nacional de Medicamentos (DNM), de conformidad a lo establecido en el artículo 6, literal q de dicha ley, le compete regular la importación y consumo de los productos regulados en la LRARD y el Reglamento de Estupefacientes Psicotrópicos y Agregados (Dirección Nacional de Medicamentos).

Define la Ley en su artículo 2; que se consideran drogas las sustancias especificadas como tales en los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, las que se mencionan en el Código de Salud y demás leyes del país; y en general, las que indistintamente de su grado de pureza, actúan sobre el sistema nervioso central y tienen la capacidad de producir transformaciones, bien sea, aumentando o disminuyendo su funcionamiento o modificando los estados de conciencia y que su uso indebido puede causar dependencia o sujeción física y psicológica. También se consideran drogas las semillas, florescencias, plantas o parte de ellas y cualquier otra sustancia que se utilicen como materia prima para la purificación, modificación o fabricación de drogas. Las bebidas alcohólicas, el tabaco, y los solventes e inhalantes, no obstante estar enmarcadas dentro de esta materia, son reguladas por leyes especiales.

En el Capítulo II de la LERARD, intitulado Organismos Administrativos y Ejecutores, en el artículo 6, determina y dispone que, el Ministerio de Gobernación (Hoy Ministerio de Justicia y Seguridad Pública), a través de la Policía Nacional Civil como órgano auxiliar de la Administración de Justicia, y ésta, por medio de la División Antinarcóticos; tendrá un serie de atribuciones, entre las que se destacan:

Diseñar, dirigir y coordinar todas las actividades y medidas que impidan y controlen la penetración y difusión del narcotráfico en el país; evitar que se cultiven, produzcan, fabriquen, trafiquen, consuman, comercialicen y exporten, sustancias no autorizadas; practicar registro de todo vehículo terrestre, aéreo o marítimo que ingrese en el territorio nacional, así como de aquellos que circulen en él, cuando existan elementos de juicio suficientes de que en éstos se transportan sustancias como las señaladas en el artículo 2 de la presente Ley, bajo la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, practicar registros en los lugares en que se tenga conocimiento, que se realizan actividades ilícitas relacionadas con las drogas, respetándose para ello los derechos que garantiza la Constitución y demás leyes; proceder al registro o requisa personal, cuando hubiere motivos suficientes para presumir que una persona oculta entre sus ropas, pertenencias o lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito; realizar inspección corporal, cuando se estime necesario, por existir elementos de prueba o indicios; de todo lo actuado deberá levantarse un acta conforme a lo previsto en el Código Procesal Penal la cual será remitida al tribunal competente; incautar todas aquellas sustancias de las cuales se sospeche

que están incluidas en el concepto de drogas que establece esta Ley, sin necesidad de solicitar ratificación judicial de esa incautación y someterlas al previo análisis pericial de laboratorio.

3.12 El Bien Jurídico Protegido, La Salud Pública.

Existe una constante preocupación, ante los hechos que constituyen el accionar de las drogas ilícitas y el tráfico de estas de igual forma su consumo, formándose en el problema o, al menos en uno de los problemas, de una buena atención dentro de la sociedad en conjunto, lo que ha motivado a los Estados, como a la comunidad internacional, a la lucha contra las drogas, ya que las mismas por su vinculación o efectos son generadoras de violencia y generadoras del decrecimiento de la salud de los pueblos, por lo que se eleva al rango de bien jurídico a tutelar lo concerniente a la salud pública. El proteger a la salud pública debe también pasar por el absoluto respeto a la libertad individual, en todos sus aspectos o en la expresión extensiva del término a efecto de que se comprenda el porqué de la intervención.

El realizar la sistematización entre el principio de lesividad y lo concerniente a la teoría de los bienes jurídicos, con el objeto de tratar de dar lucidez a los bienes individuales, de los bienes colectivos y su formación en su tutela, lleva como finalidad limitar al legislador, para evitar que este pueda cargar la mano al momento de criminalizar conductas, estableciendo solo aquellas que lesionen un bien jurídico determinado, de manera que estos, sean nacidos a la vida jurídica con validez material, en esa dirección todas las teoría tienen como referencia de que el derecho presenta su actividad teleológica, en dar protección a la sociedad; sobre esta base, la diferencia entre los autores, se bifurca en la forma de direccionar en sus alcances esa finalidad, desde el punto de vista de los criterios político - criminales, los principios y los derechos bases del estado de derecho. En tal sentido se ha dicho, por la Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia: “El ius puniendi entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado: tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución.”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de

las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro. Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2004 pagina 152.

Lo anterior, se ve reflejado en una definición de bien jurídico: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, en el marco de un sistema social global estructurado, sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.¹⁵⁹ La definición de Claus Roxin determina; los estados involucrados en el derecho, de igual forma, las normas que deben de ser vistas, desde el sentido de su obediencia, ambos parámetros como factores de cumplimiento, aunque la definición sea normativa, no soslaya el hecho de su potencial mutabilidad, ello porque aunque la doctrina dominante, determina que la tarea del Derecho penal consistiría en la protección de bienes jurídicos, por ejemplo Jakobs niega, en mayor o menor medida, que la finalidad del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos, y sostiene que esa finalidad consistiría en la protección de la vigencia de la norma¹⁶⁰.

Dable es aceptar, que todo tipo penal, establecido en las disposiciones normativas del ordenamiento público, conlleva la protección o tutela de intereses públicos, y dentro de este ámbito de protección se encuentran los delitos contra la salud pública, esta protección del derecho a la salud tiene su fundamento en el carácter constitucional, ya que conforme al artículo 65 de la Constitución de la República, la salud de los habitantes constituye un bien público, y es obligación del Estado y las personas el velar por su conservación y restablecimiento; bajo ese concepto, el núcleo del bien jurídico penal de la salud pública, se dilata en la protección de los valores considerados indispensable para el desarrollo personal.

Así, el requerimiento del bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal vitaliza la creación de los lineamientos dentro del ordenamiento jurídico, para que este posibilite la autorrealización del individuo, a efecto, de que se consolide el desarrollo de vivir con dignidad. Si esta es la finalidad última de la protección del estado, en cuanto a la

¹⁵⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal parte general, Tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito, sección 1ª*. Pag. 55.

¹⁶⁰ *Idem*

protección de un bien jurídico penal, se determina con claridad, que esta función se transforma en un límite al legislador de carácter restrictivo y al operador jurídico en su interpretación el carácter extensivo, volviendo a las normas que restringen derechos, normas legítimas, excluyendo aquellas normas penales, que a su base presentan motivaciones ideológicas, o las que llevan en su interior sancionar acciones ilícitas morales, o tabúes entre otras.

El proceder humano dentro de una sociedad, es materializado en el exterior, y sus consecuencias se enmarcan incluyendo además de las materiales, las intangibles como las consecuencias psíquicas, ahora y tomando en cuenta que el delito de posesión y tenencia de droga, es de mera actividad, lo cual no significa o requiere que su resultado deje huella en el mundo físico externo, sino que para el ordenamiento público basta, que la acción lesiva se manifieste poniendo en peligro o en riesgo el bien jurídico, así la tutela coercible del estado, se manifiesta ante quien solamente posea o tenga de la sustancia denominada ilegítima o no legalizada. Idea criticada por la dogmática penal.¹⁶¹, al extrañar la conducta autorreferente.

3.13 La Tipificación de la Conducta sin Referencia al Consumo

Reconociendo que las acciones o comportamientos sociales, únicamente llevan aparejado reproche penal, en la medida que estas acciones puedan adecuarse a las disposiciones normativas prohibidas, de ahí que el artículo 1 del Código Penal disponga “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca”. Sostenemos entonces que tipicidad, como acción u omisión debe tener un reconocimiento previo en el derecho penal, es decir, toda conducta que pueda contener un reproche penal o determinarse como delito incrustado en la configuración realizada por el legislador en una ley determinada, estableciendo así la premisa afirmativa, de que no existe delito sin tipicidad, por tanto la tipificación es la adecuación de la acción u omisión a las disposiciones normativas previstas en el ley que

¹⁶¹ *El poder punitivo, como no puede ser de otro modo, sigue seleccionando preferentemente en función de características personales: el ámbito de personas que realizan actos típicos es inconmensurable, pero sólo pocos son seleccionados y, salvo excepciones, éstos son vulnerables a su ejercicio porque responden a estereotipos; sólo una minoría lo es porque realiza un gran esfuerzo por colocarse en una situación de vulnerabilidad. La selección criminalizante al menos en buena parte - no se produce tanto por actos realizados, sino por la vulnerabilidad de sus agentes, mientras muchas más personas siguen realizando actos de igual o mayor lesividad. Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho penal. Parte general, Bogotá 1989. Pag. 111*

lleva aparejada una sanción penal, lo que nos lleva a concretizar el aforismo legal de “*nullum crimen sine lege*”¹⁶²”.

Lo anterior, hace de la tipicidad el primer elemento del delito, ahora la estructura de los tipos penales contiene tres elementos a saber, a) la conducta, esta se integra por los elementos caracterizados por módulos, objetivos y subjetivos, en la fase objetiva se determina el aspecto externo de la conducta, y como es determinado por la doctrina mayoritaria la parte subjetiva es constituida por la voluntad consciente, conteniendo o con presencia del dolo o por imprudencia, b) el sujeto, acá debe dirigirse a la figura del sujeto activo, que es la persona que realiza la conducta típica, y en contraprestación a la presencia del sujeto pasivo, como titular del bien jurídico protegido en aquellos casos no abstractos, o indeterminados¹⁶³ para el caso la salud pública, en los cuales no existe determinación de perjudicados; y, c) El objeto, componente que también debe verse desde dos aspectos o visualizaciones, uno, Sobre la persona o cosa, en la que se activa la acción física, determinados por algunos como el objeto material; y dos el objeto jurídico que no es nada más que el bien jurídico que goza de la tutela de protección.

Para la doctrina tres son las funciones con características principales, establecidas para el tipo dentro de la teoría jurídica del delito¹⁶⁴, las cuales se desarrollan sucintamente a continuación:

Situación o Función de garantía: en esta función, se acredita en su amplitud el principio de legalidad, estableciendo que la conducta realizada no puede tener un reproche penal que amerite una sanción, es decir, que pueda catalogarse como delito, sino se encuentra determinada previamente dentro de la categoría delictiva dentro de una disposición normativa en una ley determinada o promulgada con anterioridad a la acción cometida. El contenido de la ley por tanto, tendrá las circunstancias del hecho y por su puesto las consecuencias jurídicas que se encontraren en vinculación directa con el hecho a acreditar. Por ello acontece que el elemento de la tipicidad, en la categoría dentro de la

¹⁶² Claus Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito pag. 140 y 141.

¹⁶³ **Sierra, Mario Hugo** y otro, “Lecciones de derecho penal”, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Argentina, 2005, pág. 177. A los primeros se les denomina “aspectos objetivos del tipo” o “tipo objetivo”, y a los segundos “aspectos subjetivo del tipo” o “tipo subjetivo”.

¹⁶⁴ “Teoría del Delito”, **Escuela Nacional de la Judicatura**, Santo domingo, República Dominicana, 2007, pág. 104-105.

teoría jurídica del delito, es la que tiene la caracterización de adecuar la acción a la disposición normativa, con lo que acciona la función garantizadora del principio de legalidad

Función de Motivación: la demarcación establecida por la norma, respecto de las conductas sancionadas, por medio o sobre la base de los elementos típicos, contenidas en ellas, además de proporcionar al ciudadano la protección frente a la coercibilidad estatal, su finalidad se extiende a que no se conculquen los bienes jurídicos, es decir, que su protección sea tal que no sea lesionado este bien jurídico al cual se le protege con la implementación de una pena bajo los criterios de proporcionalidad e idoneidad, a efecto de que dichas conductas no se realicen.

Función Indiciaria: el aspecto teleológico del derecho penal, tiene en su haber no permitir la lesividad de bienes jurídicos, bajo ese supuesto tipifica bajo disposiciones normativas que frenan en alguna medida, los embates de mayor magnitud a aquellos intereses sociales que en atención a su bien se encuentran protegidos, en ese sentido, el alcance de las normas sancionadoras de conductas tienen la función de señalar o indicar la antijuridicidad de referidas conductas, y como es lógico con la excepción de las causas de justificación, cuando esta es debidamente acreditada.

El tipo legal se constituye entonces en la abstracción realizada por el legisferante, que descarta pero a su vez incluye, parámetros de eficiencia, en relación a la protección del bien jurídico, ello lógicamente, para las conductas o comportamientos que en la ley formada se adecuan a su definición como delito, es decir, cuando los hechos determinados contrarios a la norma se adecuan a esta, debe de denotarse que la tipicidad es la segunda característica en la definición de delito, de ahí que debe aceptarse el axioma, el comportamiento realizado por la persona humana, para que pueda ser penalizado por la coercibilidad del estado a través de una pena, deben estar descrito en la ley, y esta descripción legítima por su fuente, sin el carácter de razón valorativa, es lo que se hace llamar tipicidad.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá 1989. Pag. 121

3.14 La Estructura Típica Del Delito De Posesión Y Tenencia De Drogas

El artículo 34 de la LRARD. Como norma penal completa, tiene las disposiciones respecto del delito de posesión y tenencia de droga, de esta norma¹⁶⁶; que contiene un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, está globalmente aprobado, que la salud pública es el bien jurídico, que obtiene la tutela del estado, así como en los demás delitos o disposiciones normativas contenidos en la LERARD.

Es menester declarar entonces, que una de las características que ostenta este bien jurídico es el ser colectivo, lo que, en consecuencia lógica, lleva a la norma a dar protección para conservar la salud de la sociedad en su totalidad, lo que conlleva a la protección de la salud individual y/o particular. Lo anterior no obstaculiza, que al momento concreto en el que se observe la materialización de la lesión del bien jurídico en su aspecto colectivo, no sea observable su efecto en el detrimento de la salud de una persona en su carácter individual, esto por vía de representación de la sociedad, siempre y cuando se den las circunstancias personales y del ámbito natural en que se den las acciones suficientes para el logro del deterioro de la salud.¹⁶⁷

En este artículo 34 de la LERARD, observamos que, en su primer inciso, no se requiere de una lesión efectiva del bien jurídico de la salud pública, máxime cuando lleva implícita la acción auto referente del consumo de sustancias hasta ahora prohibida. Dicho en términos más técnicos, su estructura típica no responde a la de un delito de lesión, se entienda ésta como lesión material o como lesión ideal.

La característica de estas infracciones, es su carácter abstracto, la jurisprudencia así la determina¹⁶⁸, sin embargo, también lo disemina como delito de mera actividad ¹⁶⁹ entendemos entonces que, no se pueden enmarcar los delitos de droga y en especificidad el delito de posesión y tenencia, en los delitos denominados de lesión material, ya que no es

¹⁶⁶ Norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad. *Idem*. Pag. 123

¹⁶⁷ Díez Ripolles. *Derecho penal. Parte General. En esquemas. Tirant lo Blanch*. 3ª ed. 2011. pp. 141-142. La persona o personas aisladas que pudieran resultar afectadas en su salud individual no solo son el objeto material del delito, sino en la medida en que representan a la sociedad se convierten en un sujeto pasivo social representado.

¹⁶⁸ CAMARA TERCERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: San Salvador, a las catorce horas del día cinco de marzo del año dos mil trece. [...] conforme lo prescrito en el artículo 65 de la Constitución de la República, la cual resulta afectada en los supuestos de la comisión de este tipo de delitos; por tal razón en doctrina estas infracciones penales son nominadas "delito de peligro abstracto", puesto que no es posible individualizar de manera cierta a la persona que recibe el daño producido por el hecho criminal, de ahí deriva la idea que se trata de un bien jurídico de carácter difuso, ya que se afecta el conglomerado social en general [...].

¹⁶⁹ TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA, SAN MIGUEL, Sentencia con referencia 0301-80-2008, dictada a las ocho horas con cinco minutos del día veinticuatro de junio de dos mil ocho.

exigencia de la conducta, que esta produzca un resultado, que ocasione un daño a la sociedad, y que este daño este totalmente diferenciado, de igual forma no podríamos decir que estamos frente a un delito de lesión ideal, el cual bastaría con que la conducta acredite los verbos rectores de la disposición normativa, únicamente por el mero hecho de su realización, tener o poseer, en la disposición normativa del inciso primero del artículo en comento. Ya que deberá establecerse la capacidad de esa conducta para infraccionar la norma, se sostiene lo anterior porque, la punibilidad de estas conductas se da únicamente en los casos en que crean riesgo de daño efectivo.

Señalamos que el resto de acciones dispuestos en el art. 34 de la LERARD, llevan aparejada la penalización contenida en la norma, cuando realizadas estas acciones son calificadas como conductas que inducen o se realizan sin autorización legal poseyendo o teniendo semillas, hojas, florecencia, plantas o partes de ellas, o drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, o en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, a la que se refiere esta ley, acredita la norma que si cualesquiera que fuere la cantidad, si la posesión y tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior,¹⁷⁰ referido al tráfico ilícito, es decir, la penalidad se hace efectiva cuando se promueve o facilita el tráfico ilícito de las sustancias controladas por el Estado.

Ello será siempre que la posesión “con aquellos fines”, el cual se acredita en el inciso tercero, expresivo de la conducta típica del art. 33, de la LERARD, lo que la convierte en una posesión o tenencia pre ordenada, ello conlleva a establecer, que si no se logra mantener procesalmente y bajo la valoración probatoria en el proceso, de que la persona actúa sin autorización legal y posea o tenga semillas, hojas, florecencia, plantas o partes de ellas, o drogas ilícitas, que promueva o favorezca el tráfico ilícito de los mismos, no podrá pensarse esa posesión o tenencia, por no estar orientada o peordenada, según lo prescribe el inciso tercero del artículo 34 de la referida ley.

Comprendemos entonces, que este tipo de delitos no piden el alejamiento o, que se manifieste la acción en un primer momento y posteriormente el resultado, ya que la consumación del tipo se direcciona con la ejecución de la conducta prohibida. Es decir,

¹⁷⁰ Ver; Art. 33 LRARD, bajo el acápite Tráfico Ilícito.

solamente se requiere para la acreditación del delito de posesión y tenencia la existencia material de la sustancia controlada reputada como droga.

3.14.1 Sujetos

Sujeto activo, es la persona o agente que realiza la conducta típica descrita en la ley¹⁷¹, sobre esa definición recae que, en la teoría del derecho penal, sólo la persona humana, con acciones individuales, ostenta la característica de ser sujeto activo de una acción con reproche penal, cuando esa acción realizada es penalmente relevante. Al ser el delito una obra de un autor, siendo este la persona que acredita la acción prohibida u omite la acción que la norma describe. La doctrina determina sobre el sujeto activo que, “Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como «el que» o «quien». En estos casos, sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos comunes).¹⁷² Es decir, aquel que comete un hecho delictivo, y que por lo tanto tiene el dominio de la acción y del hecho.

De estos, cuando se acredita su particular contribución a la realización del hecho delictivo, se determina quienes son autores directos; siendo el código penal quien los define artículo 33¹⁷³, referido a los autores directos o coautores, requiriendo que quienes hagan actos en planificación y a su vez de ejecución del hecho, incurran en igualdad de condiciones en la penalización de sus actos, con lo que podemos sostener que en el ilícito de posesión y tenencia, este puede ser convocado a la realidad por el actor directo común. Sin que existan características especiales en el autor o sujeto activo, estableciendo con esto la categoría de coautores bajo los mismos parámetros de actuación, respecto de los potenciales actos preparatorios que se planifican entre varias personas distribuyéndose las funciones.

Roxin llama a la coautoría como “autoría funcional”, en donde varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma, que sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo.¹⁷⁴ En esta forma, es que se establecen a los

¹⁷¹ Velásquez Velásquez, Fernando. “Derecho Penal Parte General” Editorial Temis S.A. Colombia 1994, Pág. 328.

¹⁷² Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General 8ª edición, revisada y puesta al día, pág. 259

¹⁷³ Art. 33 Pn. son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito.

¹⁷⁴ Roxin, Claus. “Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho”, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Edición . Pannedille. Bs.As.. Año 1970.

coautores como autores, por la comisión por todos del hecho ilícito y porque ninguno lo comete en forma total.

En la autoría mediata, está también la define el código penal en su artículo 34¹⁷⁵, bajo los supuestos de cometer el delito por medio de otro, tanto es así que, en esta modalidad, no es necesario que por parte del autor se ejecute el delito en todas sus dimensiones o fases, por sí mismo ya que puede utilizar a terceros para su cumplimiento, teniendo siempre bajo su control la ejecución del acto ilícito, es decir que tenga el pleno dominio del hecho. Sin embargo, también se requiere que el instrumento de realización de la acción ilícita este ampliamente subordinado por quien tiene o presenta el dominio de la acción.

Sobre los partícipes, la diferencia capital se mueve sobre el supuesto de que, mientras al autor se le atribuye el hecho como suyo, al partícipe ese mismo hecho o acción se le representa como ajeno, con lo que su accionar presenta la característica o el carácter de dependencia de lo que haga el autor, y esta participación debe concertarse previamente al hecho.

Así la inducción (instigación), es el que determina directamente a otro a cometer un hecho punible, es decir, instigar es crear en otro la decisión de cometer el hecho punible, sobre ello el artículo 35 del Código Penal es taxativo,¹⁷⁶ en esa dirección, el comportamiento de quien induce, es determinar en la voluntad de una persona, provocando que tome la decisión del cometimiento de un hecho contrario a la norma penal, sin que este tenga el dominio del hecho, sino que su comportamiento estará determinado por la influencia que adquiere la persona que tiene la calidad de instigador.

Respecto a la categoría de los cómplices, se entenderá como complicidad a la cooperación con intención dolosa, en el cometimiento de una acción con reproche penal, en la que se constituya el dolo cometido por otro. Ya sea prestando al autor o autores una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiera podido realizarse el delito, o prestando, esa cooperación de cualquier modo a la realización del delito, aun mediante

¹⁷⁵ Art. 34 Pn. Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento.

¹⁷⁶ Art. 35 C. Pn. Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito.

promesa de ayuda posterior a su consumación.¹⁷⁷ Refiriéndose a los cómplices primarios o necesarios y a los cómplices secundarios o no necesarios.

Sujeto pasivo, el sujeto pasivo es conocido como el titular del bien jurídico protegido, en cada delito atribuido a quien ilegítimamente actúa lesionando ese bien, existiendo la posibilidad de no resultar dañado con el comportamiento del sujeto activo, esto porque no siempre coincide el titular del bien jurídico, de un tipo legal con un sujeto o una persona, como en el delito de posesión y tenencia de droga, en el cual la categoría de sujeto pasivo, en principio corresponde a la sociedad ya que es la principal afectada por este delito, en su salud pública, es decir, a quien se pone en peligro es a la sociedad, ya que el contacto con las drogas, potencia su dependencia, arriesgando la salud de los habitantes, así lo considera la jurisprudencia al sostener que el bien jurídico tutelado es la Salud Pública.¹⁷⁸

Sostenemos entonces que en relación al sujeto pasivo, llamaremos así, a la persona titular del bien jurídico lesionado, que en ocasiones será una persona física, en otras una persona jurídica o hasta el propio Estado.

3.14.2 Medios Comisivos.

Del artículo 34 de la LRARD se desprenden, los medios comisivos incorporados en la norma, siendo estos: El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencia, plantas o partes de ellas, o drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, a las que se refiere esta ley; la posesión o tenencia en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, a la que se refiere esta ley; y, si con independencia de la cantidad, si la posesión y tenencia es con el objeto de realizar, actividades de tráfico; por el contenido de las disposiciones establecidas en la norma, y los medios comisivos, puede observarse, que la comisión se establece con la acreditación de los verbos rectores de posesión y tenencia, y con ellos, se determina la diferencia de estos con los medios comisivos del tráfico ilícito, esta diferencia en los supuestos de comisión, determina, la aplicabilidad o no

¹⁷⁷ Ver artículo 36 del Código Penal de El Salvador.

¹⁷⁸ Inc. 22-13 de fecha 05032013, Cámara Tercera de lo Penal, de la primera sección del centro, san salvador [...] El bien jurídico tutelado del delito en mención, es la Salud Pública, considerado como un bien público, mismo que el Estado está obligado a proteger conforme lo prescrito en el artículo 65 de la Constitución de la República, la cual resulta afectada en los supuestos de la comisión de este tipo de delitos. [...]

de las sanciones, como consecuencias jurídicas de su realización, en la medida que el aspecto cuantitativo requerido en la norma se sustancialice en el proceso penal.

Que en su valoración tanto jurídica como fáctica, no puede desprenderse, de las disposiciones normativas en sus circunstancias, ya que ello conlleva la debida fundamentación de los actores del proceso penal, es decir, Fiscal y Juez, el primero en la acreditación de los hechos y el segundo en la valoración de las resultantes de la investigación, que conducirán a un fundado y motivado juicio sobre la existencia o no de los medios comisivos, al respecto la jurisprudencia sostiene,¹⁷⁹ en relación a la necesidad de ejercer un análisis ponderado y objetivo, respecto del cúmulo de pruebas presentadas, ajustando ese análisis a las reglas de la sana crítica.

Realizaremos entonces algunas consideraciones en relación a los medios comisivos integrados, en el dispositivo penal del artículo 34 de le LRARD, que nos llevaran a sus alcances:

3.14.3 La Posesión.

La palabra posesión un su entonación general, establece la ocupación de una cosa, es el tenerla en la esfera de nuestro dominio o poder, sin que para ello se exija o se presente un título o derecho que lo permita. En su conceptualización natural, la posesión denota el Acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro,¹⁸⁰ lo legal también nos reporta el concepto de posesión, así el Código Civil, determina en su artículo 745, capítulo I, título VII, Libro Segundo, bajo el acápite de la posesión que: La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona, que la tenga en lugar y a nombre del poseedor, es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.

¹⁷⁹ Sala de lo Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, sentencia con número de referencia 330-CAS-2005, de las doce horas con veinticinco minutos del día diez febrero de dos mil seis, “[...] el legislador al decretar la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, es claro que al legislador únicamente le interesa hacer punibles todas aquellas conductas de trasiego que impliquen un peligro concreto a la salud pública, es decir, todas aquellas conductas encaminadas al ciclo de distribución de la droga a cualquier título y que signifiquen un peligro a la salud de los habitantes de la República, como bien público establecido en el Art. 65 de la Constitución. [...]”

¹⁸⁰ Diccionario de la lengua española, vigésimo segunda edición, año 2001, Tomo II, p. 1.809, primera entrada.

La definición legal ofrecida por nuestro Código Civil¹⁸¹, requiere de nosotros el que se realicen las observaciones dadas a continuación:

- a) La descripción detalla dos compendios, que no faltan en la posesión, el corpus o cosa y el animus o ánimo de ser dueño;
- b) Así, la posesión debe ser sobre una cosa determinada, con el ánimo de ser dueño, esto puede ser en el presente o a futuro.
- c) Quien posea la cosa puede ser dueño, en el rango normal o, puede no serlo, esto lógicamente puede ser excepcional, por ello el Código Civil en la norma transcrita dice “sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo”, con una forma inmediata de tener o poseer la cosa, lo que permitirá se repunte como dueño, considerado así por presunción legal, sin embargo, puede otra persona, es decir, un tercero probar que es dueño de la cosa.

Sobre la acción de posesión de droga, la jurisprudencia nacional, no hace distinción de conductas,¹⁸², sin embargo, basados en el contexto semántico jurídico, se aclara que no obstante, que la tenencia es la regla general, se encuentra imbuída en la posesión, estableciendo así una sutil diferenciación que es unida al final, cuando la jurisdicción establece aclarando que, la tenencia es la regla general y se encuentra imbuída en la posesión; por ende, bastará con la comprobación de esta última para tener por acreditada aquélla, respecto a lo que consideramos sobre esta sentencia diremos que, la diferenciación para efecto jurídicos penales, de la posesión y la tenencia; se determina que el disfrute de la posesión de una cosa bajo el dominio de una persona que ejerce sobre ella acciones de señor y dueño, sobre el cual puede o no tener la propiedad bajo un título.

Si en el mismo sentido, un mero tenedor reconoce la propiedad de alguien más sobre la cosa que tiene, pero la cuida y disfruta, podría decirse que la tenencia es la regulación genérica y la posesión la especie, por lo cual, si se acreditase la posesión,

¹⁸¹ Artículo 745 del Código Civil de El Salvador La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.

¹⁸² Tribunal Primero Sentencia de Santa Ana, dictada a las 16:10 de fecha 28/11/02, [...] De la sola lectura al título del artículo 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas de las Drogas pareciera que "posesión" y "tenencia" son palabras sustancialmente similares, por estar separadas únicamente por la copulativa "y"; empero, del contenido de esa disposición legal así como de su contexto semántico jurídico, se desprende que son dos términos de significado distinto y que implican conductas diferentes para que se materialicen; no obstante, aclárase que la tenencia es la regla general y se encuentra imbuída en la posesión; por ende, bastará con la comprobación de esta última para tener por acreditada aquélla.[...]

llevaría implícita la tenencia de esa cosa, en lo que nos atañe la droga, por lo tanto, en la disposición normativa del delito de posesión y tenencia la “y” es disyuntiva, ya que la cosa siempre estará bajo el poder de una persona, existiendo el que la tenga en su bolsillo o guardada en una gaveta de su mesa de noche.

Determinamos diciendo que la posesión es una relación jurídica, que forma parte importante dentro del derecho, con independencia de que si el llamado poseedor, tiene también la calidad de propietario o, como en el caso también importante cuando el poseedor no sea el propietario y tenga la cosa¹⁸³. En el caso de la droga, podría acondicionarse que el poseedor de la cosa sin título de propiedad, hace con la distribución de esta, se generalice la tenencia, por ello entonces se sostiene que la tenencia es la regla general y se encuentra imbríbita en la posesión.

3.14.4 Tenencia.

Nuestro Código Civil, determina en su artículo 753, capítulo I, título VII, Libro Segundo, bajo el acápite de la posesión que; se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño.¹⁸⁴ Aplicándolo generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

En esa misma dirección y aceptando que nuestro derecho penal es legítimo para tutelar o proteger, ya que con su accionar punitivo protege bienes jurídicos, este accionar no tiene obstáculos de aceptación en relación a los delitos de resultado, ya que el resultado es el que determina la lesión del bien jurídico en guarda estatal, sin embargo, aquellos delitos de posesión y tenencia,¹⁸⁵ denominados como delitos de peligro abstracto, ya que en ellos no concurre una lesividad concreta y particularizada al bien jurídico, sino que la lesión se torna eventual, con carácter potencial o probable, sí presenta obstáculos para su aceptación, ya que es preciso para lesionar un bien jurídico, una conducta del sujeto activo que pueda materializar el daño, es decir la tenencia podrá tener efectos nocivos solo y solo si, el actor con su comportamiento genere un riesgo por el empleo de la cosa u objeto, al manipular o ejercer acción sobre la cosa.

¹⁸³ La Posesión – Juan Andrés Orrego Acuña, 17 de enero de 2017. Pág. 3 y 4

¹⁸⁴ Ver Artículo 753 del Código Civil.

¹⁸⁵ Probablemente nuestro ordenamiento jurídico da similitud en cuanto a su, ejecución, otorgándole la jurisprudencia un carácter general a la tenencia y la especificidad a la posesión.

Hemos sostenido, que solo los comportamientos humanos pueden ocasionar hechos con reproche penal, o acciones susceptibles de ser penalizadas, definimos entonces que para el ejercicio del poder punitivo estatal se requiere de una acción, que esté relacionada directamente con la posesión de la cosa reputada ilegítima por el derecho penal, ya que esta relación de posesión y tenencia es la que vincula la cosa con la persona, manteniéndose esta cosa sometida a su dominio, y es que esta vinculación entre una persona y una cosa bajo su dominio determina tanto la posesión y la simple tenencia, la doctrina civilista¹⁸⁶ por su parte mantiene la teoría clásica subjetiva o de la voluntad, esta teoría hace suya al ánimo como elemento característico que transforma la detentación o posesión, para que haya tenencia, basta la detentación material en cambio la posesión, exige, no solo la tenencia sino el ánimo de ser señor o dueño, por lo que se presenta una característica propia, y es que en ella la voluntad es imperativa como factor diferenciador, por ello se sintetiza que la posesión es específica y que al confirmarse con ella se confirma la tenencia.

Así, la intención motivada por la voluntad, no puede tratarse como elemento externo, ni independiente de la cosa, su vinculación es absoluta, de ahí que toda tenencia, aunque en manos de otra persona, contendrá siempre los dos elementos y se reputará posesión, solamente no será así, si existe una disposición enunciada en la ley, que declare que solo haya tenencia, pero de existir duda será siempre una posesión.

En la línea de la acción o, del comportamiento humano, para que la posesión y tenencia en la perspectiva enunciada, sea reprochada penalmente, deberá constituirse como una conducta que afecte un bien jurídico tutelado, así lo sostiene la doctrina, para el caso Santiago Mir Puig¹⁸⁷, quien es categórico cuando dice; “que cuando está ausente un comportamiento humano no sólo falta la tipicidad penal y, por tanto, la antijuridicidad penal, sino también la imputación personal del hecho.” De lo anterior es justo preguntarnos si la posesión y tenencia, es equivalente a una conducta que lesione el bien jurídico y por lo tanto le corresponde una sanción penal, esta pregunta es respondida por el también catedrático alemán de derecho penal, Roxin¹⁸⁸ quien sostiene que: “no se puede decir que

¹⁸⁶ la tenencia es de carácter general y se encuentra imbricada en la posesión

¹⁸⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, 4ta edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995*, PPU S.A., Barcelona, 1996.

¹⁸⁸ Roxin Claus, *Los delitos de tenencia, publicado en Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad-Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016.*

únicamente podría ser punibles la acción o la omisión en el sentido de un determinado movimiento corporal, realizado o no realizado, puesto que la conducta debe ser entendida como todo lo que se puede atribuir a un ser humano, como centro anímico espiritual de acción”. El maestro Roxin continua y refiere que; “basta con pasar del anticuado significado de la acción, como movimiento corporal voluntario a su comprensión como manifestación de la personalidad para entender, que los delitos de posesión o tenencia son admisibles como supuestos de conducta.

Queriendo sobrepasar estas ideas, determinan que, la pena atribuida a los delitos de posesión y tenencia, no está dada perse, sino se dirigen al inicio que da la acción u omisión, manteniendo con ello la posesión y tenencia, en este punto creemos y sostenemos no estar de acuerdo ya que se vulnera el principio de legalidad, porque el legislador no trata de penalizar el comportamiento por el cual se adquiere lo que se posee o tiene, ni las acciones de guarda de la cosa con la que se mantiene la misma, el legislador hace una consecuencia jurídica directa a la posesión y tenencia por sí misma, es decir penaliza la voluntad del dominio de la cosa y el dolo de la posesión y tenencia.

En el cierre de este acápite, podemos decir que los delitos de posesión y tenencia, en lo que nos corresponde y bajo la LERARD, son dispositivos punibles que no llevan aparejada una conducta, pero si presentan hechos, que lesionan en su funcionalidad o ejecución bienes jurídicos protegidos, por lo que experimentando su acreditación son poseedores de una consecuencia jurídica.

3.14.5 Tráfico Ilícito

El trafico simple y llano es un concepto que se refiere al tránsito o desplazamiento de medios de transporte, seres humanos u objetos por algún tipo de camino o vía. Tráfico es la circulación de vehículos, movimiento de mercancías o personas y, en términos informáticos, es el flujo de datos en la red. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por traficar “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías trocando, comprando o vendiendo, o, con otros semejantes tratos. Sostenemos que al mencionar mercancías alude a las drogas ilícitas.

Por su parte el artículo 34 de LERARD, determina en su tercer inciso que; cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, refiriéndose fríamente al tráfico en este caso de semillas, hojas, florecencia, plantas o partes de ellas, o drogas ilícitas. Estableciendo así la conducta pre-ordenada al tráfico. Ahora el artículo al que se refiere la disposición citada es el artículo 33 LRARD, referido al tráfico ilícito, al respecto dispone: “El que sin autorización legal adquiriere, enajenare a cualquier título, importare, exportare, depositare, almacenare, transportare, distribuyere, suministrare vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico, de semillas, hojas, plantas, florecencias o las sustancias o productos que se mencionan en esta Ley.

La definición que de tráfico ilícito, ofrece la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias sicotrópicas, lo desarrolla el artículo 3, literal a. i) que dice: “La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.

Por su parte la Ley de estupefacientes¹⁸⁹ dispone que, “constituye tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, deposito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes, que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente ley.

La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas en su artículo cuarto último párrafo, define al tráfico así: para los efectos de esta ley constituye tráfico ilícito de droga, toda actividad no autorizada por autoridad competente relacionada con el cultivo, adquisición enajenación a cualquier título, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución, suministro y tránsito de las sustancias a que se refiere el artículo dos, de la misma ley.

¹⁸⁹ Artículo 15 Ley de Estupefacientes, de 08 de abril de 1967.

Ahora y para el tráfico de droga, se requiere al menos del comportamiento de dos personas, siendo el primero el vendedor de la droga y lógicamente el segundo el comprador de la droga, el que vende la droga o sustancia controlada, siempre cometerá el delito de tráfico ilícito con plena independencia de que quien la compre la utilice para su consumo, o este haya comprado una cantidad mínima o que no tenga significancia, lo anterior porque con la mera entrega de la sustancia toxica prohibida se está poniendo en riesgo la salud pública, al que compra solo se le reprochara penalmente su conducta, cuando la cantidad de droga bajo su dominio, o en su posesión, pueda junto con otras circunstancias desprenderse la intención de que la trasladara a terceros, con lo que basta la intención de trasladarla por un precio para que se deduzca el tráfico ilícito.

La jurisprudencia al respecto señala,¹⁹⁰ la necesidad de acreditar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, es decir, la posesión y tenencia de la droga y la intencionalidad de su traslado a terceros, en todo caso la acción de trasladarla a terceros requiere el transportarla, existiendo un criterio que es necesario observar desde la jurisprudencia sobre este verbo rector de transportar¹⁹¹, el cual jurisprudencialmente significa llevar tales sustancias de un lugar a otro. Comprendiendo el transporte todas sus formas, pues puede ser también por sí mismo o a nombre propio como lo relaciona la Sala de lo Penal salvadoreña, aludiendo a que el sujeto activo transporta su propia sustancia o la de terceros, por mandato del dueño, en el que compromete a llevar a un destino determinado la droga o sustancia ilícita, haciendo uso de cualquier vehículo o medio de locomoción, inclusive la humanidad del autor.

Debemos entonces determinar cómo tráfico, no solamente la existencia de un caso aislado de traspaso de la mercancía o sustancia controlada, sino también el transporte, incluyendo por su importancia la tenencia y posesión que, aunque no suponga un traspaso o transmisión, si sea una cantidad que en su peso y volumen sea mayor que la cantidad de forma razonable pueda tener un auto-consumista, ya que esta posesión y tenencia podría suponer o presumiblemente ser en su finalidad dedicarse a promover, favorecer, y ser eficaz

¹⁹⁰ Sala de lo penal, sentencia de las ocho horas con trece minutos del día veintidós de marzo de dos mil trece, referencia 186C2012: dice "se requiere la acreditación tanto del elemento de naturaleza objetiva, es decir, la propia tenencia o posesión de la sustancia; además, el subjetivo, correspondiente a la posterior intención de transmitir la droga -total, parcial u onerosamente- a un tercero.

¹⁹¹ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia referencia 368C2014 -- referencia No. 26-CAS2011 --- 325-CAS-2004 -- 234-CAS2005, -- y referencia 6-CAS-2011

en el consumo ilícito, refiriéndose este al favorecimiento del consumo ajeno o, que se facilite en otra persona, ya que nuestra legislación tipifica como conducta ilícita ese tipo de posesión y tenencia.

Ahora, algunos dedicados al estudio del tráfico de drogas, sostienen que:¹⁹² “El tráfico ilícito de droga, se debe entender como expresión, símbolo y síntesis de la actividad económica, o circuito económico de la producción, distribución, comercialización o consumo de droga que constituye una unidad múltiple.” Podríamos con lo anterior decir que, el tráfico y el consumo, están en su amplitud y contexto unidos, así el círculo de la producción, distribución, comercialización y consumo de droga, en su fracción económica y lo referente a los consumidores transportadores, estos últimos son elementos de demostración, de que se realiza la circunstancia de peligro, que en prima facie, es lo que llevo al legislador a tipificar la conducta.

A efecto de determinar los modos utilizados para efectuar el tráfico de drogas, debemos observar los medios mayormente usados para efectuar referido tráfico, así tenemos que existen:

- a) Tráfico aéreo, o traslado de sustancias controladas vía aérea, para lo cual se requiere naves o aeronaves, sean estas públicas o privadas, y como consecuencia toda la logística de aterrizaje, como las rutas no controladas.
- b) Tráfico Marítimo; este es considerado uno de los medios de transporte bastante utilizados, en el círculo económico y traslado de la droga, manipulando, buques, barcos, lanchas, todos con contenedores especiales.
- c) Tráfico Terrestre; considerado el tráfico originario o, con el que se iniciara la acción de traficar, este medio de transporte requiere de vehículos, de utilización de la vía terrestre, para el traslado a terceras personas de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, con independencia del embalaje que sea utilizado para tal finalidad.

En la actualidad y desde hace algún tiempo, se ha conocido la forma innovadora aunque perjudicial, de la utilización de personas en el transporte de drogas ilícitas,

¹⁹² <http://www.monografia.com/trabajo15/trafico-droga.shtml>.

modalidad, que se da en llamar narco mulas intraorganicas y su funcionalidad es la introducción en el aparato digestivo u estomago de una persona, una cantidad soportables por esta personas de dediles, facilitando el tráfico en gramos de droga, y perjudicial por el conocimiento en medios de comunicación, apoderándose la voz publica de este concepto, del rompimiento de estos dediles, que llegan hasta ocasionar la muerte de la persona utilizada como medio de transporte. Sobre este aspecto nuestra jurisprudencia¹⁹³ señala que el empleo de esta modalidad no desvirtúa o altera el reproche penal.

3.14.6 Tipos de Conducta

Nuestro legislador determina tres tipos de conductas, bajo las disposiciones contenidas y sancionadas en el Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

Al observar las disposiciones de los incisos primero y segundo, estos penalizan la sola posesión de drogas ilícitas, los cuales presentan en su disposición un elemento cuantitativo diferenciador entre ellas, determinando que cualquiera que sea la naturaleza y pureza de dichas sustancias, en el primer caso se gradúa una pena inferior a tres años, más la multa dosificada, sancionando la posesión y tenencia en cantidades menores a dos gramos, y en el inciso segundo, en cantidades equivalentes o, iguales a dos gramos o mayores de esa cantidad, sancionando esa posesión y tenencia con prisión de tres a seis años, más la dosificación de la multa.

En el inciso tercero se agrega un elemento subjetivo de trascendencia, como lo es la disposición o intención de disposición al tráfico o, lo que coloquialmente se dice ser, el ánimo de traficar, este no se encuentra expresamente comprendido en la expresión de los supuestos referidos con anterioridad, se trata de un elemento de carácter interno, de la esfera subjetiva del autor, en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional¹⁹⁴ esta

¹⁹³ (Sentencia Definitiva de la Casación 772-CAS-2010, de las 9:00 horas 12 de diciembre de 2012) [...] *el fenómeno más frecuente en la conducción de droga de un país a otro, es precisamente la utilización del cuerpo humano como instrumento de transporte, bien sea que el sujeto lleve adherido a su anatomía el paquete y oculto entre sus ropas, que lo haya ingerido en un forzado e inacabado proceso digestivo, o que lo conduzca introducido en alguna cavidad anatómica, sin que el empleo de alguna de esas modalidades desvirtúe o altere el reproche penal*"

¹⁹⁴ Inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce.

sostiene que; [...] En un sentido más técnico entonces, el denominado “*ánimo de traficar*” se plantea como *un elemento subjetivo del tipo* de necesaria comprobación procesal [...]

Atendiendo a su clasificación y a la característica de su acción, como hemos visto, este delito de posesión y tenencia, son conceptualizados bajo el término de delitos de mera actividad, esto porque el desvalor de la acción no se determina por la lesividad del bien jurídico, en su resultado final, es decir que carece de resultado, ya que la acción de poseer y tener por sí sola, hace se consuma el delito, descartándose así la conducta omisiva.

En este sentido y aludiendo a la relación con el bien jurídico, siendo este la salud pública, las tres conductas, debemos tenerlas dentro de la clasificación, de delitos de peligro abstracto, sin obviar que el contenido preventivo, por el cual se tiende a adelantar el castigo al momento de la aparición del peligro efectivo, sin que ese peligro se materialice en puridad, es decir, que no tenga concreción, pero se encuentre cerca al bien jurídico

Ahora y sobre la base de los elementos subjetivos del tipo, no es punible como imprudente, por lo que es eminentemente doloso.

Sin embargo, y como se ha observado, al remitir el inciso tercero del Art. 34 de la LERARD, al decir; cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, en remisión directa al tráfico ilícito del artículo 33 del mismo cuerpo normativo, la conducta, reputada de mera actividad, adiciona, un elemento subjetivo además del dolo, siendo este el ya referido “*ánimo de tráfico*”. Acá es dable relacionar la reforma que el artículo 34¹⁹⁵ de la LERARD, por lo que, si ponemos atención a los elementos subjetivos, las tres conductas, de posesión, tenencia y tráfico, como delitos de intención, por la intención que se le exige al autor, nuestra jurisprudencia¹⁹⁶, específicamente La Cámara Tercera de lo Penal de la primera Sección del Centro, referencia INC.Nº22-13(2). al respecto dispone que: [...] conducta que es diferente a la simple posesión y tenencia, que son hechos delictivos considerados como de mera actividad y de peligro abstracto, siendo que la conducta descrita de Posesión y Tenencia con fines de tráfico, es una conducta intermedia, entre el

¹⁹⁵ Decreto Legislativo N° 253 de fecha veintidós de enero del año dos mil uno, la cual cambió el tipo penal ampliándolo en el sentido de no sólo castigar la posesión y tenencia simple y calificada, sino que, en el inciso tercero del precepto citado, la configuración legal adiciono una tercera conducta prohibida, siendo esta la Posesión y Tenencia con fines de Tráfico.

¹⁹⁶ Cámara Tercera de lo Penal de la primera Sección del Centro: San Salvador, a las catorce horas del día cinco de marzo del año dos mil trece, referencia INC.Nº22-13(2).

delito de posesión y tenencia y el de tráfico ilícito, debido a que los tipos antes descritos eran de difícil aplicación cuando el enjuiciado no había consumado el hecho atribuido, y existía una posible tentativa.

La resultante de agregar la conducta delictiva de posesión y tenencia con fines de tráfico al art. 34 Inciso 3° de la LERARD, configura un delito, entre las disposiciones contenidas en los dos primeros incisos la posesión y tenencia y el delito de Tráfico Ilícito, solamente que quedaba de forma implícita en la conducta de Posesión y Tenencia, que como lo dice la sentencia citada: “es esencialmente la incriminación de una conducta de Tráfico de drogas imperfecto, pero sancionado de una manera autónoma, con una pena más alta que la tentativa”, resultando que esta deja de ser considerada tentativa, sino un delito autónomo, con una pena mayor, la cual no es dosificada bajo los parámetros del delito imperfecto o tentado, sino con una pena que oscila entre los seis a diez años de prisión. Obviando la conformación de la tentativa, aunque se corte su resultado al no hacer concurrir los elementos objetivos y subjetivos que requiere el dispositivo penal.¹⁹⁷

3.14.7 Las Drogas.

El día a día o la historia diaria, nos hace conocer por medio de la informática de las redes sociales, convertidas hoy en suplemento noticioso, como se ha incrementado el uso de la droga en diferentes partes del mundo y como esta produce enfermedades haciendo disminuir las capacidades psicomotrices de las personas, y en su extremo económico, erige organizaciones, que cultivan los vegetales, de los que las drogas son extraídas, y flamantemente realizan la fase de fabricación, purificación y comercialización de estas, dejando una secuela de enfermedades psicosomáticas como efecto colateral, del beneficio económico que representa para estas organizaciones, secuelas que se tornan visibles sin negación alguna en los niños, niñas y los jóvenes adolescentes, estos sufren las principales consecuencias de los problemas sociales relevantes de la nación, del fenómeno de las drogas.¹⁹⁸

¹⁹⁷ La Cámara Tercera de lo Penal de la primera Sección del Centro, referencia INC.N°22-13(2).

¹⁹⁸ www.CienciasPenales.org/revista2007/rojas07.htm

Habiendo realizado un esbozo general de la circulación y uso de la droga, en el entorno diario, es importante reconocer lo que se entiende por drogas, por ello en una acepción común diremos, que droga es aquellas sustancias compuestas de elementos químicos o vegetales que, al ser ingerida en el cuerpo de una persona, como consecuencia producen cambios y efectos, esperados o no, teniendo la capacidad de alterar el equilibrio psicológico, emocional, sensitivo y de percepción, como alteración de la conciencia. Y como droga ilícita, las utilizadas por la sociedad y que no poseen restricción legal para poder comprarlas y llevarlas al consumo, pudiendo decirse que son aquellas autorizadas por las autoridades de salud gubernamental,¹⁹⁹ que facilita autorizando a quien las expenda su venta, previo trámite del permiso de la licencia que lo faculta para la expedición de la sustancia.

Sobre el concepto de droga, existen muchos matices, indicaciones, existen como la señalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), por sus siglas, sosteniendo que: el término analizado, ha tenido un uso diverso, “en medicina, se refiere a toda sustancia con potencial, para prevenir o curar una enfermedad o, aumentar la salud física o mental; en farmacología, como toda sustancia química, que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos.”²⁰⁰

Por su parte algunos tratadistas²⁰¹ señalan, que desde el punto de vista extensivo de la palabra droga, “denomina a un fenómeno contra-cultural, un concepto deformado y excesivamente amplio, en que se da cabida al consumo indebido de todo tipo de sustancia no admitida, por un colectivo determinado”.

Así se tiene a su haber también el concepto científico²⁰² de droga como “toda sustancia que introducida en el organismo, actúa sobre el sistema nervioso central y puede provocar una compulsión interna a su consumo continuado, produciendo los fenómenos de tolerancia y dependencia” lo que es congruente con el postulado conceptual de la Organización Mundial de la Salud,²⁰³ que determina que droga es; “toda sustancia cuya

¹⁹⁹ La Comisión Nacional Antidrogas (CNA), el Ministerio de Salud (MINSAL) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS)

²⁰⁰ OMS, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Salud y consumo, 2008, pág. 33.

²⁰¹ Prieto Rodríguez, JI *el delito de tráfico y el consumo de droga*, Barcelona 1986, pág. 11

²⁰² Llorens Borrás, JA, *la droga y su problemática actual, acervo*, Barcelona 1986, pág. 11.

²⁰³ OMS 20, *Informe Técnico del comité de Expertos en farmacodependencia*, No. 551, Ginebra, 1974 pág. 6

interacción con un organismo vivo, puede provocar un estado de dependencia física, psíquica o de ambos tipos.

Por su parte la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en su artículo 2, bajo el acápite drogas, literalmente dice, “para los efectos de esta ley se consideran drogas, las sustancias especificadas como tales en los convenios internacionales ratificados por el Salvador, las que se mencionan en el código de salud y demás leyes del país, y en general, las que indistintamente de su grado de pureza, actúan sobre el sistema nervioso central y tienen la capacidad de producir transformaciones, bien sea aumentando o disminuyendo su funcionamiento o modificando los estados de conciencia y que su uso indebido puede causar dependencia o sujeción física y psicológica”, ubicándose en la conceptualización mayormente aceptada, al igual que lo acepta la jurisprudencia nacional.²⁰⁴

En el devenir del tiempo, es decir, a lo largo de la historia y desde su aparición en el mundo consumidor, las drogas se han diversificado adhiriéndose a clasificaciones que pueden darse por los efectos que produce en las personas que se apegan a su consumo, tanto en las drogas que son permitidas por la ley y aquellas que no lo son. La doctrina²⁰⁵ ha establecido una clasificación por demás importante, y es que para su razonamiento la parcialización en drogas institucionalizadas y en no institucionalizadas, obedece a la legitimidad de las mismas, es decir, aquellas que son legalmente consumibles versus las que tienen restricción legal, y están enmarcadas en las leyes nacionales de los Estados y en la normativa internacional.

Veamos entonces la clasificación de la doctrina,²⁰⁶ siendo esta:

- a) Las drogas institucionalizadas: determinante estas como las que están reconocidas, legalmente y su uso es legítimo por la sociedad, usos dentro de los convencionalismos sociales o su costumbre, podemos enunciar, entre otras; el alcohol, café, tabaco y los psicofármacos.

²⁰⁴ Ver referencia 62-IU-2018, del Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Tecla, Departamento de a libertad, a las quince horas con treinta minutos del día seis de julio de dos mil dieciocho

²⁰⁵ San Juan, Mario Alfonso y otros, *Drogas y Toxicomanías Ediciones Madrid, Primera edición, pág. 129.*

²⁰⁶ Pereira García, María Teresa, *El uso indebido de las Drogas*, San José, Costa Rica, 1991, p.30

- b) Las drogas no institucionalizadas: sobre estas existe una descripción legal, es decir, que por ministerio de ley, su venta lleva aparejada una sanción, su consumo se encuentra en las sombras, al ser consumidas por la minoría de la población, esto por razones diversas, entre ellas se señalan, el opio, la cocaína, el cannabis, anestésicos y algunos inhalantes, es prudente hacer mención que la cannabis sativa o marihuana, merece consideración especial por su elevada prevalencia, en la creciente difusión de su uso con fines médicos y en algunos países para consumo en cantidades menores está legalizada, es decir, que su consumo al reputarse medicinal, está permitido así como en los casos de adicción, en cantidades menores.²⁰⁷

Por su parte la Organización Mundial de la Salud, (OMS)²⁰⁸ según el efecto que producen, las sustancias en el sistema nervioso central, en la persona adecua la siguiente clasificación:

- 1) Según la legalidad de producir, poseer, comercializar o consumir las sustancias. Esta característica, como se ha referido es dependiente del criterio de legalidad de las sustancias, que el país o Estado determina para su control. Las drogas ilegales por su parte son sustancias psicoactivas cuyo uso no está permitido por la ley del país. Puede ser que el consumo propio esté permitido en algunas circunstancias, pero la venta está penalizada. Las drogas ilegales son el resto de drogas.
- 2) Según la peligrosidad de las sustancias.

A continuación, se caracterizan cada una de ellas:

- 1) Drogas Legales Depresoras: Estas causan efectos sedantes, degradan la actividad del sistema nervioso, de igual forma disminuyen, ejemplo de ellas sería:
 - a) El Alcohol: causa euforia inicialmente, disminuye la tensión, existe mala Coordinación y confusión, físicamente genera dificultad para hablar, inestabilidad en la marcha, amnesia, impotencia sexual y delirio.

²⁰⁷ Idem.-

²⁰⁸ <https://www-psicologia-online.com/clasificación-de-las-drogas-oms-y-sus-efectos-> toda la cita es textual en el texto.

- b) La Nicotina. El tabaco es una de las drogas de mayor consumo, su efecto es la dependencia
 - c) Barbitúricos: crea depresión del sistema nervioso central, tranquilidad y relajación; físicamente ocasiona irritabilidad, risa o llanto sin motivo, disminución de la comprensión y de la memoria, depresión respiratoria y estado de coma.
 - d) Los fármacos. Principalmente, los psicofármacos, los cuales alteran el sistema nervioso central, ejemplo las benzodiacepinas y las anfetaminas (bajo receta médica).
 - e) La cafeína o Café: disminuye la fatiga, y las posibles consecuencias físicas oscilan desde la inquietud, agitación, temblores, insomnios hasta problemas digestivos.
- 2) Drogas Ilegales Estimulantes y Alucinógenas: producen cambios en la percepción, pensamientos, emociones y conciencia de las personas que las consumen.
- a) Marihuana: Disminuye la reacción ante los estímulos y reduce los reflejos, desorientación tempo-espacial, alucinaciones; físicamente incide en que existe una reducción en el impulso sexual, daño en las funciones reproductoras y deterioro neurológico.
 - b) La cocaína. Esta droga ilegal se obtiene de las hojas de la planta de coca llamada, además de consumirla, también es ilegal tanto cultivarla y venderla.
 - c) El MDMA. Es conocido como éxtasis y es ilegal debido a los peligros y graves consecuencias para la salud que conlleva su uso.
 - d) La heroína. Es ilegal fabricarla, venderla y estar en posesión de esta sustancia. Por sus graves consecuencias.
 - e) La ketamina. Prístinamente tenía fines anestésicos, ilegalizada por sus efectos alucinógenos.
 - f) LSD: origina delirios y desorientación tempo-espacial; físicamente crea delirio, despersonalización, terror, pánico, trastornos de la visión, hipertensión arterial y Problemas respiratorios.²⁰⁹

²⁰⁹ Idem..

Entonces, las drogas hacen depender su clasificación en razón de los efectos psicofisiológicos generados, por lo que con carácter general, puede sostenerse que todas las sustancias controladas y determinadas como droga, una vez sea consumida por la adicción de las personas, estas causan cualesquier consecuencia sintomática de carácter psíquico-físico., lo que jurídicamente es de relevancia, específicamente para el ordenamiento público en razón de la conservación del bien jurídico de la Salud Pública.

Necesario resulta la clasificación que la jurisprudencia hace respecto de las drogas²¹⁰, en dos figuras: las drogas blandas, siendo estas las más aceptadas socialmente, ya que son percibidas como menos perjudiciales, entre ellas el tabaco, el alcohol, la marihuana, el hachís, la cafeína, entre otras; y, Las drogas duras, son las que presentan mayor impacto social y sanitario, por considerar que su consumo es peligroso, estigmatizante a corto plazo, entre ellos, los psicofármacos, la heroína, la morfina, la cocaína, las anfetaminas, el MDMA o éxtasis, el LSD, la ketamina.

De sus efectos, a los que nos referiremos por su importancia dentro de las acciones sociales, son los efectos sociales de las drogas, ya que estos, se constituyen en las áreas familiares, en círculos sociales, en la comunidad y escuela; bajo la visión que cuando una persona ingiere droga, no solamente acciona su libertad individual, por causar influencia en las personas en su contorno, lo cual son elementos generadores de consumo, tráfico y comercialización de la sustancia controlada.

3.14.8 Particularidades de la Posesión y Tenencia de Drogas

Entraremos a establecer algunas particularidades de la posesión y tenencia, para lo que debemos en primer término, determinar si estamos frente a un hecho o frente a un derecho, bajo esa óptica las normas pertinentes dentro del ordenamiento privado, específicamente el Código Civil, orientan a concebir la posesión como un hecho, ello a partir de la definición que le otorga a la posesión, --artículo 745 CC - - cuando sostiene que; “la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser dueño“ , lo que se equipara a un hecho; de igual forma, o en el mismo sentido técnico determina refiriéndose a

²¹⁰Corte Suprema de Justicia, Sentencia Sala Constitucional, Inc. 70-2006, de fecha 16/11/2012

la tenencia – artículo 753 CC -- que; “se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa”. Con ello es la doctrina²¹¹ la que determina diciendo simplemente que la posesión es un estado de hecho.

Orrego Acuña, establece como elementos de la posesión, en un primer momento, la tenencia o el corpus: lo representa como una manifestación de dominio sobre la cosa, con la abierta posibilidad de disposición efectiva de la misma, bajo la perspectiva de la realización directa, sin vínculos externos, por ello el legislador salvadoreño, al formular el acápite del artículo 34 de la LERARD se lee la "posesión" y "tenencia," siendo la “y” copulativa, deja implícito, que aunque parecieran similares, no lo son, y puede determinarse sosteniendo que la tenencia es la regla general encontrándose imbíbida la posesión, basta acreditar la posesión para que se tenga por acreditada la tenencia.

De la sola lectura al título del artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas de las Drogas pareciera que "posesión" y "tenencia" son palabras sustancialmente similares, por estar separadas únicamente por la copulativa "y"; empero, del contenido de esa disposición legal, así como de su contexto semántico jurídico, se desprende que son dos términos de significado distinto y que implican conductas diferentes, para que se materialicen; no obstante, aclarase que la tenencia es la regla general y se encuentra imbíbida en la posesión; por ende, bastará con la comprobación de esta última para tener por acreditada aquella, según se refiere en la Sentencia de fecha 28/11/02, del Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana. Concibiendo la cosa no sólo como tenencia física, sino también como la posibilidad de disposición efectiva bajo su dominio.

Como segundo elemento encontramos el animus, el cual, es de presencia psicológica, recordamos con la llamada teoría clásica o subjetiva, en la cual la posesión no sólo implica una potestad de hecho sobre la cosa, sino también la voluntad especial, con la que se posee, es decir, de tenerla para sí mismo, lo que consistente en un movimiento corporal voluntario causante de una modificación del mundo exterior con su uso, aunque el término “tener” no describe conducta alguna, según la tesis de algunos tratadistas,²¹² sin

²¹¹ Juan Andrés Orrego Acuña, *La Posesión*, 17 de enero de 2017, página 2.

²¹² *Struensee, Eberhard Los delitos de tenencia, publicado en Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal, Editorial Ad- Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016.*

embargo otros tratadistas²¹³ afirman, que los delitos de posesión o tenencia son formas delictuales que carecen de una “conducta”, susceptible de ser castigado. Ello conlleva la conformación de una nueva y autónoma categoría delictual basada en “hechos” y no en “actos”.

3.14.9 La Individualización del Autor.

La identidad o la identificación, y en términos procesales la individualización del imputado o autor, establecen diferencia entre sus definiciones, por lo que se requiere de una aclaración a efecto del debido proceso²¹⁴ en una eventual imputación, así para la Real Academia Española²¹⁵ Identidad es: “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad, que los caracteriza frente a los demás”; e, Identificación es; “acción y efecto de identificarse, ejemplo en una rueda de identificación”; e, individualización, acción y efecto de individualizar o particularizar”. De ahí que identificar a una persona sea reconocerle por su identidad o nombre y por las características propias desarrolladas en el transcurso de su vida, es decir, por las condiciones que le caracterizan.

La doctrina²¹⁶ proporciona un concepto de identificación: “La identificación es una diligencia judicial que tiene un doble significado: determinar las señas personales, características de los inculpados, para que no exista duda de quiénes fueren, o bien averiguar que la persona a quien se imputa un hecho procesal es la misma que se encuentra en nuestra presencia”.

Ahora, para las especificidades de un proceso penal, es dable decir que, si la identidad es, el conjunto de rasgos propios de un individuo; e, Identificación es; “acción y efecto de identificarse, para los fines de ese proceso penal es determinante la diferencia entre la identificación y la individualización. Así la identificación del imputado, es tan necesaria que sin ella no puede ventilarse un proceso penal, por el vicio en los derechos fundamentales, así el artículo 83 del Código Procesal Penal, bajo el acápite Identificación,

²¹³ Santiago M. Irisarri, *Delitos de tenencia: ¿castigo sin conducta? Proyección hacia una nueva categoría delictual*.

²¹⁴ *Reglas mínimas de actuaciones procesales*

²¹⁵ *Diccionario Lengua Española, 23ª edición [versión 12.3 en línea]. <<https://del.rae.es>> consultado 30-04-2020*

²¹⁶ Jiménez Asenjo, Enrique. *Derecho Procesal Penal – Vol. I, pág. 471*

literalmente dice, “la identificación del imputado se practicara por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio [...]”.

Advierte a su vez, por la potencial falsedad de datos proporcionada por el imputado, soluciona ese impase con la identificación por testigo, esto por sus características particulares. El artículo transcrito a su vez nos dice, que tanto la forma nominal, es decir, por sus datos personales, como la material, cuando establece lo relativo a las impresiones digitales, señas particulares, o a través de cualquier otro medio, esta distinción formal y material lo sostiene también la Sala de lo Constitucional,²¹⁷ este otro medio, lo resuelve en el artículo 280 del Código Procesal Penal, que específicamente y bajo el acápite de otros medios de identificación dice, “para la identificación de personas se podrá utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, tales como huellas dactilares, registros de tales y el perfil genético, además del reconocimiento en rueda de personas²¹⁸”

Por su parte y respecto a la identificación la sala de lo Penal,²¹⁹ determina, que debe entenderse por identificación, siendo esto, “la obtención de datos personales de quien ya es imputado”, entonces para lograr la identificación, se requiere señalar con precisión y formalmente los datos personales de una persona a quien se le imputa un delito determinado, datos ya preestablecidos legalmente, en la Ley Especial Reguladora de la Emisión del Documento Único de Identidad²²⁰, que determina en su artículo 3 literalmente que, “El Documento Único de identidad, es el documento oficial, suficiente y necesario para identificar fehacientemente a toda persona natural, salvadoreña, en todo acto público o privado, tanto dentro del país, como en el extranjero, cuando dichos actos surtan efectos en El Salvador”

En la misma dirección la Ley del nombre de la Persona²²¹, en su artículo 1, bajo el acápite derecho al nombre, en su literalidad dice. “Toda persona natural tiene derecho al

²¹⁷ “[...] la identificación del imputado puede ser entendida desde una perspectiva formal y material; ya que por una parte se pretende establecer los datos o circunstancias personales del presunto delincuente; y por otra individualizar inequívocamente al responsable del delito, designándolo a través del reconocimiento o de otros medios que estén al alcance del juez. [...], en Proceso de Habeas Corpus 265-2002R, Sentencia Definitiva de las 12:20 horas del 9 de junio de 2003.

²¹⁸ Ver Art. 253 CPP

²¹⁹ Sala de lo Penal, sentencia 239 – CAS-2009 fecha 07092010.

²²⁰ Decreto Legislativo No. 581, del 18 de octubre de 2001, publicado en el Diario Oficial No. 206, Tomo No. 353, del 31 de octubre de 2001, República de El Salvador

²²¹ Decreto Legislativo No. 450, D. O. No. 36, T. 414, 21 de Febrero de 2017.

nombre que usa legítimamente, con el cual debe individualizarse e identificarse” y en su artículo 3 expone que: “Los elementos del nombre son: el nombre propio y el apellido”.

Por lo que afirmamos que, el ente jurisdiccional tiene la obligación de identificar al imputado, ello se dispone en las integraciones normativas dentro de las tres fases del procedimiento penal así: a) La integración de los art. 300 No. 1 y 334 No. 1 CPP., en relación a la toma de decisión del juzgador en lo relativo a la aplicación de la medida cautelar extrema de la detención provisional en Audiencia Inicial; b). La facultad decisoria en la conclusión de la resolución de la audiencia preliminar, la cual puede oscilar entre el sobreseimiento provisional o definitivo, integrando los art. 362 No. 2 y 353 No. 1 CPP.; y, c) La declaratoria de la culpabilidad o la absolución del imputado finalizado el juicio oral y público art. 395 No. 1 CPP.

Materializando así, la identificación como uno de los propósitos del proceso penal, el cual presenta dos premisas, una de ellas la designación concreta de la persona sometida al procedimiento penal, por su nombre y apellido, como persona individual diferenciada de los demás, coligiendo lo normado constitucionalmente en el artículo 36 inc. 3 Cn., en relación a que todas las personas tienen derecho a un nombre, disposición que es desarrollada por el art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Y en segundo término y no menos importante, para evitar el procesamiento de personas no identificadas según el ordenamiento legal, que presenten homónimos, u otros errores que produzcan una indefensión de los derechos fundamentales, y es que, de no existir una adecuada y propia identificación, esto supone un vicio de la sentencia, motivante de la impugnación vía apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 400 No. 1 Pr.Pn., que bajo el acápite vicios de la sentencia, literalmente dice: “ Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación, serán los siguientes: - 1) Que el imputado no esté suficientemente identificado”.

En ese sentido se establece en la jurisprudencia de la Sala de lo constitucional cuando norma que; [...] *En razón de lo anterior, hemos de entender que la identificación es tanto la realización de pruebas practicables para poder hacer recaer, con ciertas garantías de acierto, la imputación sobre determinada persona, como –y es lo que al caso interesa– la obtención de datos personales, de quien ya es imputado para evitar a lo largo del*

*proceso, cualquier error o equivocación respecto de la persona, contra quien se dirigen las actuaciones [...]*²²²

Finalizando este acápite y sobre la individualización que como hemos referido es la acción y efecto de individualizar o particularizar, el efecto lleva implícito el procedimiento y el resultado señalar específicamente más allá de toda duda, a una persona humana determinada, marcando sólidamente sus características de otras, con los que podría existir alguna similitud, en el proceso penal los medios de individualización, se da por medio de los reconocimientos, llámese este reconocimiento de personas o el reconocimiento por fotografías -- Arts. 253 y 257 del Código Procesal Penal – respectivamente, que después de realizados se tiene como individualizada a la persona imputada de una transgresión penal, siendo persona determinada concretamente, como actor de la acción con reproche penal, e identificada, con finalidad con su Documento Único de Identidad u otro documento idóneo.

3.14.10 Las Conductas de Mera Actividad

Nuestra constitución, da al juzgador la facultad de imponer penas, esta materialización del ius puniendi, tiene su origen en el artículo 14 de la Constitución al expresar este literalmente que: “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas,” lógicamente ello requiere la configuración de la conducta por el legislador, conducta que debe atacar un bien jurídico para que se dé la legitimidad al Estado para penalizarla, sobre ello la jurisprudencia constitucional,²²³ formaliza y sistematiza los principios de los derechos constitucionales. Así el derecho penal, como protector de bienes jurídicos, no exige que sea penada solamente la acción que lesiona directamente bienes jurídicos, ya que es suficiente la sola puesta en peligro de ese bien jurídico, en los delitos de peligro abstracto -- ejemplo la salud publica -- los bienes jurídicos protegidos, solo son motivadores para la formalización del precepto penal.

²²² *Proceso de Habeas Corpus 265-2002R, Sentencia Definitiva de las 12:20 horas del 9 de junio de 2003*

²²³ *Inc. 52-2003/56-2003/57-2003, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. [...] los principios constitucionales del Derecho Penal definen el modelo constitucional de la responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa, como en la aplicación judicial [...]*

Con lo anterior solamente recordamos a los delitos de resultado, entendiendo por resultado, el que consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro concreta – ejemplo el homicidio – constituye la acción de disparar y el resultado muerte, o la lesión física; y, los delitos de mera actividad de peligro abstracto, siendo aquellos en los que la realización de la acción es la descripción del dispositivo penal y por tanto no existe o se produce un resultado separado de ella, -- ejemplo el bien jurídico la salud pública, en el delito de posesión y tenencia de droga – el desvalor está en sí mismo y su penalidad no presupone un resultado, a estos últimos nos estaremos refiriendo en este apartado.

Hemos de citar que la doctrina²²⁴ afirma que, en los delitos de mera actividad, no cabe; “la comisión por omisión, la relación de causalidad, la imputación objetiva, las formas imperfecta de ejecución, la coautoría, la autoría mediata, ni la comisión imprudente” su razón radica por ser aceptados como delitos de propia mano, o de peligro abstracto, el ser considerados de peligro abstracto también lo determina la jurisprudencia,²²⁵ estos delitos abstractos, no presentan objeto material, no generan responsabilidad civil. Aunque no existe un consenso doctrinario, respecto de definir cuál es, el no resultado de este tipo de delitos, mantendremos unicidad junto a la doctrina mayoritaria que es la que se ha referido.

²²⁴ *Los Delitos de Mera Actividad*, María Acale Sánchez, Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Cádiz, *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 2.a Época, n.º 10 (2002), págs. 12.

²²⁵ *Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Tecla, Departamento de la Libertad, a las quince horas con treinta minutos del día seis de julio de dos mil dieciocho, referencia 62-IU-2018. [...] La Salud Pública, considerada como un bien público, mismo que el Estado está obligado a proteger, conforme a lo prescrito en el Art. 65 de la Constitución la cual resulta afectada en los supuestos de la comisión de este tipo de delitos; por tal razón en doctrina estas infracciones penales son nominadas “delitos de peligro abstracto”, puesto que no es posible individualizar de manera cierta a la persona que recibe el daño producido por el hecho criminal, por ello se afirma que se trata de un bien jurídico de carácter difuso, ya que se afecta el conglomerado social en general. [...]*

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL RELACIONADA A LA POSESIÓN Y TENENCIA DE DROGAS.

4.1 Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia

Como hemos sostenido a lo largo de esta investigación, el artículo 34 de la LERARD, establece un elemento cuantitativo, que distingue sus dos primeros incisos, en el primero de ellos dispone: “el que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florecencias, plantas o partes de ellas o drogas ilícitas” estableciendo la cantidad menor a dos gramos; y, en el segundo esta posesión o tenencia de las cosas referidas fuere en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, advirtiendo que cualesquiera fuere la cantidad, si esta posesión o tenencia es con el fin ulterior de traficar la penalidad se ve incrementada.

Sobre esos parámetros legales, consentiríamos que, todo acto de posesión y tenencia, en esas cantidades, es decir, en cualquier cantidad, legitima la coercibilidad del Estado a través de su función de penar, pero lo cierto es, que la jurisprudencia constitucional, fuente de aplicabilidad en todas las instancias jurisdiccionales, ha tomado posición, vía criterios en la amplitud de discusión doctrinaria, y ha considerado que para establecer que, se está en la presencia del delito de posesión y tenencia, es determinante se vea conculcado o lesionado el bien jurídico protegido de la Salud Pública, siendo imprescindible que la sustancia motivadora de la conducta antijurídica, sea una droga ilícita, es decir, que su uso esté determinado a menoscabar la salud pública o, que en su expresión material afecte a la salud de un tercero, aludiendo lógicamente al principio de libertad personal.

Estas expresiones propias de la Sala de lo Constitucional -en adelante la Sala o la Sala Constitucional²²⁶-, son la razón motivante, para el estudio analítico de la sentencia de inconstitucionalidad referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, de las

²²⁶ Inc. 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce. De inicio, es necesario partir de una caracterización jurisprudencial de la libertad general y la posición del Estado y el Legislador en las intervenciones a los ámbitos relacionados con el fuero interno del individuo y las conductas autorreferentes, a fin de evidenciar su concreción en el Derecho Penal.

nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce; --- en adelante sentencia en estudio --- en esta sentencia, se analiza la constitucionalidad del delito de posesión y tenencia, sobre los incisos relacionados en el acápite anterior, es decir, las disposiciones de los incisos primero y segundo, sin efectuar el análisis jurídico del tercer inciso, esto por la referencia que este hace directamente al delito de tráfico ilícito del artículo 33 de la LERARD, La Sala, establece el primer parámetro o delimitación: a) evidenciar porqué el Derecho Penal no puede ser utilizado para penalizar conductas autorreferentes; en lo relativo a esta intervención del Estado, se finca en el derecho fundamental de la libertad personal protegido por la Constitución de la República.

Bajo la óptica constitucional la sala argumenta en esta sentencia, sobre el derecho de la libertad personal la existencia de dos fases, “la interna, que integra un ámbito irrestricto, ilimitado o incoercible, que significa la no injerencia exterior, incluso de los poderes públicos, en el fuero interno del individuo; y la externa, que sería la manifestación de la primera, no solo oral o escrita, sino actitudes y conductas”. Creemos importante acotar que la Sala de lo constitucional, establece una garantía, al determinar que el reproche penal ha de darse únicamente ante la presencia de una acción u omisión, en razón de la existencia de hechos determinados claros y suficientes, hechos que no se contradigan entre sí, y que se encuentren alejados de las acciones que no son relevantes ante el derecho penal como los pensamientos o deseos.

Con esta perspectiva, sólo tiene sentido limitar la libertad, cuando sus acciones o su disposición de ejercicio trascienden la esfera personal, por una revelación externa de forma que se ejerza la violencia, que ubiquen a otros en una posición de peligro, creemos que la Sala da garantía a la conducta moral, entendiéndola, como en la que no es dable la coercibilidad estatal, así, se limita la actividad estatal en conductas autorreferentes, es decir, la realización de una acción dentro del quehacer humano que no se relaciona con otra persona.

Así lo sostiene la Sala al decir, en la sentencia en referencia., “ la irrelevancia jurídica de las actitudes, conductas, posiciones morales o –incluso– el pensamiento, lo es tan sólo a los efectos de poder integrar una circunstancia a la que el ordenamiento jurídico anude consecuencias desfavorables, pero no implica, que la visión del mundo y la libertad

general sean bienes desprovistos de protección jurídica sino que, al contrario, constitucionalmente se encuentra garantizado el no poder ser condenado o sancionado, sino por acción u omisión, y es que la Sala explora el carácter subjetivo del sujeto activo de la acción con reproche penal; sobre la autodeterminación moral sostiene; “la autodeterminación moral implica, que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida, y reconoce un espacio sustancial inmune a la coerción externa proveniente de otras voluntades”

Lo anterior, nos lleva a pensar sobre este aspecto de la libertad de acción interna, que, cuando las conductas no son desvaloradas para el derecho penal, o no constituyen un reproche legítimo, al no conculcar derechos de terceros, es decir, al no desvalorarse el resultado, estaremos frente a las conductas autorreferentes, al no alterar derechos de terceros o porque su lesión es insignificante, así, el delito de posesión y tenencia contra la salud pública, no protege exclusivamente la salud de quien consume droga o es drogodependiente, sin embargo, no cabe olvidar, que la salud pública colectiva se forma con la salud de cada uno de los ciudadanos, por lo que si uno se ve afectado se refleja en todos, sin embargo, y dentro de la no afectación, debe estar materializada la sustancia en tal forma que la droga en posesión, tenga los parámetros objetivos como la cantidad, como los subjetivos en razón de desvirtuar la auto referencia.

b) Un segundo parámetro delimitador de la Sala de lo Constitucional, es la relación que existe entre los principios constitucionales de lesividad y de proporcionalidad, en la determinación abstracta del tipo penal y de la pena.

Así el Principio constitucional de Lesividad, establece, que si la probabilidad de riesgo en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, es legítima la potestad del estado de efectuar el castigo penal, a contrario sensu o posición, si la acción, es de escaso reproche penal por el resultado efectuado, esta acción, queda descartada de la respuesta penal, como lo sostiene la sala de lo constitucional.²²⁷

²²⁷ Sala de lo Constitucional, Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003 “el principio de lesividad constituye el fundamento axiológico y el límite fundamental en la estructuración constitucional del delito, en la medida que las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social. Se entiende –entonces– que el principio de lesividad se postula como una formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico y sin resultado dañoso”

Al nacer entonces el probable riesgo de lesión o peligro a los bienes jurídicos, es legítimo constitucionalmente el castigo penal; sosteniendo sobre este punto la sala de lo constitucional que: [...] conductas de escaso desvalor tanto de acción como de resultado. deben quedar descartadas de la contundente respuesta penal, ya sea porque no se encuentran en una relación de alteridad –conductas autorreferentes– o porque se trate de lesiones insignificantes –conductas autorreferentes inocuas [...]; ello en la sentencia en comento, y es que, aunque la acción se adecue en las disposiciones o supuestos de la norma, la interpretación restrictiva de esta bajo la armonía del principio de lesividad, se excluirá la responsabilidad, por la no afectación del bien jurídico, en razón de que solo el ataque frontal a este justificaría la sanción penal.

Así, el orden subjetivo mostrado por el sujeto activo de la acción, es decir, tanto el dolo como la culpa, son los que determinan la dosificación de la pena por acción del legislador, sin olvidar la finalidad preventiva de esta, es lo que hace incurrir en exceso al legislador, respecto de la pena señalada. Así lo sostiene la sala al determinar que [...] por tanto, la trascendencia social del bien jurídico, su lesión o puesta en peligro –lesividad–, la modalidad subjetiva demostrada por el agente –conurrencia de dolo o culpa–, son los parámetros objetivos y legítimos para graduar la proporcionalidad que la pena debe tener, además de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con la conminación. [...]

Esto, cuando el bien jurídico no es relevante, es posible determinar la vulneración de la proporcionalidad, por la manifestación de desproporción entre la pena como consecuencia jurídica y la entidad de la conducta llevada a juicio, y la finalidad es la prevención de bienes e intereses no relevantes, luego pasamos a la idoneidad o lo no necesario de la medida, ya que es necesario alcanzar el cenit de la tutela de las libertades constitucionales de los ciudadanos.

Sobre la proporcionalidad, en la sentencia de inconstitucional en comento, la Sala constitucional expresa que; [...]; si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado; y a tales efectos, ha de indagarse primero, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o si los fines de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento, si el

sacrificio de la libertad que se impone, persigue la prevención de bienes o intereses, no sólo constitucionalmente proscritos, sino jurídicamente irrelevantes[...]; y es que, la utilización del principio de proporcionalidad, es en consecuencia determinante para la fundamentación de las sentencias de inconstitucionalidad al momento de evaluar la afectación de los derechos fundamentales.

Expresamos nosotros que las tres reglas conocidas y que constituyen el juicio de proporcionalidad, -llamadas también sub principios- las cuales deben ser observadas por las instituciones del Estado, al intervenir derechos fundamentales, se enmarcan, en la idoneidad²²⁸, regla que requiere que la intervención a un derecho fundamental sea idóneo para alcanzar su finalidad y que esta sea constitucionalmente legítima. La regla de la necesidad, determina que a intervención de un derecho fundamental se ha de realizar con una medida que favorezca al derecho intervenido, extraída de otras medidas consideradas más gravosas, en su finalidad perseguida; y, por último la regla de proporcionalidad en sentido estricto, su importancia deberá observarse desde la finalidad trazada, ya que la afectación del derecho tendrá que estar adecuada al derecho mismo, es decir, las ventajas o el resultado en la medida en que se conculque el derecho fundamental debe ser acorde con los sacrificios que afectan a su titular.²²⁹

Particular referencia realiza la Sala Constitucional, sobre el bien jurídico protegido en el delito de Posesión y Tenencia. Hemos referido en este trabajo de tesis que la observancia se encuentra en el artículo 65 de la Constitución, que entiende, a la salud Pública como el conjunto de condiciones, positivas y negativas, que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos, sin embargo, no está delimitado desde una visión individual, sino desde la perspectiva de la sociedad en su totalidad, de ello lógicamente nace la necesidad de la regulación, ubicando bajo control y estableciendo prohibiciones de sustancia que bajo ese control, tengan en su uso la alteración negativa de la salud de la población, esto según las disposiciones regulatorias del artículo 2 de la LERARD, ello por la generalización de los riesgos.

²²⁸ Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003. [...] en virtud de este principio de idoneidad, el Derecho Penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, por lo que debe evitarse su uso cuando se muestre inoperante, inadecuado o contraproducente para conseguir tal fin[...]

²²⁹ Idem.

c) Un tercer parámetro estipulado por la Sala en esta sentencia en estudio, es lo relativo, al elemento cuantitativo promulgado por el legislador salvadoreño, establecido o incorporado en los primeros dos incisos del artículo 34 de la LERARD. Elemento sobre el que basa el control de constitucionalidad²³⁰ de los supuestos de los incisos uno y dos del artículo citado.

Conforme a lo que se ha referido en acápites anteriores, la Sala sistematiza y determina una diferencia sustancial, apartando en lenguaje estricto las conductas preordenadas al tráfico, las cuales obviamente requieren una interpretación diferente y las relativas al consumo, que respecto o por tratarse de conductas autopoiéticas no son penadas, y en las cuales la cantidad de sustancias controladas o drogas es importante, se advierte, sostenido que no es el único para efectuar la distinción entre las conductas bajo reproche penal y las autorreferentes, ya que complementar su análisis, deberá obrar en este, tres elementales supuestos, y consolidar el hecho de que se está en presencia del elemento subjetivo del tipo penal, es decir, el ánimo de tráfico, deberá visualizarse en análisis el tipo de droga, cantidad, variedad y pureza, la nocividad, respecto si son drogas blandas drogas duras, cual es la ocupación del poseedor o sujeto activo y sus características personales, condición de drogo dependiente, consumidor ocasional o no consumidor.

Si usa identidad falsa, para deslegitimar su posesión, deberá tomarse en cuenta la tenencia de utensilios o instrumentos relacionado para la elaboración o distribución de la droga; determinar si las cantidades de dinero encontradas, son necesarias o traspasan el limite razonable de la capacidad económica del poseedor, y la forma en tiempo en que se realizó el decomiso de la droga.

El auto consumo puede ser causa de exculpación, cuando se trata de sustancias controladas y poseídas por el responsable penal, si se encuentra la debida proporción entre la cantidad de droga poseída y la necesidad de consumo. En frases de la Sala constitucional, [...] Como se ha dicho en párrafos anteriores, una conducta autorreferente –es decir sin posibilidad remota de poner en peligro a otros– y de alguien a quien en su mayoría de edad y conforme a una decisión personal decide afectar su propio ámbito de salud con relación al

²³⁰ *Circunscribiendo el control de constitucionalidad, este versará sobre el criterio cuantitativo a que hace referencia la prohibición penal con relación a la posesión y tenencia de droga (menos o más de dos gramos), y la pena de prisión con la cual ha sido conminada tal conducta tanto en el supuesto contemplado en el inciso primero –uno a tres años–, e inciso segundo –de tres a seis años–, poniendo tales elementos en relación con el inciso tercero de tal disposición. Ibidem*

consumo de sustancias estupefacientes, no puede considerarse un hecho relevante a efectos penales, aunque sí con relación al deber de asistencia médica que el Estado se encuentra obligado a brindarle para superar su adicción, en particular, con relación a las clínicas de rehabilitación de drogodependientes[...], sentencia de inconstitucionalidad referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce.

Mención especial merece la incorporación que hace la Sala Constitucional del elemento subjetivo, no determinado en los supuestos de los dos primeros incisos, pero si, establecido en el inciso final del artículo del 34 LERARD, siendo este el ánimo de traficar, al respecto la Sala indicó lo siguiente: [...] Advierte entonces esta Sala que las aplicaciones de la posesión y tenencia contempladas en los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD, requerirá el establecimiento de ese presupuesto subjetivo, a partir de una valoración integral de los hechos, y de un análisis que no debe atender exclusivamente a la cantidad de gramos, sino a la confluencia de varios criterios, los cuales deben plasmarse en la motivación de la decisión judicial [...], sentencia en estudio.

Entre los aspectos comentados de la constitucionalidad decretada, -más que todo en sus criterios esbozados- correspondientes a los supuestos del artículo 34 LERARD, uno de los criterios, sino el principal es el relacionado a que constitucionalmente no es procedente aplicar de forma literal y automática lo dispuesto en la norma citada, considerando únicamente la cantidad de la droga o sustancia controlada incautada, sino a los criterios resultantes de esa sentencia con el fin de garantizar, el principio constitucional de presunción de inocencia, concluye la sentencia en estudio, de esta forma respecto de la proscripción de las intromisiones del Estado en torno a las conductas autorreferentes, y que estas se encuentran fuera del espacio de aplicación de la ley penal, sin embargo, establece que al estar pre-ordenada la droga para las actividades de siembra y cultivo, es constitucionalmente legítimo aplicar la sanción penal.

De esta forma la posibilidad de realizar una interpretación bajo los estándares constitucionales, en el que se vea configurado el respeto a la libertad de los ciudadanos, (el auto consumo) y el derecho a la salud pública, es viable y sustancialmente legítima.

No obstante, la constitucionalidad declarada al artículo 34 de la LERARD, la Sala de lo Constitucional, en ella, no refiere un análisis del inciso tercero del artículo citado, como derecho de intervención de las instituciones del Estado, la Sala de lo Constitucional en su análisis, si presenta la garantía constitucional de que el reproche proveído por el Estado en tanto protección de bienes jurídicos, radica en acciones y omisiones, de carácter concreto y que pueden ser perceptibles en la valoración de los criterios a los cuales nos hemos referido, que en su aplicabilidad se deja a un lado la intervención del poder punitivo estatal en los pensamientos o deseos, de ahí que sea plausible que los límites a la libertad, solo debe darse en la medida que con las acciones propias se afecte a terceros, poniendo en peligro sus bienes jurídicos bajo protección, por lo que se concreta la no punibilidad de las conductas autorreferentes o autopoieticas.

Así, la aplicabilidad de los principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad, determinan en su aplicabilidad las conductas de escaso valor tanto de acción como de resultado, las cuales quedan descartadas de la punibilidad del Estado, al ser la lesión provocada en el bien jurídico insignificante, lo que a la postre infiere que el sacrificio del derecho fundamental de libertad intervenido es innecesario o desproporcionado.

Consideramos explicitadas las argumentaciones de la Sala de lo Constitucional, --- en la sentencia en estudio, --- en cuanto se refiere de forma técnica y sustancial a la libertad personal, a los principios de lesividad y proporcionalidad referidos, al igual que lo tocante al bien jurídico de la Salud Publica, con la que inhibe la intervención del Estado en las conductas autopoietica penando así las conductas encaminadas al tráfico ilícito de drogas; lo que si entramos a discutir, es si, decretar conforme a la Constitución las disposiciones referidas del artículo 34 de la LERARD, a través del planteamiento funcional de la sentencia aditiva²³¹ de ahí que incluya en los incisos primero y segundo del artículo 34 LERARD, el elemento subjetivo del ánimo de traficar. Sobre la sentencia aditiva, ha dicho

²³¹ <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/7516> las llamadas Sentencias Aditivas o Integradoras, "en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa". En este sentido, en estas sentencias se adiciona algo al texto que se considera incompleto, para de esta manera convertirlo en completamente constitucional. Se consignan estas sentencias con el fin de complementar leyes cuya escritura limitada presenta un contenido normativo menor respecto del exigible constitucionalmente. De esta forma las sentencias aditivas o integradoras, declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional.

la Sala de lo Constitucional²³². Que este tipo de sentencia suponen realizar esfuerzos de interpretación y adaptación de la norma legal acusada de inconstitucional para buscar hacerla compatible con la Constitución.

Ahora, si el ente jurisdiccional o aplicador de la Ley, aplica automáticamente los supuestos contenidos en los incisos 1 y 2, del artículo 34 LERARD, estaríamos en presencia de una vulneración al principio de inocencia, contemplado en el artículo 12 de la Constitución, además la Sala de lo constitucional acepta una técnica legislativa que no contiene los estándares constitucionales como norma, al tener un contenido normativo menor que el exigible, la Sala de lo Constitucional adiciona un elemento subjetivo que el legislador no exige en la norma, el ánimo de tráfico, lo que afecta al elemento descriptivo del tipo -cantidad menor o mayor a dos gramos – les resta valor al interpretarlos a nivel probatorio, anexándole otros criterios para acreditar, o con los que acredita el tipo subjetivo.

Un segundo aspecto a considerar es el hecho que vía jurisprudencia, se advierte una conculcación al principio de legalidad, en la esfera *nullum crimen nulla poena sine praevia lege certa*, según este aforismo legal, solamente la norma extendida por el legislador, es una norma cierta, de ahí que jurisprudencialmente la sentencia aditiva adiciona una disposición nueva de carácter subjetiva al primer y segundo inciso de la configuración realizada por el legislador en el artículo 34 de la LERARD, mención por supuesto también se ofrece respecto del principio de seguridad jurídica, en alusión directa a la certeza que debe presentar el derecho; la Sala objetiviza la interpretación de los juzgadores al caso concreto, ya que son estos quiénes deben interpretar conforme a la constitución las normas, teniendo como consecuencia la absolucón en el proceso cuando se trate de conductas de autoconsumo o autoreferentes en los delitos de posesión y tenencia, pero también debe de condenar cuando existan los elementos del ánimo de traficar o lo que la Sala llama, la predisposición al tráfico.

²³² Inc. 130-2007 acumulada. sentencia del 13-1-2010, *Estas sentencias suponen realizar esfuerzos de interpretación y adaptación de la norma legal acusada de inconstitucional para buscar hacerla compatible con la Constitución, "salvando" así la vigencia de la ley, pero también su subordinación y conformidad con el texto constitucional... Son aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo "menor" del exigible constitucionalmente. Y es que, la oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador, y aquí radica precisamente el problema que suscita el restablecimiento del orden constitucional perturbado en estos supuestos".*

No obstante, lo anterior la Sala de lo Constitucional no expone en la sentencia lo relativo a la teoría de la pena, específicamente la teoría de la prevención general de la pena en su sentido negativo, prevención general de la llamada "teoría psicológica de la coacción"²³³, desarrollada en su vertiente negativa, es el aspecto negativo, se puede describir con "el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes"²³⁴. Es decir, la amenaza que se les realiza a los demás ciudadanos a efecto de que no realicen las conductas enmarcadas en las disposiciones normativas, creemos se vuelve inseguridad jurídica, sobre la base de que no solamente se debe recurrir a la legislación, sino también a la jurisprudencia, ello porque la Sala de lo Constitucional deja en la entrada la incorporación de elementos subjetivos en el tipo penal como el ánimo de traficar.

Este ánimo de traficar en el análisis del caso concreto debe de incorporarse a los incisos primero y segundo del artículo 34 de LERARD, en ese sentido, en el inciso primero deberá realizarse el juicio que desvaloriza el ánimo de traficar en cantidades menores de dos gramos, o para el segundo supuesto en casos mayores a dos gramos, el punto es que el inciso tercero, criminaliza cualquier cantidad cuando fuere con ánimo de tráfico, lo que significa que para el juzgador, debe realizar la valoración del elemento cuantitativo y los otros incluidos a efecto de eximir la presencia del ánimo de traficar aun en el inciso primero, ya que se criminaliza la posesión y tenencia con fines de tráfico en cantidad menor de dos gramos, lo cual es lógico porque las conductas autorreferentes no son punibles, el Estado no puede intervenir sobre el proyecto de vida de cada ciudadano y por ello, solo será punible aquella conducta orientada a la promoción o favorecimiento del consumo de drogas de otras personas y no lo sería, cuando la posesión o la tenencia esté destinada exclusivamente para el auto consumo personal.

²³³ Claus Roxin, *Derecho Penal parte general, Tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito, sección 1ª*. Pág. 90

²³⁴ *Ibid*, 91

4.2 Jurisprudencia Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia

4.2.1 Caso I.

Creemos necesario el análisis de la siguiente sentencia emitida por la Sala de lo Penal, la cual es determinada a la efectiva aplicabilidad de los criterios expresados por la Sala de lo Constitucional, esgrimidos sobre los supuestos de los incisos primero y segundo del art. 34 LERARD, los cuales castigan la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos de semillas, hojas, florescencias, plantas –o parte de ellas– o drogas ilícitas, expuestos en la sentencia dictada en la sentencia de inconstitucionalidad referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce. --- En adelante, Sentencia de Inconstitucionalidad 70-2006 ---

La referencia de la sentencia a estudiar es 101C2015, decretada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las ocho horas cinco minutos del día trece de agosto de dos mil quince. Teniendo como objeto de control, la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, San Miguel, a las quince horas y diez minutos del día once de febrero de dos mil quince, mediante la cual confirma el sobreseimiento definitivo dictado por el Juzgado de Instrucción de El Tránsito, San Miguel, a las diez horas con cinco minutos del día doce de enero del año dos mil quince, en favor de joven cuyo nombre se omite, por el delito de POSESIÓN Y TENENCIA, regulado y sancionado en el Art. 34 inciso 2°, de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (en adelante LERARD), en perjuicio de la Salud Pública.

Creemos necesario estipular que en los párrafos siguientes de la sentencia se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional; de igual forma se excluyen los nombres de las partes formales y materiales por no ser de importancia a los efectos de este estudio.

II.- “Contra el anterior fallo, la inconforme invoca un único motivo de fondo. Errónea aplicación del Art. 34 inciso 2, LRARD, con base en la causal de casación establecida en el Art. 478 N° 5 Pr. Pn. Alega que la Cámara no debió confirmar el sobreseimiento definitivo dictado por el Juez de Instrucción de El Tránsito, porque el Art. 34 Inc. 2°, LRARD. no contiene la exigencia de que se deba acreditar que la droga incautada tenga como fin su tráfico o transmisión a terceras personas; basta su mera posesión sin atender la finalidad o propósito del sujeto activo que la posee, [...] Asimismo, acusa que el tribunal de segunda instancia aplicó de forma mecánica la conducta auto referente que se menciona en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional [...]

Cuadro fáctico.

Sostiene la Sala: En principio véase que la Cámara en su resolución tuvo por establecidos los siguientes hechos: "...el imputado, fue detenido por elementos de la Fuerza Armada, en la Colonia La Pradera de El Tránsito, por habersele encontrado en la bolsa lateral derecha del short, seis porciones pequeñas de material vegetal, y al realizarle prueba de campo resultaron con orientación positiva a droga Marihuana (...) con un peso de ocho punto seis gramos (8.6 g), un valor monetario de nueve dólares, ochenta centavos (\$9.80) y con la cual se podrían elaborar diecisiete cigarrillos (...) en base a lo manifestado por el procesado de ser consumidor de droga y el resultado del examen Toxicológico (...) estableciendo la existencia de Metabolitos de Marihuana en la sangre de éste (...) por lo tanto, concluyó que la conducta (...) no se adecuaba a la descrita por el legislador como delito, por ello, decretó un Sobreseimiento Definitivo..." (Sic.).

En su inicio delimita la Sala de lo Penal -en lo sucesivo la Sala- que; “El asunto a resolver consiste en determinar, primeramente, si de acuerdo al cuadro fáctico que el tribunal de primera instancia tuvo por acreditado, los actos ejecutados por el acusado encajan en la figura típica de Posesión y Tenencia, regulado y sancionado en el Art. 34 inciso 2 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; luego, si —aunque la norma no incluya en su descripción el elemento subjetivo dolo o intención de tráfico- impera la necesidad de atender la dirección de su voluntad; y si con su comportamiento se ha perfilado una lesión o se puso en peligro la "Salud Pública" como bien que protege la

norma.” En anteriores resoluciones esta Sala ha dicho ya, que la finalidad de tráfico debe concurrir en cualquiera de las modalidades descritas en el Art. 34 de la LRARD como delito de Posesión y Tenencia; y que este elemento subjetivo, no siempre se desprenderá de las mismas condiciones objetivas y subjetivas en todos los casos, sino variarán según cada hecho en particular. También ha dicho, que el delito de Posesión y Tenencia sólo será punible en aquellas ocasiones en que se haya probado —sea mediante prueba directa o indiciaria-, que la persona que ostenta la sustancia prohibida, aunque sea en escasa cantidad (menores a dos gramos, o más, pero insignificante a juicio discrecional del juzgador), la tiene para transmitirla a terceros y no para su consumo (Cfr. Sentencia Ref. 291C2013 de fecha 07/04/2014).

Consideraciones de la Sala de lo Penal:

Ahora bien, el término ánimo de traficar, por jurisprudencia constitucional bajo su carácter Erga Omnes, exige por parte del ente investigador²³⁵ demuestre objetivamente la finalidad o destino de la sustancia, bajo los parámetros de una debida investigación: por ello en esta Sentencia la Sala dice: [...] En anteriores resoluciones esta Sala ha dicho ya, que la finalidad de tráfico debe concurrir en cualquiera de las modalidades descritas en el Art. 34 de la LRARD como delito de Posesión y Tenencia; y que este elemento subjetivo, no siempre se desprenderá de las mismas condiciones objetivas y subjetivas en todos los casos, sino variarán según cada hecho en particular. [...], sabemos que este es un elemento subjetivo, que se configura en el tipo penal base de posesión y tenencia, por lo tanto, corresponde a la parte acusadora demostrarlo, ya que de no tener un mínimo objetivo de investigación, que demuestre que la droga no era para fines de consumo o determinar que no era una conducta autorreferente, y que consiste en una conducta penalmente reprochable, que exige la intervención del Estado, por el resultado dañino a la salud pública.

Un segundo elemento que la Sala de lo penal determina en esta sentencia en estudio es el principio de lesividad, bajo los parámetros de [...] existe una conducta formalmente típica, porque aparece descrita en la norma penal, pero su resultado será irrelevante para el Derecho Penal por falta de lesividad, [...], en este sentido aplicado el principio de

²³⁵ *Fiscalía General de la República, Artículo, 193 Cn.*

lesividad, cohesionado por la Sala de lo penal, con el principio de proporcionalidad, en tanto el primero prohíbe imponer pena o medida de seguridad si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro --- para este caso la salud pública --- el bien jurídico protegido por la ley penal, el segundo principio por su parte, es decir, el principio de responsabilidad objetiva, el cual consolida que ninguna persona será penalizada o sujeta a medidas de seguridad, si su accionar o, su omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, aplicando la prohibición de la responsabilidad objetiva²³⁶, es decir, debe de tomarse en cuenta la dirección de su voluntad.

Y es que, el adelantamiento de las barreras de protección que realiza el legislador, hace que la consumación del delito se conciba con la mera tenencia, en este caso de la droga incautada, estas barreras se retrotraen bajo la razón que el ánimo de traficar debe de probarse, sabemos que esta intención o ánimo de traficar pertenece al fuero interno del sujeto activo y por lo tanto es difícil de demostrarse a través de una prueba directa, por lo que debe usualmente obtenerse inferencias para acreditar su existencia, como lo relaciona la Sala de lo Constitucional.²³⁷ Así concluye la sala de lo penal, al establecer que la tenencia de droga exclusivamente para fines de auto-consumo debe considerarse impune.

Así, la validez de todo juicio realizado bajo los parámetros esgrimidos por la Sala de lo Constitucional, lleva a calificar adecuadamente y, a acreditar adecuadamente por las valoraciones y fundamentaciones realizadas por el juzgador la presencia de las conductas autorreferentes; circunstancias o criterios valorados y que fueran la base para que en el presente caso en análisis la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, admitiera casar el sobreseimiento definitivo proveído por el Juzgado de instrucción, visto y confirmado por la Cámara competente en apelación. Declarando su confirmación, bajo los parámetros ya analizados. Sostenemos con ello, que la Sala de lo penal, adopta los criterios en valor otorgados por la Sala de lo Constitucional, ya que determina la exclusión de la pena en las conductas autorreferentes, estableciendo en su determinación que la adopción de actitudes y conductas, determinadas con conocimiento y dolo de tráfico resultan castigables, lesionando el bien jurídico tutelado.

²³⁶ Art. 4 CPPN. "la pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva".

²³⁷ Inc 70-2006, de fecha 16/11/2012.

4.2.2 Caso II

El análisis de la siguiente sentencia emitida por la Sala de lo Penal, es determinada a la efectiva aplicabilidad de los criterios expresados por la Sala de lo Constitucional, esgrimidos sobre los supuestos de los incisos primero y segundo del art. 34 LERARD, los cuales castigan la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos de semillas, hojas, florecencias, plantas –o parte de ellas– o drogas ilícitas, expuestos en la sentencia dictada en la inconstitucionalidad referencia. 70-2006– de fecha dieciséis de noviembre de dos mil doce.

Su referencia es 30-C-2016 Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, de las ocho horas del día veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis. Teniendo como objeto el control del fallo emitido a las quince horas y cinco minutos del día diez de diciembre del año dos mil quince; por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente de la ciudad de San Miguel, fallo, conteniendo la confirmación de la sentencia definitiva condenatoria pronunciada a las doce horas y veinte minutos del día dieciséis de julio del año dos mil quince, por el Juzgado Segundo de Paz de San Miguel, por el delito de **Poseción y Tenencia**, tipificado y sancionado en el Art. 34 Inc. 1 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública.

Creemos necesario estipular que en los párrafos siguientes de la sentencia se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional; de igual forma se excluyen los nombres de las partes formales y materiales a efecto de no ser precisos en importancia a este estudio.

La Sentencia en sus antecedentes establece:

PRIMERO: La presente causa penal, se ha desarrollado bajo las reglas del procedimiento sumario ante el Juzgado Segundo de Paz de San Miguel, que celebró la audiencia inicial el día cinco de junio del dos mil quince, en donde se resuelve autorizar la apertura de la investigación sumaria por un plazo de quince días, con la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional, cambiando el delito de Tráfico Ilícito a Posesión y Tenencia, tipificado y sancionado en el Art. 34 Inc. 1° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. [...] la procesada fue declarada culpable por el

delito antes referido y se le impuso la pena de dos años de prisión, la que fue reemplazada por prestación de trabajo de utilidad pública. [...] Inconforme con esta resolución, la procesada presentó recurso de apelación, [...] habiendo resuelto dicha Instancia la confirmación de la sentencia condenatoria.[...]

Los hechos probados en primera instancia y que no fueron modificados en apelación, se refieren:

a: "... que el día treinta y uno de mayo del año dos mil quince, los agentes de la Unidad de Emergencias Nueve Once realizaban patrullaje en su sector de responsabilidad sobre el polígono D guion dos de la Colonia Satélite del Oriente de esta ciudad, frente a la tienda denominada Los Gemelos, cuando observaron a una persona [...] que se transportaba sobre el lugar en mención, quien al observar la presencia policial trató de evadirlos, en virtud de tal actitud procedieron a intervenirle emanándole los comando verbales respectivos, en ese momento trató de evadir la presencia policial e intentaba ingresar a su vivienda, y al sustraerle el objeto que transportaba en su mano izquierda el cual intento traspasárselo a un joven que al parecer es menor de edad, manifestando la [...], que este es su hijo, y al revisar el objeto se encuentra una porción mediana de polvo blanco en el interior de un pequeño recorte de bolsa plástica transparente anudada por la parte superior, la cual se encontraba envuelta en un recorte de papel higiénico, por lo que debido a la presunción que se podría tratar de algún tipo de droga procedieron a coordinar con los agentes de la sección antinarcóticos quienes al efectuarle la prueba en un primer momento dio resultado negativo, posteriormente el agente de turno efectuó una segunda prueba de campo, la cual dio resultado positivo, a droga cocaína, por lo que con base a ese resultado se procede a comunicarle que quedaría detenida... (Sic).

SEGUNDO:” El fallo proferido por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, en lo esencial expresa: "*CONFIRMASE LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA, que condena [...], a DOS AÑOS DE PRISIÓN, reemplazados por Trabajos de Utilidad Pública; por el delito de POSESIÓN Y TENENCIA (de droga), tipificado en el Art. 34 Inc. 1° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas" (sic).*"

En su inicio delimita la Sala de lo Penal los hechos acreditados en el proceso, con la finalidad de contrastarlos con la norma penal sustantiva, a efecto de establecer la corrección del juicio de adecuación típica, que fuera confirmado por la Cámara sentenciadora. Advirtió que el juzgador de primera instancia se limitó a señalar que la plataforma fáctica probada coincidía íntegramente con los hechos acusados por la representación fiscal, y así fue mantenido por el tribunal de apelación.

Sobre los hechos la Sala hace su primera inferencia ingresando en estos que” [...] Es conveniente resaltar que la sindicada intentó ingresar a su residencia por lo que es posible inferir, que se dirigía hacia ésta y no hacia algún otro sitio [...] continua la sala y argumenta que: [...] Aunado a lo anterior, el primer examen de campo que le efectúan a la sustancia incautada dio resultado negativo, y es en un segundo intento que da positivo a cocaína, teniendo la misma un peso total de 1.2 gramos, y dada las circunstancias en que se desarrollan los hechos, la cantidad ínfima de la sustancia y la baja calidad de la misma es que la representación fiscal debía probar que la conducta de la acusada no es autorreferente, sino que se encontraba revestida del ánimo de traficar o promover el consumo de terceras personas [...]; criterio,²³⁸ que la Sala ha mantenido en acopio de la Sentencia de inconstitucionalidad,²³⁹ sobre los supuestos del artículo 34 LERARD.

Los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, en razón de efectuar la línea divisoria entre las conducta que conllevan al tráfico, y lógicamente en las que entra al Estado implementando una sanción penal, y las relativas al consumo, que al no afectar a terceros no requieren de sanción penal; y, como lo refiere la Sala de lo Penal son, en las que la cantidad de droga incautada es un elemento importante, -como parámetro de la Sala Constitucional- más no el único, para efectuar tal distinción sosteniendo que esta distinción es de carácter jurisdiccional.

La Sala de lo Penal hace lo mismo que la Sala Constitucional, es decir, ubica a los dos incisos del Art. 34 de la LERARD, en lo que la doctrina²⁴⁰ hace imperar clasificando los delitos de intención ubicando el delito de posesión y tenencia de drogas para el tráfico.

²³⁸ (Cfr. Sentencia de casación Ref. 291C2013, de fecha 07/04/2014.), en esta sentencia puede precisarse el mismo motivo o criterio utilizado por la Sala de lo Penal.

²³⁹ Inc. 70-2006, dictada el 16-XI-2012.

²⁴⁰ Efectúa una clasificación de los tipos atendiendo a la naturaleza del elemento subjetivo de lo injusto. Así, distingue entre delitos de intención, de tendencia y de expresión, – CERREZO MIR Curso de Derecho penal español, Edit. B de F, Montevideo, 2008, Págs. 429-430

Particularmente como un “delito de resultado cortado” en la medida de la consumación, que se produce cuando el autor realiza el primer acto, es decir la posesión, con el fin de llevar a cabo el segundo la ulterior venta. Distinto a los mismos, son los “delitos mutilados en dos actos” en los que el autor no pretende realizar nada con posterioridad, sino que su pretensión se realizará por la propia acción y resultados típicos.²⁴¹

La Sala de lo Penal en esta sentencia cita literalmente esos parámetros al decir: “los elementos que el juez debe considerar en el caso concreto son los siguientes: (1) el tipo de droga, (2) el grado de pureza; (3) la nocividad- es decir, la distinción entre drogas "blandas" y drogas "duras"; (4) la presentación de la droga; (5) la variedad,(6) la ocupación conjunta de varias sustancias; (7) la forma de ocultación; (8) la condición de drogodependiente o no del poseedor; (9) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (10) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (11) el hallazgo de dinero en cantidad inusuales para la capacidad del procesado; y (12) el lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de droga, entre otros (véase sentencia Sala Constitucional, Inc. 70-2006, de fecha 16/11/2012).”

4.2.3 Nuestras Consideraciones.

Ahora, estos criterios son base para determinar que la cantidad incautada es para autoconsumo, los cuales tienen a su base el principio de presunción de inocencia, señalando que la posesión y tenencia para el auto consumo no es punible, en razón, que es parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad; y, por tanto, está fuera del ámbito del derecho penal. Diremos que estamos frente a un caso de auto-lesión no punible que se engloba dentro del ejercicio de la libertad personal.

Se visualiza que, con la incorporación de estos criterios, se establece una fase que determina la distinción de la tenencia o posesión, de cantidades que tengan la finalidad de consumo, de aquellas que, en esas mismas cantidades, presenten la intención de tráfico; en este momento es notable recordar lo sostenido e incorporado por la Sala de lo Constitucional, en su Inconstitucionalidad. 70-2006, en la que se incluye, el elemento que no está comprendido en los supuestos típicos, de los párrafos primero y segundo del Art. 34

²⁴¹ GOMÉZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, Pág. 239-240

LERARD –aunque sí en el tercero– y es el relativo al “ánimo de traficar”, y acá resalta el concepto de notoria importancia, calificado así por la doctrina²⁴², aunque muestre su no aceptación, lo cierto es que la incorporación del elemento subjetivo adquiere su comprobación valorativa ejercida por el juzgador.

Entonces, si el juzgador omite en su razonamiento, el establecimiento del "ánimo de traficar" como elemento subjetivo del tipo penal exigido en el Art. 34 Inc. 1° LERARD, razonamiento del cual se determina la puesta o no, en peligro de la salud pública de otros, mismo que ha de contener argumentos sólidos que esclarezcan el por qué se considera que la droga incautada era con fines de tráfico, dada la cantidad y la pureza de ésta, lo que resultaría elemento de diferencia, para estar dentro de los elementos objetivos del tipo penal o, la no presencia de estos elementos objetivos y subjetivos de la norma.

A la Sala de lo Penal en esta sentencia en estudio, le bastó el análisis efectuado, por los entes jurisdiccionales involucrados, plasmados en sus motivaciones, que de acuerdo al marco fáctico, relacionado, las pruebas objetivas valoradas, para dar por omitido cumplir o maniobrar razonablemente sobre los parámetros de la Sentencia de la Sala de lo Constitucional, 70-2006, de fecha 16/11/2012, Así lo dispone al decir: “[...] condena sin haber abordado adecuadamente la tipicidad subjetiva y sin explicar tampoco lo referente a la antijuridicidad material, esto es, la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido [...]”

Al ser imperativo la prueba del ánimo de tráfico, este elemento subjetivo, de estar la acción pre-ordenada al tráfico se torna difícil de probar, máxime si solo se dispone del elemento objetivo de la cantidad, así, si nos enfrentamos a una cantidad considerable, nuestra jurisprudencia se basa en la inferencia a efecto de determinar o descartar el ánimo de tráfico, sin embargo, en nuestro derecho comparado utilizan el dolo eventual.²⁴³ Ahora,

²⁴² “El concepto de notoria importancia es sin duda, de índole valorativa, requiriendo de una interpretación judicial en función del bien jurídico protegido. Hay que poner de relieve que el propio tipo legal no ofrece pautas suficientes para garantizar la labor judicial, con lo que ésta en realidad, debe suplir lo que en materia penal es tarea estricta del legislador. Estamos ante un elemento típico rechazable desde la perspectiva de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, dado que delega en el Juez la concreción de los criterios por los que se produce la posibilidad de imponer la agravación”; *El delito de Tráfico de Drogas*, Ana Exposito López, fiscal sustituta, alumna doctorado de la UNED, Num. 10, 2012

²⁴³ *Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo penal, España del 02 de febrero RJ. 1989/1338, ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater*; “se trata de una cuestión relacionada con el elemento volitivo del mismo. El recurrente tuvo conciencia que transportaba droga, y estaba dispuesto a obrar cualquiera que fuere la especie de la misma, razón por la cual obro con dolo eventual”.

para cantidades pequeñas o ínfimas, en nuestro caso, también utilizamos la inferencia fáctica a fin de desvalorar el ánimo de tráfico, por su parte la jurisprudencia comparada²⁴⁴, tiene claro lo relativo al autoconsumo, sobre la base de la debida proporción entre la cantidad y la necesidad del consumo.

Aspecto a relacionar en este acápite, es el relativo a la existencia o no, de algún parámetro de distinción, respecto de cuál cantidad de droga que dentro de un razonamiento adecuado o medido sería la considerada para consumo personal y así diferenciarla de la figura delictiva del tráfico de drogas o, de su comercialización; la ley especial, presenta los parámetros legales de menos de dos gramos, dos gramos, o mayores de dos gramos, sin embargo, la jurisprudencia constitucional salvadoreña, no establece parámetros, dejando abierta la posibilidad que el juzgador pueda razonablemente delimitar esos parámetro, otras legislaciones como la guatemalteca²⁴⁵ se refiere al delito de posesión y tenencia, entendiendo que: “es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal”.

No obstante, esa disposición el legislador, no se atreve a establecer parámetros claros y definidos respecto de la cantidad que debe ser considerada para consumo y sea muy probablemente por las dosis que cada sistema orgánico personal requiera para su mantenimiento, es decir, depende la cantidad del grado de tolerancia de cada persona.

Lo cierto es, que si vale la pena hacer la distinción de la posesión y tenencia, de aquel ilícito que se direcciona su cometimiento a la intención de venta o distribución, hay autores,²⁴⁶ que disponen de esta distinción, en referencia al delito de tráfico diferenciándola de la posesión y tenencia, sin embargo, es la jurisprudencia²⁴⁷ nacional quien trata de esbozar algunos parámetros de distinción claros y determinados, basada en la

²⁴⁴ Sentencia del tribunal supremo español núm. 274/1992, (Sala de lo penal) de 20 de mayo, RJ. 1992/4191, Ponente Excmo. Sr. José augusto de Vega Ruiz: “de otro lado, el autoconsumo puede ser causa o motivo de exculpación cuando se trata de estupefacientes poseídos por el responsable penal, si se guarda la debida proporción entre cantidad y necesidad de consumo

²⁴⁵ Ley contra la Narcoactividad Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala de la siguiente manera: “artículo 39. Posesión para el consumo. Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q 200.00 a Q 10 000.00”.

²⁴⁶ “El concepto de posesión de drogas para traficar es un concepto no civilístico, mucho más amplio, identificable con la mera disponibilidad, cuyo elemento esencial es la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial. El fundamento de este concepto penal de posesión es que es un delito de peligro abstracto”. Molina Pérez, 2005, p. 110

²⁴⁷ Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador; Sentencia de las 14:00 horas de fecha 07/11/02. De acuerdo a jurisprudencia emanada por los Tribunales de Primera y Segunda Instancia, las cantidades a juicio prudencial presumiblemente comerciables debe de exceder de seis gramos para la cocaína y de cincuenta gramos para la marihuana.

jurisprudencia dictada por los Tribunales de Primera y Segunda Instancia, cantidades que son presumiblemente comerciables y que deben de exceder de seis gramos para la cocaína y de cincuenta gramos para la marihuana.

Esto otorga al consumo de uso ocasional, periódico habitual o permanente de la sustancia a que se refiere la LERARD. Otorga a su vez, elementos de análisis e interpretativos, que pueden ser útiles al momento de la aplicación del dispositivo penal, aunado a los elementos subjetivos; encaminados a la intensión del poseedor, que como se ha dicho, en el delito de posesión y tenencia es confuso, que se extiende al elemento básico, hablando específicamente de los sujetos, en este caso se representaría únicamente al sujeto activo, sin que podamos ver la concurrencia de un sujeto pasivo, es decir, no se encuentra alguien, sea persona natural o jurídica que se vea afectada de forma directa como resultado de la comisión de la acción potencialmente delictiva, acción que tampoco afecta al Estado.

Creemos que lo anterior es sustancialmente viable, en cuanto a la especificación que realiza, la Sala de lo Constitucional en su sentencia Inc. 70-2006, en su referencia al derecho de libertad y su clasificación en su faceta interna, individual e íntima que es incoercible y su faceta externa con actitudes y conductas que usen medios lesivos violentos o que pongan en peligro a otros. Sin que se obvие manifestar, que ello es congruente a la teoría denominada, teoría de la acción²⁴⁸, en este caso específicamente, al delito de posesión y tenencia, ya que según esta teoría el elemento más importante del tipo lo constituye la acción que es relacionada con dos aspectos, uno de carácter externo, en él se ve materializada la conducta, es decir, referido al accionar efectivo del sujeto activo al acreditar su acción en las disposiciones del dispositivo penal, y el segundo factor, es el componente de las formas intelectivas, el ánimo o su motivación, el conocimiento y su querer en la voluntad de hacerlo, siendo esto último lo conocido como el dolo.

Por ello, como profesionales del derecho, se nos es dable, e antes de suponer y dar aplicabilidad a la norma, pensar y cuestionar el ordenamiento jurídico, determinar su constitucionalidad, bajo esta perspectiva continuaremos con nuestro análisis de la posesión y tenencia para el consumo, en su clara no afectación al bien jurídico de la salud pública.

²⁴⁸ “El elemento más importante del tipo lo constituye la acción. La aparición externa del hecho que es lo que se describe en el tipo objetivo. En otras palabras, todo aquello que se encuentra situado fuera de la esfera psíquica del autor. La parte subjetiva comprende aquellos elementos que dotan de significación personal la realización del hecho”. Berdugo Gómez de la Torre, 1996, p. 126

Tal como lo estipula la doctrina²⁴⁹ en su diferenciación, en referencia a las conductas merecedoras de la pena; y, es que, para el merecimiento de una pena la conducta, según los supuestos de la doctrina, citando a Muñoz Conde, no existen en el delito de posesión y tenencia, cuando esta se destina al auto-consumo, no existe el desvalor de resultado como se ha dicho en otros apartados, ello induce lógicamente a la no puesta en riesgo del bien jurídico protegido, la salud pública, ya que el resultado es la auto flagelación, por llamarlo de alguna forma.

4.3 Jurisprudencia de Tribunales de Segunda Instancia.

Los planteamientos de la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Penal, son basados en un iter lógico que acompaña la sana crítica, ubicando la defensa de los derechos humanos en su extensión y la aplicabilidad de la mínima intervención del Estado, bajo la aplicación de principios como el de lesividad, de proporcionalidad y la razonabilidad de su aplicación, respecto del consumo de drogas, que corresponde a la ingesta de sustancias o compuestos que poseen la característica de ser químicos o naturales en su aspecto vegetal, los cuales producen aumento en los niveles psicológicos, neurológicos o físicos, que satisfacen los deseos o necesidades, sean estos del subconsciente o de forma consiente, convirtiéndose en conductas autopoiéticas en razón de la tenencia o pertenencia de las sustancias controladas, consideradas bajo el término de drogas, para su uso inmediato en una persona considerada dependiente de esta sustancia.

En razón de lo anterior corresponde visualizar los criterios de la posición jurídico doctrinal de la jurisprudencia de los Tribunales de Segunda Instancia; así presentamos el estudio de la jurisprudencia, sobre la posesión y tenencia de drogas de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Su referencia es:

²⁴⁹ *Desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad son los tres pilares en los que descansa el concepto material del delito en el Derecho Penal positivo. Ellos son los que convierten una conducta en "merecedora de pena" y, por consiguiente, a través de su tipificación en la ley, en delito. "El desvalor de la acción, su especial peligrosidad para los bienes jurídicos es, pues, la primera característica que separa una conducta delictiva, de otra que no lo es. Sólo así se explica que sea impune un incumplimiento contractual de varios millones de pesetas y que se considere como delito, en cambio, un simple hurto o una estafa de mínima cuantía. Muñoz Conde, 2001.*

4.3.1. INC-128-SC-2018 CÁMARA PRIMERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las quince horas siete minutos del once de junio de dos mil dieciocho.

Creemos necesario estipular, que los párrafos de la sentencia se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios, respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional; de igual forma se excluyen los nombres de las partes formales y materiales a efecto de no ser precisos en importancia a este estudio.

Procedente del Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad, [...] instruido contra el imputado C O CSBM, [...] por el delito calificado definitivamente como Posesión y Tenencia, regulado en el inciso 2° del Art. 34 L.R.A.R.D, en perjuicio de la salud pública. Lo anterior, para que se conozca del recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal Licenciado [...] contra la sentencia definitiva condenatoria (3 años de prisión), dictada contra dicho imputado y reemplazada por 144 jornadas de trabajo de utilidad pública.

Se emitió un fallo condenatorio y se pronunció sentencia [...]; fallo que en lo pertinente dice: “I) Declarar culpable y penalmente responsable al señor CSBM por el delito de Posesión y Tenencia -Art. 34 inciso 2° L.R.A.R.D. en perjuicio de La Salud Pública. II) Condenarle e imponerle la pena principal de tres años de prisión. III) Reemplazar dicha pena por trabajo de utilidad pública, equivalente a ciento cuarenta y cuatro jornadas semanales. IV) Se aplica al ahora condenado la pérdida de derechos de ciudadano por igual periodo al de prisión. V) Absuélvase al referido procesado de la responsabilidad civil que pudo deducirse en razón de la presente causa.”

La Cámara en su romano considerandos I, prevé la viabilidad del recurso, respecto de sus requisitos legales y en el romano II, El motivo del recurso, siendo este la “Inobservancia de lo dispuesto en el Art. 34 inciso 3° de L.R.A.R.D. Art. 179 en relación con el Art. 469 CPP, pretendiendo con ello tácitamente, una modificación de la calificación jurídica del delito y la imposición de una condena por dicho ilícito” dándolo por admitido.

En el romano III de la Sentencia la Cámara despliega los hechos que literalmente dicen:

III.- Hechos: A las 18:00 horas del 16 de febrero de 2017, los agentes policiales LADM y TAAA, destacados en la Sub Delegación San Jacinto, realizaban patrullaje preventivo en el Pasaje Cárcamo de la Colonia El Carmen, ubicada en el Barrio La Vega, observaron a cuatro sujetos reunidos: uno de ellos, vestía pantalón negro y tenía una caja de cartón color café de regular tamaño, mientras que dos sujetos: uno con camiseta color negro y pantalón azul y el otro con calzoneta blanca y sin camisa, tenían cada uno una bolsa plástica color negro en su mano derecha; quienes al ver la presencia policial corrieron del lugar, viendo que un sujeto con pantalón negro, centro color blanco y sandalias color negro tomó la caja de cartón, iniciándose una persecución, dándoles alcance a tres individuos como a diez metros de distancia, ordenándoles que pusieran en el suelo lo que portaban. El agente DM procedió a verificar el contenido de la caja de cartón, observando que contiene 04 porciones grandes de material vegetal cada una en el interior de una bolsa plástica color negro; seguidamente procede a verificar el contenido de cada una de las bolsas plásticas color negro, viendo que cada una contenía una porción grande de material vegetal. [...]

Sobre la resolución impugnada la Cámara sostiene:

IV.- Resolución impugnada: “(...) No ha quedado lugar a dudas respecto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Posesión y Tenencia, según lo dispuesto en el Art. 34 inciso 2° L.R.A.R.D., así como de la responsabilidad penal del imputado BM, por las siguientes razones: (...) VI.- La gran cantidad de droga (960.1 gramos) decomisada en poder del señor BM bajo la situación descrita, únicamente indica la ocurrencia de una acción posesoria de droga, no existiendo más posibilidad que la simple y llana especulación de advertir ese ánimo conductual, ya que no hubo prueba que objetivamente indicara algo distinto, so riesgo de incurrir en el ámbito de lo prohibido por el Art. 4 CP (La responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado).”

Sostiene la Cámara: “VIII.- El cambio de calificación jurídica del inciso 2° al inciso 3° del Art. 34 L.R.A.R.D. no fue procedente debido a que si bien es cierto el imputado CSBM tenía bajo su dominio una fuerte cantidad de droga (960.1 gramos de marihuana), con un valor económico también alto (\$1094.50 dólares); de acuerdo con la solicitud fiscal, se estableció el verbo rector de DISTRIBUCION en el sentido que la droga paso de mano en mano. Con las contradicciones antes dichas del testigo DM respecto de la actividad que

dijo haber observado que realizaba cada uno de los cuatro sujetos, contradiciendo los hechos acusados, no se puede tener por establecido de manera automática que se comprobó una distribución; pues lo que quedó acreditado en juicio, es que cada uno de los sujetos al ser observados por el personal policial ya tenían en sus manos, tres de ellos, bolsas plásticas color negro y el acusado BM una caja de cartón; es por ello, que el verbo rector “distribución” no se estableció de manera adecuada.”

En la estructura de la sentencia ---romano VII que contiene las Consideraciones del Tribunal --- en estudio el siguiente apartado corresponde a los criterios utilizados por la Cámara, a efecto de sostener su fallo, --- Confirmando la sentencia definitiva condenatoria pronunciada en carácter unipersonal por el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad contra el imputado CSBM por el delito de Posesión y Tenencia de droga, en perjuicio de la Salud Pública; --- razón que nos permitirá determinar las razones intelectivas y la aplicabilidad de los criterios esgrimidos por la Sala de lo Constitucional, retomados por la Sala de lo Penal, y aplicados de forma excelsa por la Cámara.

Nº 12.- sostiene la Cámara, en este numeral que: En el contexto anterior, debe precisarse que algunas acciones típicas no alcanzan su consumación típica con el desarrollo de la mera conducta, sino que requieren en concreto, que se alcance el resultado establecido en la configuración típica, con lo cual, tal supuesto delictivo, sí constituiría un tipo de resultado, ya que además de la acción del sujeto pasivo, exige el acaecimiento de otro acto o resultado; para el caso, la venta expresada como acto requiere no sólo de la oferta, sino de la compra para alcanzar su perfección típica; si sólo concurre oferta de venta y no compra, el vocablo “vendere” no alcanza su resultado, puesto que la ley no dice “el que intentare vender, o el que ofreciere”, sino el que “vendere.”

Ahora observemos en análisis los criterios valorativos más importantes esgrimidos por la Cámara, en razón de su fallo emitido y si estos configuran, los criterios esbozados con fuerza para todos por la Sala de lo Constitucional.

Criterio Uno: Alegando el apelante “la inobservancia de lo dispuesto en el inciso 3º del Art. 34 L.R.A.R.D., Art. 179 en relación con el Art. 469 CPP,” plantea nuevamente la modificación de la calificación jurídica del delito a Posesión y Tenencia con fines de tráfico; [...] por la gran cantidad de droga decomisada, considerando el apelante que las

actividades de distribución o transferencia de la droga, han sido probadas con la declaración del agente captor.

Criterio Siete: En otras palabras, el más importante de los criterios de diferenciación será el de la ofensividad de la conducta respecto de la forma de ataque hacia el bien jurídico; así, a mayor gravedad de la conducta por la forma de ejecución, los actos devendrán en modalidades de tráfico, cuando alcancen sus ámbitos de perfección; y cuando no los alcancen, la conducta quedara vinculada a los actos de posesión y tenencia según la forma de expresión objetiva y subjetiva que haya desarrollado el autor, en relación a la posesión o tenencia de la droga.

Criterio Ocho: en el contexto anterior, debe precisarse que algunas acciones típicas no alcanzan su consumación típica con el desarrollo de la mera conducta, sino que requieren en concreto que se alcance el resultado establecido en la configuración típica, con lo cual, tal supuesto delictivo sí constituiría un tipo de resultado, ya que además de la acción del sujeto pasivo, exige el acaecimiento de otro acto o resultado; para el caso, la venta expresada como acto requiere no sólo de la oferta, sino de la compra para alcanzar su perfección típica; si sólo concurre oferta de venta y no compra, el vocablo “vendere” no alcanza su resultado, puesto que la ley no dice “el que intentare vender, o el que ofreciere”, sino el que “vendere.”

4.3.2 Nuestras Consideraciones.

Debemos señalar que, la representación fiscal, como fundamento del recurso impugnativo, determina que la cantidad de droga es importante, por ser considerada una gran cantidad, lo que lleva a la cámara a analizar los supuestos del inciso segundo del artículo 34 y de la señalada como inobservada, el Art. 34 inciso 3° en relación con el Art. 33 LERARD, a efecto de determinar si algunos de los verbos rectores del delito de tráfico ilícito de droga se configura o acredita en las pruebas producidas en juicio, ya que de lo contrario, se estaría en una simple tenencia y posesión, esto partiendo de que la Sala de lo Constitucional, ubica a este tipo de posesión con afectación de terceros, la Cámara desarrolla bien, en su iter lógico, lo que la sala determina como la necesidad de establecer el ánimo de traficar, y es que la Sala de lo Constitucional, con esto llega a efectuar un

deslinde para las conductas pre-ordenadas al tráfico, en las que la cantidad de droga incautada es un elemento importante, y como lo establece la cámara también deben diferenciarse las conductas del artículo 33 de LERARD, al no ser concomitantes sino alternativas en su accionar.

Dice la Cámara “debe precisarse que algunas acciones típicas no alcanzan su consumación típica con el desarrollo de la mera conducta, sino que requieren en concreto que se alcance el resultado establecido en la configuración normada, con lo cual, tal supuesto delictivo sí constituiría un tipo de resultado, ya que además de la acción del sujeto pasivo, exige el acaecimiento de otro acto o resultado; para el caso, la venta expresada como acto requiere no sólo de la oferta, sino de la compra para alcanzar su perfección y ser acreditada”; ello porque como hemos visto con anterioridad la Sala Constitucional, incluyó el elemento subjetivo del ánimo de traficar contenido en el inciso tercero, a los incisos o supuestos primero y segundo del art. 34 LERARD; la cantidad de droga como en el presente caso, puede ser grande, para el caso ascendía a 960.1 gramos, lo que per se no significa el ánimo de traficar.

Como hemos visto la posición de la Cámara arguye la necesidad, de incluir otros elementos valorativos, además del elemento cuantitativo, tal cual lo requiere la Sala constitucional en la sentencia Inc. 70-2006-. ya que sin ellos únicamente indica la ocurrencia de una acción posesoria de droga y no existe posibilidad más que la simple y llana especulación de advertir ese ánimo conductual, de poseer, ello porque no existió la prueba que objetivamente indujera a determinar la existencia del ánimo de traficar, por no ser así, la inculpación caería en la aplicabilidad de tener en uso la responsabilidad objetiva, cuya prohibición procesalmente descansa en el desarrollo del principio de inocencia, estos elementos diferenciadores, deben descansar en lo relativo a la droga incautada, lo relativos a su forma de posesión; y, los relativos a su poseedor, circunstancia que pueden comprenderse a través de testimonio.

En el caso que nos ocupa, es observable no solo por el ente que valoró la prueba, sino por la referencia que realiza la Cámara, al determinar el giro de uno de los testigos de cargo, y es que como se ha sostenido, no es viable la aplicación automática de los supuesto que comprendidos en el artículo 34 LRARD, basados únicamente en la cantidad de droga

incautada, de igual forma no es válido, que este elemento cuantitativo fundamente un razonamiento que lleve a una presunción de hecho, en cuanto acreditar al tráfico ilícito se refiere, de ser así, se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia. Es sostenible aclarar que para llegar hasta ese razonamiento, también hemos determinado que es una cuestión eminentemente probatoria y como lo expresa formalmente la Cámara, en su considerando número 16 en el presente caso, “Ignora el Tribunal por qué razón realmente varió su versión al respecto.

Lo anterior en razón, de que no puede existir variabilidad de los hechos, modificando lo esencial de la acusación, esto por la cobertura que ofrece la garantía de congruencia, que estabiliza los hechos al fijarlos, sin que los mismos puedan ser transformados en perjuicio del incoado, observable es la cantidad de droga incautada ya que cierto es, que el incoado bajo su posesión se le encontró e incautó, la cantidad de droga que ascendió a 960.1 gramos de marihuana, con un valor económico de \$1094.50 dólares, cantidad²⁵⁰ que por sí sola no acredita ninguno de los verbos rectores determinados al tráfico ilícito, con lo que el ánimo de traficar tampoco se sustancializa para la penalización de la conducta más allá de la simple posesión y tenencia de droga, para el caso no se acreditó el verbo rector de distribución; y, es que como lo señala la Sala de lo Constitucional, en la referencia 70 – 2006 acumulada. “se requieren tomar en cuenta una diversidad de factores o indicios que determinen la incautación de la droga destinada presumiblemente al tráfico”.

Sobre este análisis en particular debe de aceptarse que, la posición de la Cámara es congruente con el espíritu de la jurisprudencia constitucional, retomada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque no toma únicamente la cuantía para reconocer una presunción de iure en relación al tráfico, sin embargo, no es factible asimismo convertirla en una conducta autopoiética, pero si acreditar el supuesto segundo del artículo 34 LRARD. Así examinando los puntos tratados en esta decisión, finalizamos con un agradable sabor de boca al reconocer que los mismos son acordes con lo promulgado por el alto tribunal salvadoreño.

²⁵⁰ *Queralt Jimenez considera el criterio cuantitativo sumamente “arcaico” –véase su Curso de Derecho penal español, parte especial, Edit. Bosch, 1996, Pág. 801*

4.3.3. Referencia 17-2017. Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente: Santa Ana, a las quince horas del dos de marzo de dos mil dieciocho.

Corresponde continuar con la visualización de los criterios de la posición jurídico doctrinal de la jurisprudencia de los Tribunales de Segunda Instancia; así presentamos el estudio de Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente; como criterio útil de confrontación o verificación sobre la discrepancia o eventualmente coincidencia de los criterios de la Sala de lo Constitucional. Citándola como coincidentes con la Sala de lo Constitucional.

Creemos necesario estipular, que en los párrafos siguientes de la sentencia, igual que en las anteriores se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006-- pronunciada por la Sala de lo Constitucional; de igual forma se excluyen los nombres de las partes formales y materiales a efecto de no ser precisos en importancia a este estudio, de esta instancia---en adelante la Cámara ---.

Este tribunal conoce del recurso de apelación interpuesto por la licenciada [...], en su calidad de agente auxiliar del señor Fiscal General de la República, contra la sentencia definitiva absolutoria pronunciada por el juez del Tribunal Primero de Sentencia de este distrito, [...], en el proceso seguido contra el imputado MEHV por el delito de POSESIÓN Y TENENCIA, Art. 34 inciso 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la salud pública.

Procederemos ahora a realizar el análisis de los criterios de la Cámara utilizados en este Fallo, viabilizando los considerandos emitidos, procedemos:

I.- FALLO DEL JUEZ DEL TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE ESTE DISTRITO.

La parte resolutive de la sentencia impugnada en lo medular expresó: “[...] el Suscrito Juez de Sentencia, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR:--- FALLA:--- A) DECLARASE ABSUELTO al señor MEHV, de generales descritas en el preámbulo de la presente sentencia, por la comisión del delito de POSESIÓN Y TENENCIA previstos en el Art. 34 inc. 2° de La Ley Reguladora de Las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la SALUD PÚBLICA. [...] D) ABSUÉLVASELE

de la Responsabilidad Civil por el tipo de delito ahora finiquitado y de las costas procesales de ley, [...]

II.- MOTIVO ALEGADO Y ADMITIDO EN EL RECURSO.

Inconforme con el fallo transcrito, la fiscal licenciada [...] presentó escrito de apelación, donde invoca un solo motivo, el que fundamenta de la manera siguiente: “... MOTIVO DE FONDO: INOBSERVANCIA Y ERRÓNEA APLICACIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL, EN CUANTO A CUESTIONES DE HECHO O DE DERECHO, ES DECIR LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 34 DE LA LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS, por la no puesta en peligro del bien jurídico protegido LA SALUD PUBLICA [...] El juzgador señala que la acción mostrada por el señor HV, no ha dañado la Salud Publica, porque lo que poseía de droga es para su autoconsumo, elucubrando sobre lo que diariamente consume el mismo y el plazo en que lo hará, [...].

[...] En conclusión el presente motivo se funda, en que el juez resalta que la conducta atribuida al imputado no constituye una afectación al bien jurídico ajeno y sentencia, que por tal razón no se cumplen todos los elementos que componen la estructura del delito, por lo cual, el hecho ilícito atribuido al procesado no es merecedor del reproche penal, en consecuencia, lo absuelve; [...]

III.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA.

El tribunal advirtió: que la finalidad de tráfico debe concurrir en cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, como delito de Posesión y Tenencia; y que este elemento subjetivo, no siempre se desprenderá de las mismas condiciones objetivas y subjetivas en todos los casos, sino variarán según cada hecho en particular. También cabe mencionar, que el delito de Posesión y Tenencia solo será punible en aquellas ocasiones en que se haya probado —sea mediante prueba directa o indiciaria-, que la persona que ostenta la sustancia prohibida, aunque sea en escasa cantidad (menores a dos gramos, o más, pero insignificante a juicio discrecional del juzgador), la tiene para transmitirla a terceros y no para su consumo (Cfr. Sentencia Ref. 291C2013 de fecha 07/04/2014).

Sostiene la Cámara: Ahora bien, en cuanto a la necesidad de que se demuestre la finalidad o destino de la sustancia nociva, conviene enfatizar que, por tratarse de un elemento subjetivo configurativo del tipo penal de Posesión y Tenencia, es una obligación ineludible para la parte acusadora demostrarlo, pues de no probarse directa o indirectamente que la droga se poseía con fines distintos del autoconsumo, el simple comportamiento de poseer una exigua cantidad carecería de relevancia jurídico penal, porque no representaría un peligro para la salud ajena, y por consiguiente, sería innecesaria e injustificada la intervención del poder penal del Estado. De tal manera que, si en el comportamiento falta el resultado dañino para la salud pública, existe una conducta formalmente típica, porque aparece descrita en la norma penal, pero su resultado será irrelevante para el Derecho Penal por falta de lesividad.

Lo anterior, porque el principio de lesividad del bien jurídico regulado en el artículo 3 Pn., prohíbe imponer pena o medida de seguridad si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal; y por otra parte, el principio de responsabilidad penal garantiza que nadie será sancionado si su acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, prohibiendo toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, sin tomar en cuenta la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material al que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto activo.

Dice la Cámara: Por otra parte, podemos concluir que en atención al principio de responsabilidad regulado en el Art. 4 Pn., queda prohibida, toda condena por comportamientos que solo aparecen descritos en la norma penal, sin haberse apreciado la dirección de la voluntad del sujeto activo, es decir, sin tomar en cuenta los elementos subjetivos del tipo penal (dolo, finalidad o intencionalidad); y, siendo, que en el caso en estudio, se ha determinado que no existen pruebas que lleven a concluir, que la conducta atribuida al imputado fue realizada con la intención de transmitir los 4.2 gramos de marihuana a terceras personas.

Su FALLO: confirmase la sentencia definitiva absolutoria pronunciada a favor de MEHV por el delito de POSESIÓN Y TENENCIA, previsto y sancionado en el Art. 34 Inc. 2º de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la salud

pública; declárese ejecutoriada la presente sentencia en cuanto no sea oportunamente recurrida; [...]

Llegado este momento con la estructura de la sentencia, se impone el análisis de la misma, lo que supone extraer de las consideraciones del tribunal, los criterios más importantes utilizados para la motivación y fundamentación de su fallo, cabe entonces citar, la doctrina determinada conceptualmente por Bacigalupo.²⁵¹ Que pone sobre la mesa de discusión que: “la inquietud que genera el problema social del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos alcanza tal intensidad que, con frecuencia, la cuestión criminológica y político-criminal, relega la cuestión meramente jurídico-penal”, en el sentido de la penalización de las conductas que encajan en los dispositivos penales, sin tomar en cuenta la voluntad del actor.

Criterio dos: El delito de Posesión y Tenencia solo será punible en aquellas ocasiones en que se haya probado — sea mediante prueba directa o indiciaria-, que la persona que ostenta la sustancia prohibida, aunque sea en escasa cantidad (menores a dos gramos, o más, pero insignificante a juicio discrecional del juzgador), la tiene para transmitirla a terceros y no para su consumo; extraído de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal.²⁵²

Criterio Tres: el principio de lesividad del bien jurídico, regulado en el artículo 3 Pn., prohíbe imponer pena o medida de seguridad si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal; y, por otra parte, el principio de responsabilidad penal, garantiza que nadie será sancionado si su acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, prohibiendo toda forma de responsabilidad objetiva.

Criterio Cuatro: La conducta atribuida al imputado no --- sin acreditarlo la producción de prueba --- fue realizada con la intención de transmitir los 4.2 gramos de marihuana a terceras personas; por lo que puede inferirse, que la cantidad de droga que poseía al momento de su captura, no se ve latente la puesta en peligro la salud de terceras personas.

²⁵¹ BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Edit. Akal, Madrid, 1991, Pág. 133.

²⁵² Sentencia Ref. 291C2013 de fecha 07/04/2014).

4.3.4 Nuestras Consideraciones.

Estos criterios manejados por la Cámara, se desprenden de la Sentencia de inconstitucionalidad 70-2006-. Iniciando con la afirmación, de que el ánimo de tráfico concurre en cualquiera de las disposiciones o incisos del dispositivo penal que contiene la posesión y tenencia de droga, es decir del artículo 34 LERARD, por lo que, en las tres disposiciones debe descartarse la transferencia a terceros, lo que podrá diferenciar entre el autoconsumo o conductas autoreferentes y las conductas de transmisión a terceros, con lo que el bien jurídico se ve lesionado en una escala considerable, introduciendo la determinación que la cantidad de droga incautada, como elemento objetivo no es per se, la que establece y acredita la configuración del tipo penal, ya que sobre esa valoración deberá existir la diferenciación entre las conductas lesivas y las no lesivas del bien jurídico tutelado.

Por ello, el principio de lesividad del bien jurídico es indispensable concurra en el desvalor de resultado, ya que, si este no transgrede a terceros, la coerción del estado no es legítima. En ese sentido descartar el autoconsumo desde la perspectiva de la real afectación al bien jurídico tutelado es imperativo ya que se contrapone a las finalidades del Estado, ya que, lo que está en discusión es el libre desarrollo de la personalidad, en ese sentido, si no se descarta la autoreferencia en la conducta de la posesión o tenencia de droga, se estaría penalizando el resultado material de la acción otorgándole una relevancia que no posee, por ello la Cámara advierte que la intencionalidad de tráfico, esta debe concurrir en todos los supuestos del delito de posesión y tenencia, de lo contrario, los fundamentos de un derecho garantista, con un proceso constitucionalmente configurado declina su legitimidad.

La constitución de la prueba producida en el juicio (oral y público), directa o indirecta, requiere este dirigida a determinar bajo las reglas de la sana crítica su valoración respecto de la cantidad de droga, --- sea en cantidades mayores o menores a dos gramos --- según las disposiciones del delito de posesión y tenencia, sean poseídas, con el ánimo de transmitirla a terceros. Entenderemos entonces, que la conducta debe estar sujeta a la posibilidad de un juicio, sobre el supuesto de que contradice una norma penal, y esta conducta por el principio de legalidad, debe de estar prohibida en la norma coercitiva penal, para que así pueda afectar al bien jurídico con lo que se tendrá su protección al más alto

nivel. De lo afirmado es fácil concluir, que no podrá buscarse y encontrar un daño a otra persona o afectación de un bien jurídico en ella --- como en la atribución del delito de posesión y tenencia de droga – sin que se excluya la conducta autopoiética, que apareja o implica una autoflagelación, o violencia destructiva si se le quiere llamar así, contra su propio bien, o para el caso contra su propia salud, conducta en la que converge tanto el sujeto activo con el sujeto pasivo.

Por ello la Cámara dice: “el principio de lesividad del bien jurídico regulado en el artículo 3 Pn., prohíbe imponer pena o medida de seguridad, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal; y por otra parte, el principio de responsabilidad penal garantiza, que nadie será sancionado si su acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, prohibiendo toda forma de responsabilidad objetiva”, y nosotros replicamos, en cuanto al desvalor del resultado, en el caso de las conductas autopoiéticas no existe lesión al bien jurídico tutelado, en razón de que la única afección por la acción, singularmente ocurre en la persona que produce la lesión, es decir, con claridad, la persona que posee la droga es la persona que la consume; así la acción que presenta ser desvalorizada y reprochada, es la acción que cuando se ejecuta provoca el afectar bienes jurídicos de terceros.

Ahora continuando con la visualización de los criterios de la posición jurídico doctrinal, de la jurisprudencia de los Tribunales de Sentencia; sobre el parámetro de jurisprudencia comparada a nivel nacional, presentamos el estudio, como criterio útil de confrontación o verificación sobre la discrepancia o eventualmente coincidencia de los criterios de la Sala de lo Constitucional.

4.4. Jurisprudencia Tribunales de Sentencia.

4.4.1 Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, referencia 119-16,

Caso I

Iniciamos el análisis de una de las instancias, con importancia trascendente, denominada, de primera instancia con competencia en materia penal, es decir, los

Tribunales de Sentencia, como cambio orgánico procesal²⁵³, en la que se determina la defensa de los derechos de las personas incoadas de delitos y donde el Estado expone su máxima coercibilidad, penalizando aquellas conductas que transgreden los derechos de terceros, pero de igual forma, instancia en la cual, las garantías procesales bajo los estándares constitucionales y tratados internacionales, son expresadas, en su objetividad, razonabilidad, motivación y fundamentación a efecto de legitimar la sanción penal, misma que requiere en su contexto la humanización, a efecto de lograr, las máximas constitucionales, específicamente las disposiciones contenidas en el artículo 27²⁵⁴ de nuestra constitución.

Iniciamos entonces este acápite, analizando la siguiente sentencia bajo referencia 119-16, emitida por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, a las dieciocho horas con diez minutos del día cuatro de julio dos mil dieciséis -en adelante el Tribunal o el Tribunal Sentenciador- en la cual será determinada la efectiva aplicabilidad de los criterios expresados por la Sala de lo Constitucional, esgrimidos sobre los supuestos de los incisos primero y segundo del art. 34 LERARD, los cuales castigan la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos de semillas, hojas, florecencias, plantas –o parte de ellas– o drogas ilícitas, y a su vez integra el ánimo de tráfico en los tres incisos del artículo citado; todo expuesto en la sentencia dictada en la inconstitucionalidad referencia. 70-2006– de fecha dieciséis de noviembre de dos mil doce.

Los siguientes apartados de la sentencia se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios, respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional, por parte del Tribunal sentenciador; de igual forma se excluyen los nombres de las partes formales y materiales, por no ser precisos en importancia a este estudio.

Sostiene en su resolución el Tribunal:

Los días veintiocho de junio y cuatro de julio del corriente año, se realizó juicio oral y público en la sala de audiencias de este tribunal, contra; R I B. R., procesado mediante expediente judicial registrado con el número 119/16-2, el cual fue iniciado mediante

²⁵³ Creados por Decreto Legislativo No. 260, de fecha 23 de marzo de 1998.

²⁵⁴ [...] El estado organizara los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.

requerimiento fiscal presentado al Juzgado de Cuarto de Paz de esta ciudad, el día ocho de noviembre del año dos mil quince; continuado por el Juzgado Tercero de Instrucción de esta ciudad y concluido por este tribunal; [...] a quien se le atribuye la comisión del delito calificado como POSESIÓN Y TENENCIA, tipificado y sancionado en el artículo 34 Inciso 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la SALUD PUBLICA. El juicio fue realizado en forma unipersonal.

HECHOS SOMETIDOS A CONOCIMIENTO.

Los hechos sometidos a conocimiento fueron planteados en la acusación y admitidos en el Auto de Apertura a Juicio por el juez instructor de la siguiente forma: El día cinco de noviembre del año dos mil quince, agentes policiales se encontraban realizando patrullaje preventivo [...] cuando observan un vehículo Nissan, color azul, placas [...], conducido por una persona del sexo masculino, el cual realizaba movimientos bruscos, por lo que proceden a intervenirlo, identificando al conductor con el nombre de R I B. R., al realizarle una requisita personal por parte del Sargento A. A. S. A., le encuentra en la bolsa delantera derecha del pantalón corto que vestía, un teléfono celular color negro, marca Alcatel One Touch en regular estado, en la bolsa delantera izquierda, la cantidad de sesenta dólares en billetes de diferente denominación, en la bolsa trasera derecha, una cartera de cuerina color café conteniendo documentos personales, en la bolsa trasera izquierda, una porción pequeña de material vegetal en el interior de una bolsa plástica transparente anudada por la parte superior, y una porción mediana de polvo blanco en el interior de una bolsa plástica transparente, anudada por la parte superior; al registrar el vehículo encuentra en el interior de la guantera, un teléfono celular marca Nokia, color negro con blanco en regular estado; por la presunción que podría tratarse de algún tipo de droga, se trasladan a la Sección Antinarcóticos para que el perito de la División Antinarcóticos realice prueba de orientación a las porciones encontradas, procediendo el perito J. P. R. G., a extraer una mínima muestra de cada una de las porciones, obteniendo un resultado positivo con orientación a droga Marihuana, y el polvo blanco, positivo con orientación a droga Cocaína, en razón de dicho resultado, el Sargento S. A. procedió a la detención del señor B. R., a las doce horas con cuarenta minutos, del día mencionado, quedando con la custodia de las evidencias el perito J. P. R. G., para trasladarlas al laboratorio antinarcóticos, el vehículo debidamente encintado con cinta de la División Antinarcóticos, es trasladado al

predio policial conocido como La Chatarrera, ubicado en cantón Papalón, carretera que conduce a Uluazapa.

Sobre la prueba testimonial en la sentencia se determina, que:

- C. A. A. S.. Manifestó [...] el sujeto se conducía en un pick up doble cabina, Hilux, placa [...], le daban vigilancia por el delito de Tráfico Ilícito, [...] observando que el sujeto le entrega dinero y a cambio le entrega objetos que en su opinión eran droga Cocaína, [...] lo llevaron a la delegación, ahí lo identificaron [...] lo detuvieron por el delito de Tráfico Ilícito de Droga, le habían decomisado una porción pequeña de Marihuana y de Cocaína, un teléfono celular, sesenta dólares y el vehículo.

- A. A. S. A. Manifestó [...] que un carro tipo pick up, iba haciendo falsas maniobras y eso les llamó la atención, el vehículo era marca Nissan, placas [...], lo llamaron para realizarle una requisa, luego procedió a requisarlo y le encontró en la bolsa delantera derecha del pantalón, un teléfono celular marca Alcatel color negro y sesenta dólares; en la bolsa trasera derecha del pantalón le encontró una cartera color café, con documentos personales y del carro; en la bolsa trasera izquierda le encontró dos porciones; una porción de material vegetal envuelta en plástico transparente, anudada por la parte superior y una porción mediana de polvo blanco, en una bolsa plástica transparente anudada por la parte superior, la persona fue identificada como [...] le realizó prueba de campo al material vegetal y resultó positiva a droga Marihuana; luego realizó prueba de campo al polvo blanco y resultó positiva a droga Cocaína; [...]

- O. A. G. S. Manifestó que [...] realizó un registro preventivo en esa zona, [...] encontrándole en la bolsa derecha, un teléfono celular, en la bolsa izquierda delantera, sesenta dólares, en la bolsa trasera derecha, una cartera con documentos personales y la tarjeta del vehículo, en la bolsa trasera izquierda, le encontró una porción pequeña de material vegetal y una porción de polvo blanco al parecer Cocaína, el polvo blanco estaba dentro de una bolsa plástica transparente anudada por la parte superior, luego registro el vehículo encontrando en la guantera, un teléfono celular marca Nokia color negro,

2- Sobre la prueba pericial [...] fue incorporada mediante lectura y consistió en: - Experticia química practicada a la droga incautada [...] Concluyendo que: La evidencia N° 1, se trata de droga MARIHUANA, con un peso de 2.3 gramos, los cuales tienen un valor

de \$2.62, [...] La evidencia N°2, se trata de droga COCAÍNA, con un peso de 6.9 gramos, los cuales tienen un valor económico de \$173.47.

3- Sobre la prueba documental, el tribunal dice: fue incorporada mediante lectura y consistió en: [...] Acta de captura y remisión [...] dejan constancia de la detención en flagrancia de [...] y del decomiso efectuado consistente en una porción pequeña de material vegetal al parecer droga Marihuana y una porción mediana de polvo blanco. [...] Formulario de recibo y entrega de evidencias. [...] Diligencias de secuestro de objetos incautados al acusado [...], solicitud y certificación de resolución judicial autorizando ampliación de intervención telefónica para la línea [...] solicitud de ampliación realizada por el Director del Centro de Intervención de las Telecomunicaciones [...], Audios conteniendo las intervenciones de las telecomunicaciones del expediente realizadas [...] No hay autenticidad de voces. - Prueba material. 2.3 gramos de Marihuana y 6.9 gramos de droga Cocaína, incautados al acusado.

Sobre la Prueba de descargo.

A. L. R. A. D. B.. Manifestó que: [...] él es consumidor de drogas, no es vendedor, consume de las dos clases de droga, lo hace desde que vino de Estados Unidos, ya venía con ese vicio, vino hace más de 25 años [...]

- A. R. C. G.. Manifestó que [...] labora en el área de toxicología forense del Instituto de Medicina Legal de esta ciudad, [...] es Licenciada en Química y Farmacia, realizó pericia a R I B. R., la cual ratifica porque tiene su firma, [...] fue sobre consumo de drogas y resultó positiva a metabolitos de Marihuana, la Marihuana permanece en el cuerpo hasta cuarenta días después de la última ingesta, y la Cocaína permanece hasta siete días después de la última ingesta; la evaluación la realizó en orina. [...]

Declaración del acusado [...] Manifestó que acepta que compró la droga, porque es adicto a la Marihuana y Cocaína.

En el considerando V de la sentencia el Tribunal hace la valoración de la prueba: del que se extraen los criterios: de los que se extraerán los más relevantes para el estudio

Primer criterio para la absolución: La prueba producida en juicio permite verificar que el investigado no era el acusado, sino la persona de nombre R. A G./según declaración

de Carlos A. A. y autorización de escuchas telefónicas para el número [...], utilizado por esta persona de nombre Raúl de manera que el acusado R I, no estaba incluido en esa investigación.

Segundo criterio: De manera que al acusado únicamente se le puede atribuir en forma objetiva, haber adquirido las cantidades de droga relacionadas, en la fecha y forma indicadas.

Tercer criterio: Además, el acusado expresó que la droga la había comprado para su consumo, ya que es adicto a las drogas desde hace aproximadamente veinte años, [...], lo anterior se complementa y refuerza con la pericia toxicológica realizada en muestra tomada al acusado, en la cual se confirma la presencia de metabolitos de Marihuana en su cuerpo, [...]

Sexto Criterio: En ese sentido el derecho de libertad, en lo que se refiere a su dimensión interna y personal, configura una faceta íntima que integra un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible, no estando sujeto el fuero interno del individuo a injerencia exterior alguna, al hallarse sustraído al control de los poderes públicos, este derecho de libertad no constituye una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido se incluye la posibilidad de manifestación externa y esta manifestación externa no se circunscribe a la forma oral o escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas.

4.4.2 Nuestras Consideraciones.

De los criterios enunciados es dable afirmar que en este caso concreto, el Tribunal Sentenciador cumple los estándares constitucionales y los criterio emitidos, por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de inconstitucionalidad Inc. 70-2006—, en relación a las conductas autorreferentes y la mínima intervención del Estado en la fase interna del derecho de libre disposición personal, o el derecho de la libertad, el que no admite imposición de penas restrictivas, sin que se produzca la comisión de un delito, sin que tal pena sea necesaria y que no sea excesiva en relación con el carácter lesivo de la conducta. A partir de lo expuesto, podemos determinar la conducta autorreferente del encausado, que

decidió afectar su propio ámbito de salud, con relación al consumo de sustancias estupefacientes, y ello no puede considerarse un hecho relevante a efectos penales.

De Igual forma, la referencia al principio constitucional de lesividad prescribe la necesidad de su valoración ante un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico penal, por ende, es necesario determinar en las conductas el potencial desvalor de acción o de resultado, ya que estos deben quedar fuera del castigo penal, sea por la insignificancia del riesgo o por ser de carácter autorreferentes que no trascienda a terceros²⁵⁵. Así como la modalidad subjetiva, es decir, la concurrencia de dolo o culpa, esto se tomó en cuenta como elemento objetivo.

Creemos que, para complementar la exploración de la sentencia, debemos referirnos a la existencia en el iter lógico de la juzgadora de tres aspectos, conforme a los parámetros expedidos por la Sala de lo Constitucional, en la referencia muchas veces citadas, con la finalidad de efectuar el deslinde, entre las conductas pre-ordenadas al tráfico y las relativas al consumo, y es que, según estas la cantidad de droga incautada es un elemento importante, más no el único para efectuar tal distinción. Tenemos así: los relativos a la droga encontrada; los relativos a su forma de ocupación; y los relativos a su poseedor. Circunstancias necesarias a fin de comprobar el elemento subjetivo del tipo: ánimo de tráfico o, como lo sostiene la Sala de lo Penal,²⁵⁶ citando, literalmente esos parámetros al decir:

“Los elementos que el juez debe considerar en el caso concreto son los siguientes: (1) el tipo de droga, (2) el grado de pureza; (3) la nocividad- es decir, la distinción entre drogas "blandas" y drogas "duras"; (4) la presentación de la droga; (5) la variedad,(6) la ocupación conjunta de varias sustancias; (7) la forma de ocultación; (8) la condición de drogodependiente o no del poseedor; (9) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (10) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (11) el hallazgo de dinero en cantidad inusuales para la capacidad del procesado; y

²⁵⁵ *La libertad es inviolable. No puede, por lo tanto, ser atacado tampoco a través de disposiciones penales. Así pues, no tiene lugar en este caso una ponderación en el caso concreto de los intereses relativos a la protección del derecho fundamental y de los referidos a una intervención penal justa.. Artículo, Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad, en. A.A.V.V. Cuestiones actuales de la teoría del delito, Edit. McGrawhill, Madrid, 1999, Págs. 11-12*

²⁵⁶ *Referencia es 30-C-2016 Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, de las ocho horas del día veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis.*

(12) el lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de droga, entre otros (véase sentencia Sala Constitucional, Inc. 70-2006, de fecha 16/11/2012).”

4.5 Jurisprudencia del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel

Hemos determinado en este acápite, continuar con el análisis de una de la instancia en la que se desarrolla propiamente el enjuiciamiento de todo imputado, llamada la fase de juicio oral y público, en esta ocasión en el contexto del Tribunal de Sentencia objeto de este estudio, a efecto de determinar si en este Tribunal, se consolidan en aplicabilidad los criterios constitucionales, establecidos para el delito de Posesión y Tenencia de droga, en las varias veces invocada sentencia de inconstitucional referencia 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional, en la que se establecen estándares, bajo criterios sobre las conductas autorreferentes o acciones de autoconsumo, denominadas conductas autopoiéticas, establecidos o previstos sobre los supuestos de los incisos primero y segundo del art. 34 LERARD.

4.5.1 Caso I

Iniciamos entonces este párrafo, analizando la siguiente sentencia bajo referencia 08-2018; emitida por el Tribunal Primero de Sentencia; San Miguel -en adelante el Tribunal o el Tribunal sentenciador --, a las diez horas con cuarenta minutos del día siete de febrero del año dos mil dieciocho, en la cual, como se ha referido se determinara la efectiva aplicabilidad de los criterios expresados por la Sala de lo Constitucional, esgrimidos, sobre los supuestos de los incisos primero y segundo del art. 34 LERARD²⁵⁷,

Los siguientes apartados de la sentencia, se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios, respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional por parte del Tribunal sentenciador; de igual forma, se excluyen los nombres de las partes formales y materiales por no ser precisos en importancia a este estudio.

²⁵⁷ *Los cuales castigan la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos de semillas, hojas, florescencias, plantas –o parte de ellas– o drogas ilícitas, y a su vez integra el ánimo de tráfico en los tres incisos del artículo citado; todo expuesto en la sentencia dictada en la inconstitucionalidad referencia. 70-2006– de fecha dieciséis de noviembre de dos mil doce.*

El día veinticuatro de enero del presente año se realizó la Vista Pública, de la causa clasificada en este Tribunal bajo el número de entrada 08/2018, en contra de H M M C, [...] acusado de cometer el delito de POSESION Y TENENCIA ILICITA DE DROGA, previsto y sancionado en el artículo treinta y cuatro inciso segundo de la Ley Reguladora de Actividades Relativas a la Droga, en perjuicio de LA SALUD PÚBLICA.

En los considerandos el Tribunal sostiene:

CONSIDERANDO:

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS SEGÚN LA FISCALÍA. -

Que los hechos ocurrieron según lo planteado en la Acusación Fiscal, así: “El día veintinueve de junio del año dos mil diecisiete, mientras los agentes E M R A, E E J C y M S F C, realizaban patrullaje preventivo sobre la línea férrea [...] observaron a un grupo de sujetos reunidos, quienes al percatarse de la presencia policial optaron por darse a la fuga, por lo que el agente E M R A, logro darle alcance a dos personas del sexo masculino, les mandó los comandos verbales y les manifestó que les realizarían una requisita personal, al efectuarla le encuentra al Señor H M M C, en la bolsa delantera derecha del pantalón que vestía, la cantidad de siete porciones pequeñas de material vegetal, en el interior de pequeños recortes de plástico transparente y cada una de ellas anudadas, también proporcionó voluntariamente un teléfono celular de la marca NYX, el cual tiene un logotipo de Claro, de color negro; y por la presunción que el material vegetal que el imputado transportaba podría tratarse de algún tipo de droga, el agente E M R A, le manifestó al imputado H M M C, que quedaría retenido, los agentes policiales se trasladaron junto al imputado a la Sección Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil de esta ciudad, lugar donde fue practicada la prueba de campo por el agente C A G M, quien recibió las evidencias de manos del agente E M R A, mediante formato de recibo y entrega de evidencias, procediendo en presencia de todos los intervinientes a tomar al azar una de las porciones de material vegetal de la que se sustrajo una mínima cantidad, la cual introduce en un reactivo químico específico a droga marihuana y al entrar en contacto el material incautado con el reactivo dio un resultado positivo con orientación a droga marihuana por lo que se procedió a la aprehensión del imputado, [...]

III- DESCRIPCIÓN DE LA PRUEBA. -

La Fiscalía ofreció Prueba TESTIMONIAL, PERICIAL Y DOCUMENTAL y se recibió en el orden siguiente:

LA DOCUMENTAL, incorporada y reproducida de forma total, conforme la Estipulación Probatoria que acordaron las partes técnicas; de conformidad a los artículos 178 y 372 del Código Procesal Penal, consistente:

a) ACTA DE CAPTURA DE REMISIÓN POLICIAL; b) FORMULARIO DE RECIBO Y ENTREGA DE EVIDENCIA,

Sobre la prueba pericial el Tribunal dice:

LA PERICIAL, incorporada y reproducida de forma total, conforme la Estipulación Probatoria que acordaron las partes técnicas; de conformidad a los artículos 178 y 372 del Código Procesal Penal, consistente:

a) RESULTADO DE LA EXPERTICIA QUÍMICA REALIZADA A LA SUSTANCIA INCAUTADA [...] ANÁLISIS EFECTUADO: Físico y Químico [...] La evidencia analizada, es droga MARIHUANA, conocida científicamente como CANNABIS SATIVA LINNEO,

b) EXAMEN TOXICOLÓGICO PRACTICADO AL IMPUTADO, realizado [...] el resultado de los análisis [...] RESULTADO: NO SE DETECTARON NINGUNA DE LAS SUSTANCIAS.

Sobre la Prueba testimonial el Tribunal sentenciador sostiene:

LA TESTIMONIAL, por medio de la declaración del testigo: E M R A quien dijo: Que [...] un procedimiento [...] observaron unos sujetos, seis de ellos, al verlos corrieron, por lo que les dieron seguimiento, alcanzando a dos de ellos, [...] H M M C, a quien le encontraron siete porciones de material vegetal, y además un celular color negro, marca NYX, color negro, con un logo que decía claro; que se le practico requisita, y fue el declarante quien la hiso; luego se trasladaron a la Delegación, con el fin de que se hicieran la prueba de campo, [...] dio positivo a Droga Marihuana.

En la estructura de la sentencia en estudio el romano VI establece los fundamentos de derechos, sostenidos por el Tribunal Sentenciador, sobre sus contenidos expresa, los dos parámetros consistentes en la detención en flagrancia y la incautación de la droga.

VI- FUNDAMENTOS PROBATORIOS SOBRE LOS HECHOS.

LA EXISTENCIA DEL DELITO DE POSESIÓN ILÍCITA DE DROGA, se estableció con la prueba documental y pericial las cuales fueron detalladas y descrita anteriormente, consistentes en, la existencia del hecho con reproche penal.

a) Con la respectiva acta de captura de remisión policial, [...] En la que se detalla que se procedió a la detención en Flagrancia del imputado H M M C, y del hallazgo de la droga que en ese momento poseía el referido imputado.

b) Con la declaración del testigo, E M R A,[...] efectivamente el procesado es quien poseía la droga incautada. Lo que me da la plena convicción de la existencia del delito de POSESIÓN Y TENENCIA ILÍCITA DE DROGA.

En el romano VII, se determina por parte del ente juzgador lo relativo a la autoría, en la comisión del ilícito penal.

Continua sosteniendo el Tribunal; En este caso el comportamiento realizado por el acusado de poseer sustancias ilícitas, es contrario a derecho, porque transgredió una norma regulada en Artículo Treinta y Cuatro inciso 2° de la Ley Reguladora de las actividades Relativas a las Drogas, que establece la prohibición que no se debe poseer dichas sustancias; al tener en su poder la droga que poseía en su ropa como lo establece el acta de detención, se puso en peligro el bien jurídico Salud Pública, con lo cual no existe duda que la conducta del acusado es antijurídica, además de lo anterior, no se alegó ninguna causa de justificación que volviera lícito su comportamiento.

4.5.2 Nuestras Consideraciones.

En la sentencia en estudio; dos son los criterios que fundamentan o justifican la decisión del Tribunal Sentenciador para establecer los fundamentos de hecho y de derecho los cuales se cimentan en: a) la Captura en flagrancia del imputado y b) la incautación de la droga, la cual según la experticia físico química da como resultado o es constitutiva de

Droga Mariguana, sobre este dispositivo analítico, se establecen por parte del Tribunal Sentenciador los fundamentos de hecho y de derecho, sosteniendo la acreditación de los presupuestos del tipo penal investigado:

Estos razonamientos del Tribunal, descansan en el romano XII y fundamenta lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito, declarando la culpabilidad del acusado, y estableciendo la pena a imponer, disponiendo que, para determinar la pena se tomará como base lo pedido por la fiscalía y los parámetros establecidos en el artículo 63 del Código Penal, [...] relacionando la extensión del daño y el peligro efectivo provocado, en cuanto a los motivos que impulsaron a H M M C, a cometer la acción de posesión y tenencia, no se determinó el autoconsumo, ello debido a que la pericia no dispone de pruebas que respalden dicha circunstancia, en relación a las circunstancias atenuantes o agravantes, no observando el Tribunal, concurrencia de ninguna de las que regula el artículo 29 y 30 del Código Penal, determinando que le es procedente imponer la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN al acusado, la que de conformidad al artículo setenta y cuatro del código penal, se les sustituye por jornadas de trabajo de utilidad pública.

Ahora, al confrontar el iter lógico y fundamentación de la sentencia sobre los hechos puestos a consideración del Tribunal de Sentencia relacionado y los parámetros especificados por la Sala de lo Constitucional de nuestro país, en la cual se desarrollan los criterios a considerar en toda persecución penal, del dispositivo penal enmarcado en el artículo 34 LRARD, en cada uno de los tres supuestos, establecidos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo citado, hemos de determinar que no existe ningún razonamiento, que contenga los estándares constitucionales, de razonamiento a efecto de que se excluya la conducta autorreferente autopoiética del imputado, o persona sometida a juicio ---ya que únicamente la sentencia en todo su análisis, fundamentación y seguimiento de las reglas de la sana crítica se basa en la detención en flagrancia y en la cantidad incautada al declarado culpable y merecedor de la sanción.

La lectura de los extractos de la sentencia, deberá ser recordada a fin de que la exposición o traída a cuenta de los criterios constitucionales, por sí mismos, determinen en el seno de la sentencia su no existencia. Sobre esas ideas dice la Sala de lo Constitucional

en su sentencia ²⁵⁸ que direcciona a tomar en cuenta los principios constitucionales de lesividad del que en este trabajo hemos hablado y por tanto, referimos a ese apartado, al igual que el principio de proporcionalidad, que en su juicio se determina para estos dispositivos penales, sobre si existe o no, respecto de la trascendencia a terceros en razón de la lesividad al bien jurídico protegido, es decir, la trascendencia social del bien jurídico, su lesión o puesta en peligro, así como la proporcionalidad que la pena debe tener, además de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con su imposición.

La aplicabilidad de estos principios, relacionado a las dos esferas que posee el derecho a la libertad, tanto la interna o íntima y exenta de persecución penal, como la externa que daña con sus acciones a terceros, son los parámetros que permiten determinar la frontera, entre las conductas pre-ordenadas al tráfico, y las llamadas conductas autopoiéticas, en las cuales la cantidad de droga incautada es elemento de mucha importancia, pero este, debe de estar en conjunción para con objetividad efectuar esa distinción, sostuvo el fallo,²⁵⁹ y es que simplemente, este criterio diferenciador no se ve explícito ni implícitamente valorado en la sentencia en estudio, como se ha dicho los elementos a tomar en cuenta son “ i) los relativos a la droga encontrada; ii) los relativos a su forma de ocupación; y iii) los relativos a su poseedor. Circunstancias necesarias a fin de comprobar el elemento subjetivo del tipo: ánimo de tráfico”²⁶⁰.

Con estos supuestos jurisdiccionales, basta decir que, los criterios constitucionales, no se vieron examinados por el tribunal Sentenciador en estudio, es complementario a lo anterior recordar que la Sala de lo Constitucional incluyó el elemento subjetivo del ánimo de traficar, en los incisos primero y segundo del artículo 34 LRARD, mismo que se encontraba en el inciso tercero, bajo la perspectiva de la mínima intervención del Estado y del principio de insignificancia, para que, la intelección interpretativa de la cantidad incautada, suponga una presunción de derecho en relación al tráfico, lo que significa que deberá ser excluida del elemento cuantitativo, a fin de distinguir entre la conducta pre

²⁵⁸ *Inc. 70-2006– 16-XI-2012 – la autodeterminación moral implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial, inmune a la coerción externa*

²⁵⁹ *El criterio cuantitativo que se alude en ambos incisos, debe entenderse como un criterio que el Juez ha de tener en cuenta a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre: (i) la posesión para autoconsumo –exenta de pena–; y (ii) la posesión examinada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas.*

²⁶⁰ *Martín Alexander Martínez Osorio, Profesor de Derecho penal y docente del área penal de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” en, Comentarios a la Jurisprudencia Constitucional relacionada con los delitos de narcotráfico.*

ordenada y la conducta autopoiética, ello porque la Sala de lo Constitucional establece con su fallo que la tenencia de droga, exclusivamente para auto-consumo debe considerarse impune, a contrario juicio de resultar preordenada a cualquier actividad de tráfico será punible.

Lógicamente que para arribar a la distinción ofrecida por la Sala de lo Constitucional, y que a su vez pueda determinarse, como lo indica, es una cuestión probatoria, la cual exige la concurrencia de los factores señalados, al igual que los retoma y aplica la Sala de lo Penal, por ello, para esta diferencia entre la acción punible y la que no lo es, se requiere la observancia del aspecto subjetivo, deducido de circunstancias objetivas desarrolladas en el proceso penal y que se encaminan a que el juzgador tenga el conocimiento de la finalidad de la tenencia; pasa también lo anterior por examinar los criterios cuando la droga se encuentra predeterminada al tráfico, como lo sostiene la doctrina.²⁶¹

Por ello, creemos que cuando el Tribunal sentenciador dice: “no se determinó el autoconsumo, ello debido a que la pericia no dispone de pruebas que respalden dicha circunstancia”, deja de lado los criterios pre establecidos por la Sala de lo Constitucional, en el mismo sentido creemos, existen otros elementos que pueden tomarse en cuenta para descartar el autoconsumo, ejemplo de ello sería, si la persona tiene la condición o no de consumidor y por ello, se convierte en poseedor la droga, acreditándose tal calidad y la cantidad que consume; respecto de la distribución de la droga en dosis listas para su presumible venta y que se presente en la forma habitual en que se distribuye en el mercado; que el poseedor de la droga le sea incautado instrumentos para dividir las drogas en dosis, – balanzas, navajas, bolsas de plástico, o que el poseedor tenga en su domicilio visitas continuas.

²⁶¹ La apreciación de la cantidad poseída debe apoyarse también en módulos de carácter cualitativo, entre los que cabe destacar: (a) el grado de pureza de la sustancia estupefaciente –no es lo mismo cien gramos de heroína con una pureza del 3% que cien gramos de la misma sustancia con una pureza del 80%–; (b) la peligrosidad de la sustancia –no es lo mismo, por ejemplo poseer cien gramos de heroína o cocaína que cien gramos de hachís–; (c) las cualidades subjetivas del grado de dependencia y necesidad de droga que ostenta el presunto consumidor, ya que es normal que una persona con un alto grado de toxicomanía precise de mayor cantidad de droga que una persona de reciente iniciación y consumo ocasional

De lo anterior entendemos que el derecho penal únicamente puede y debe intervenir, cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, por ello el principio de proporcionalidad, exige un uso razonable de la pena, sobre todo porque nuestro objetivo, es analizar la forma en que una sentencia es emitida por el ente jurisdiccional, ya que de esta dependerá el contenido final de la misma, bajo la premisa de los elementos objetivos que deberá contener, sin embargo, consideramos de vital importancia, que el contenido de los considerandos y la valoración debe examinar los elementos objetivos y subjetivos del dispositivo penal, y atender a la literalidad de sus supuestos bajo la aplicabilidad de los estándares constitucionales, retomados por la Sala de lo Penal Salvadoreña.

Lo que nos infiere a determinar que el Estado tiene la obligación de impartir justicia de manera imparcial, independiente y objetiva. Por lo que, de cumplirse las anteriores premisas, se podrá justificar el funcionamiento del poder judicial, Así, las resoluciones judiciales, de acuerdo con la doctrina general, legislaciones, y criterios jurisprudenciales, serán justificadas.

4.5.3 Caso II

Iniciamos este segundo caso, analizando la siguiente sentencia bajo referencia 258-2017; emitida por el Tribunal Primero de Sentencia; San Miguel -en adelante el Tribunal o el Tribunal sentenciador-, a las quince horas con cincuenta minutos, del día veinte de marzo de dos mil dieciocho, en la cual como en las anteriores se determinara la efectiva aplicabilidad de los criterios expresados por la Sala de lo Constitucional, esgrimidos sobre los supuestos de los incisos primero y segundo del art. 34 LERARD.

Los siguientes apartados de la sentencia se sintetizarán y de ellos se extraerán los criterios respecto de los cuales determinaremos la aplicabilidad de los criterios de la Inconstitucionalidad 70-2006– pronunciada por la Sala de lo Constitucional por parte del Tribunal sentenciador; de igual forma se excluyen los nombres de las partes formales y materiales a efecto de no ser precisos en importancia a este estudio.

El día veinte de febrero la suscrita jueza de la secretaria de actuaciones, conoció el juicio oral y público de la causa penal con referencia fiscal 234-UEDNASM-5-16,

clasificada en este Tribunal con el número 258/2017, contra J N P R, [...] acusado de cometer el delito de POSESIÓN Y TENENCIA ILÍCITA DE DROGAS, disciplinado en el artículo 34 Inciso segundo de la Ley Reguladora de Actividades en perjuicio de LA SALUD PUBLICA.

Los hechos acusados sostiene el Tribunal son:

HECHOS ACUSADOS

“Como a eso de las diecisiete horas con treinta minutos del día ocho de agosto del presente año, en momentos que elementos de la Sección Antinarcóticos, se encontraban realizando diligencias de investigación, sobre la Calle Principal de la Colonia Brisas del Rio Dos de esta ciudad, observan a una persona del sexo masculino con apariencia de pandillero, quien transportaba sobre su mano derecha una bolsa plástica de color blanco, tipo gabacha se procede a intervenirlo y los elementos de la Sección Antinarcóticos de esta la ciudad, se identifican como miembros de la Policía Nacional Civil le mandan los comandos verbales acatando dicha orden, el Agente J A H la bolsa plástica de color blanco, de forma voluntaria entrego dicha bolsa y el Agente J A H E al verificar dicha bolsa esta contenía la cantidad de noventa porciones pequeñas de material vegetal en el interior de pequeños recortes de plástico transparente y cada una de ellas anudadas, por la presunción que dicho material vegetal se tratará de algún tipo de droga se le manifiesta al señor que sería retenido y se trasladarían a la Sección Antinarcóticos de San Miguel, para realizar prueba de campo; procediendo el Agente J A H E a realizarle la respectiva prueba al material vegetal tomando al azar una porción de los encontradas al señor J N P R, de la cual sustrae una mínima cantidad, introduciéndola en un reactivo químico específico de orientación a droga marihuana, y al entrar en contacto el material vegetal con el reactivo químico, obteniendo un resultado positivo a droga Marihuana, y por el resultado obtenido en las prueba de campo, a eso de las dieciocho horas del día ocho de agosto de dos mil diecisiete, procede el agente J A H E, a comunicarle al señor J N P R, que quedaría detenido.

Sobre los considerandos esgrimidos por el Tribunal se tiene:

La Sentencia describe en su romano III la prueba ofrecida por la fiscalía.

LA DOCUMENTAL, incorporada por medio de su lectura al juicio de conformidad con el artículo trescientos setenta y dos del Código Procesal Penal, consistente:

1) Acta de remisión del imputado, 2) Formularios de recibos y entrega de evidencias

LA PERICIAL, estipulada probatoriamente, consistente en Resultado de la Experticia Química, con un peso de (183.0) ciento ochenta y tres puntos cero gramos, con un valor económico de DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON DOS CENTAVOS -\$ 208.62-, con la cual se puede confeccionar 366 cigarrillos.

Sobre la prueba testimonial se define por parte del Tribunal, en la presentada por la Fiscalía General de la República y por la Defensa Técnica, de igual forma la prueba material.

LA TESTIMONIAL, con la declaración de los testigos:

1) J A H E, quien en síntesis dijo: [...] observan a una persona del sexo masculino con apariencia de pandillero [...] se le realiza una requisita personal en la cual se le encontró una bolsa plástica, con noventa porciones de material vegetal, [...] la cual dio un resultado positivo a droga marihuana, [...]

2) N E H L, quien en síntesis expresó: [...] observaron a una persona sospechosa, por lo que se le interviene, el agente E, le realizó la requisita, encontrándole una bolsa plástica con noventa porciones de material vegetal, [...] dicha prueba dio como resultado positivo a marihuana; ese día estaban realizando patrullaje porque en fechas anteriores les informaron que ahí se vendía droga.

LA PRUEBA MATERIAL, estipulada por las partes, consistente en la droga incautada al imputado al momento de su detención, la cual dio resultado positivo a MARIHUANA, con un peso neto de 183.0 Gramos, con su respectiva hoja de cadena de custodia.

PRUEBA OFRECIDA POR LA DEFENSA

IV. La Defensa ofreció prueba en el orden siguiente:

TESTIMONIAL:

1) S P S M, quien en síntesis expresó: [...] le encontraron porciones de marihuana, la cantidad de noventa porciones, ya que el fuma mucho de tres a cuatro veces al día, [...] de atrás de la casa en el patio, es ahí donde el fuma.

2) L R R, quien en síntesis dijo: [...] fumaban lo que ellos le llaman bacha; nunca ha escuchado que J N venda drogas.

3) A Y P G, quien en síntesis dijo: [...] fuma mucha marihuana; eso lo sabe porque cuando la declarante lava, observa que en el patio sale humo de la casa de N.

LA PERICIAL, incorporada por su lectura al juicio, consistente en:

1. Peritaje psicológico del imputado,
2. Examen toxicológico practicado al imputado,

En el siguiente apartado contenido en el romano VI, el Tribunal Sentenciador, realiza la valoración a efecto de determinar la solución de los incidentes planteados al inicio del juicio y diferidos a resolverse posterior a la producción de la pruebas sobre ello sostiene el Tribunal, de igual forma se presentan los fundamentos probatorios sobre la existencia del delito y la autoría

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

VI.- De la valoración de la prueba anteriormente relacionada en cuanto a la acreditación, existencia y autoría, expreso:

Después de la inmediatez la prueba la Juzgadora valora que la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en la parte de concepto y definiciones hace referencia a TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS, describiendo textualmente: “Para los efectos de esta ley constituye tráfico ilícito de drogas toda actividad no autorizada por autoridad competente relacionada con el cultivo, adquisición, enajenación a cualquier título, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución, suministro y tránsito de las sustancias a que se refiere el artículo 2.”

Hay conductas que no representan actos de tráfico y que, para determinar tal finalidad, es necesario tomar en cuenta otras circunstancias objetivas que rodean el hecho,

como es la cantidad y calidad de la droga incautada, la dirección de la voluntad o fin propuesto por el sujeto activo, que indiquen indicios suficientes de la finalidad de traslado de la droga a terceros, ni llegando a su destino.

El hecho anterior se adecua al tipo penal de POSESIÓN Y TENENCIA, regulado en el artículo 34 inciso 2 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de LA SALUD PUBLICA, debido a que el imputado tenía material vegetal, que según prueba pericial es droga marihuana, con un peso de (183.0) ciento ochenta y tres punto cero gramos, con un valor económico de DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON DOS CENTAVOS -\$ 208.62-, con la cual se puede confeccionar 366 cigarrillos.

El siguiente apartado determina la utilización de los criterios razonados por el Tribunal de Sentencia respecto de la existencia del hecho delictivo y la autoría del imputado en el mismo.

Toda la prueba descrita se complementa entre sí de manera coherente para tener por probada la existencia del delito de POSESIÓN Y TENENCIA, regulada en el artículo 34 inciso 2° de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, así como LA AUTORÍA de J N P R, en el mismo, debido a que se ha probado fehacientemente la tenencia y posesión por parte de este, de la droga marihuana, encontrada por Agentes Policiales, lo cual constituye el delito de posesión y tenencia.

La prueba que no se menciona en esto considerando, es porque no aportan ningún elemento probatorio en la existencia o autoría del delito.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE DESCARGO

El Tribunal sentenciador en su romano VII, establece los fundamentos de derecho y los elementos del tipo penal, anclando las definiciones sobre los elementos del tipo penal, los fundamentos de la tipicidad, los elementos del tipo que debe probarse, en lo relativo a la acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, peligro abstracto al igual que lo relativo a la imputación objetiva; así determina que:

El Tribunal Sentenciador, según la estructura de la sentencia, en su romano VIII, bajo la referencia de que ha dado por declarada la culpabilidad del imputado, fundamentar la dosificación de la pena, realizándolo bajo los considerandos de La extensión del daño y

del peligro efectivo provocados, en relación a la calidad de los motivos que impulsaron al imputado a cometer el hecho, la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho, las circunstancias atenuantes o agravantes, las circunstancias que rodearon al hecho; y, la Pena solicitada por la fiscalía, sobre sus argumentos observamos:

La estructura de la Sentencia nos presenta en los romanos IX, X, XI, ---en su orden -- los fundamentos para la detención, sobre la no imposición de la pena, como lo relativo a las consecuencias civiles.

4.5.4 Nuestras Consideraciones.

Sobre el contenido analítico de esta sentencia, vista en estudio, estipulamos que no se encuentra en ella el razonamiento intelectual, de los criterios sostenidos y establecidos jurisprudencialmente por la Sala de lo Constitucional, referir que el Tribunal Primero de Sentencia del distrito judicial de San Miguel, no contempla en su razonamiento intelectual los criterios esgrimidos y con fuerza de aplicación para todos, -al menos en las sentencias estudiadas- en razón de lo anterior, es consistente aducir y sostener los comentarios realizados en el estudio de la sentencia²⁶² estudiada como caso I. Cuya argumentación es similar, extendiéndola en los parámetros de la conculcación de los principios de seguridad jurídica, soslayando el principio de lesividad del bien jurídico y de proporcionalidad, cubriendo los parámetros objetivos y legítimos para graduar la proporcionalidad que la pena debe tener.

No se encuentra la legitimidad de la condena, cuando no se observan todos los criterios objetivos y subjetivos del dispositivo penal y de la aplicabilidad de los principios, como lo enunciamos, de igual forma, no se altera la presunción de inocencia más allá de ello, se conculca el derecho de libertad de forma subjetiva, sin que haya existido una debida intelección valorativa ya que se trata de observancia de criterios jurisprudenciales, no solo se trata de enumerar visos de ilegitimidad, sino también de inaplicabilidad, como no contar, con la aplicabilidad de los principios de insignificancia, lesividad o antijuridicidad material, pues al no existir puesta en peligro, mínimamente relevante para el bien jurídico protegido,

²⁶² Ref. 08-2018; emitida por el Tribunal Primero de Sentencia; San Miguel a las diez horas con cuarenta minutos del día siete de febrero del año dos mil dieciocho

ni culpabilidad dada la ausencia de reproche social, en una conducta fundada en una disposición personal, la coerción penal del Estado no se legitima, así como lo sostiene la jurisprudencia constitucional, dado que la cantidad de drogas ocupada no es el único criterio.

Como advertimos en los casos ubicados en los dos Tribunales de Sentencia de San Miguel, los elementos de necesaria comprobación procesal o criterios indicados por la Sala de lo Constitucional, en la sentencia tantas veces citada, y sin más a pesar de cantidades pequeñas, se dictan sentencias condenatorias, que harían patente la penalización de conductas autorreferentes o que al menos queda la duda respecto de ello.

Aunque se sabe que no necesariamente porque la cantidad sea pequeña, significa que habrá que presumir que es para autoconsumo o que resulta insignificante penalmente, dado que hay casos, donde se pueden establecer los elementos a los que la Sala hizo referencia, ocupación conjunta de varias drogas, de dinero, en cantidades inusuales, al menudeo, que la droga se encuentre dispuesta en porciones, el lugar de la ocupación, que podría ser propicio para la distribución, la calidad o no de drogodependiente del acusado, su capacidad económica, contrastada con el valor de la droga incautada, la distinción entre drogas blandas o duras, etc., es decir, que si algunos de estos criterios de necesaria comprobación procesal se establecen, junto a una posesión o tenencia de drogas, habrían elementos para colegir que la droga se tenía con la finalidad de transferencia.

4.6 Diversidad de Criterios.

La dogmática jurídico penal²⁶³ “es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales, opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”; ahora y por su referencia al derecho vigente y por sus métodos se diferencia según la doctrina²⁶⁴ “de la historia del derecho penal y del derecho penal comparado, pero también de la política criminal, cuyo objeto no lo constituye el derecho como es, sino como debería ser, en cuanto a una adecuada disposición para sus fines”, denota entonces, que en su mejor expresión conocida como la

²⁶³ "Dogma" es un vocablo griego que significa algo así como "opinión", "disposición", "proposición doctrinal". La dogmática es la ciencia de los dogmas. Sobre el concepto y cometidos de la dogmática Maiwald, 1989, 120.

²⁶⁴ *Idem.*

teoría general del delito, porque mediante se subsumen en los delitos concretos, llega a contener sus supuestos en relación a la acción punible, así en dogmática del derecho penal, se determina que toda conducta que ostente un reproche punible, debe presentar una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Hasta antes de la sentencia dictada el 16-XI-2012 –Inc. 70-2006 acumulada, por la Sala de lo Constitucional, la diversidad de criterios adecuados a la dogmática penal, se centralizaban en las disposiciones absolutas del delito de posesión y tenencia, sin existir un elemento que considerara el derecho de libertad individual, como complemento fundamental del principio de inocencia,²⁶⁵ ni su desarrollo contenido en la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva,²⁶⁶ conocida, como principio de responsabilidad, su epicentro era la posesión o tenencia de una cantidad menor o mayor de droga, por ser delito de carácter meramente de mera actividad, lo que hacía, que ni el ente persecutor del delito, Fiscalía General de la República, ni el juzgador, reparara en la aplicabilidad de elementos externos, ya que bastaba encontrar la droga en posesión de una persona y la cantidad de esta para establecer la penalidad de manera automática.

En un hecho concreto, se le encuentra en su esfera de dominio a una persona sustancia sujeta a control, es decir, de tenencia prohibida y sancionada en la legislación vigente, para el caso, en el art. 34 LERARD. El principio de lesividad, se centraba en la conformación de las categorías básicas de la teoría del delito, fundamentadas en el interés que tiene nuestro derecho penal, en la protección de los bienes jurídicos. Sin la idea básica que para declarar una conducta bajo el reproche penal, no era necesario comprobar su carácter lesivo o que al menos haya puesto en peligro, valores o intereses fundamentales para la sociedad, así, la acción para considerarla típica solamente debía coincidir con una de las descripciones del delito, para la antijuridicidad por regla general lo era junto con la tipicidad, puesto que bastaba incorporar una acción, como la de poseer y tener una cantidad de droga, la cual está prohibida.

Ese indicio no podía ser contradicho, --- hasta la presencia del iter intelectual de la Sala de lo Constitucional en su sentencia de inconstitucionalidad -- con lo que se presenta, no solamente una causa de justificación, sino la legitimidad del derecho de libertad, como

²⁶⁵ Artículo 12 de la Constitución (Asamblea legislativa 1983).

²⁶⁶ Artículo 4 del Código Penal 2011

lo dice la sentencia referida, “libertad de su desarrollo personal,” ámbito en el cual la presencia coercible del Estado no es legítima, entonces, la justificación viene dada por el ordenamiento jurídico integrado, por ello en el razonamiento actual de la jurisprudencia nacional en las diferentes fases del proceso penal --- como se ha visto --- tanto la antijuridicidad formal, como la antijuridicidad material difieren una de la otra; la primera de ellas al desvalorarla por su contrariedad al derecho y la segunda, por lesionar o poner en peligro de lesión a un determinado bien jurídico protegido, siendo esta última, en la que se determina directamente la no lesividad de las conductas autopoiéticas y se impone el principio de lesividad.

Visto lo anterior, la acción de las conductas autoreferentes, no supera el análisis, fases o estadios de la teoría del delito, volviéndose su conducta, típica, pero no antijurídica, y es que la presencia del injusto de posesión y tenencia, debe realizarse desde el punto de vista del daño social causado y para la culpabilidad habrá de valorarse, desde la perspectiva del reproche penal causado, para el caso, de no existir reprochabilidad en la conducta no existe culpabilidad, ya que lo que se pena es precisamente el nivel de daño social causado, como su nivel de reprochabilidad

Es necesario recalcar que, en la posesión y tenencia de droga, la sentencia dictada el 16-XI-2012 –Inc. 70-2006 acumulada, determina la premisa de que el Estado debe asumir la adopción, de una actitud de neutralidad y debe presentar un nivel de tolerancia frente a las perspectivas morales de cada individuo, en lo que se referiré a las conductas autoreferente, mientras su comportamiento no se traduzca en forma concreta en un daño para otro.

Antes de la sentencia, citada en reiteradas ocasiones, lo que se castigaba era “la conducta mostrada por la persona que con un mero dominio y disposición de la sustancia estupefaciente, indistintamente la cantidad, volviéndose intrascendentes si se destinaba al consumo privado”²⁶⁷; siendo válido pensar, que si en ese entonces bastaba el mero dominio, independiente de su cantidad y con la irrelevancia de que fuese para consumo, tampoco se valoraría la finalidad de la posesión y tenencia de la droga, o si esta era para transmitirla a terceros, poniendo potencialmente en peligro la salud ajena, bastaba entonces

²⁶⁷ Sentencia de Casación Referencia 501 - 2008, emitida por la honorable Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el día seis de septiembre del año dos mil diez

una investigación deficiente para lograr la punibilidad de esa conducta; sin embargo, como hemos referido en acápites anteriores y también de una forma reiterada, la Sala de lo Constitucional, hace prevalecer, el principio constitucional de lesividad.

Prescribe el principio de lesividad, la necesidad del resultado material de la conducta al exigir suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico penal, de ahí que, las conductas con un escaso desvalor de acción, o de resultado deben quedar fuera del castigo penal, castigo que se torna ilegítimo por la insignificancia del riesgo que presentan al ser de carácter autopoiéticas, es decir, autorreferentes, que no presentan trascendencia a terceros, así hace trascender la modalidad subjetiva que pudiera mostrar el sujeto activo, ya que en él concurrirían el dolo o la culpa, estableciéndolos en la posesión y tenencia, convirtiéndolos en los parámetros objetivos con legitimidad, lo que lleva ahora al juzgador a dosificar la proporcionalidad del merecimiento de la pena a imponer, al constatar el daño producido.

Para este apartado de análisis jurisprudencial, nuestro objetivo, ha alcanzado analizar la forma en que una sentencia es emitida por el ente jurisdiccional, ya que de esta depender el contenido final de la misma, bajo la premisa de los elementos objetivos que deberá contener, sin embargo, tal como lo hemos observado y enunciado, consideramos de vital importancia, examinar si algunos elementos subjetivos inherentes al Juzgador, pueden contribuir también a dicha resolución, bajo este supuesto, la idea infiere, que factores como la edad, el género, estados de ánimo y experiencias personales, entre otros, constituyen, o hacen verter en la decisión una subjetividad parcial, es decir, la decisión judicial se torna parcialmente subjetiva, al no incorporar los elementos o criterios establecidos jurisprudencialmente por las instancias máximas de expresión jurídica, como la Sala de lo Penal o la misma Sala de lo Constitucional ahora examinada en una de sus sentencias.

Bajo esta razón entendemos, o se sostiene, que el Estado tiene la obligación de impartir justicia de manera imparcial, independiente y objetiva, sin que se soslaye el principio de independencia judicial. Por lo que, de cumplirse las anteriores premisas, se podrá justificar el funcionamiento del poder judicial; en materia penal, que en su proceso culmina como en todas las otras materias con una resolución.

Así es necesario que la objetividad y la imparcialidad del Juez u órgano resolutor, estén bajo los estándares de la normativa internacional, respecto del derecho a la potestad jurisdiccional, en los que existe la obligación de administrarla a través de un tribunal independiente e imparcial. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (artículo 6.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también conocida como Pacto San José (artículos 8.1 y 25), de manera similar, han establecido la obligación de los tribunales de contar con competencia, independencia e imparcialidad al resolver la substanciación de una acusación penal.

Respecto a la independencia judicial, Medina Peñaloza (2009), sostiene con claridad; que la independencia del juzgador debe ser de dos tipos: externa e interna. La primera de ellas es la enlazada con el poder político funcional; mientras que la segunda es la conectada con el juez en relación a su autonomía en su ejercicio de sus funciones, desenlazada de las instancias judiciales superiores, organismos gubernamentales no judiciales, grupos de presión y criterios dogmáticos. Crecimiento, siendo un mecanismo primordial en la administración de justicia, por ello el Estado, establece la idoneidad capacitando a sus agentes u operadores jurisdiccionales, aportándoles medios de crecimiento intelectual y económico, con la finalidad que sus decisiones estén en el marco del orden sociológico, ético-profesional y jurídico, justificando así el *Ius Puniendi*.

CAPÍTULO V:

HALLAZGOS EN LA INVESTIGACIÓN.

5.1 Investigación De Campo

De acuerdo a las características propias de nuestro trabajo, la investigación efectuada se basó en ítems, requiriendo para su composición el trabajo de campo, siendo su universo la sede de los Juzgados de Paz (proyección de 2 jueces a encuestar), Juzgados de Instrucción (proyección de 2 jueces a encuestar), Tribunal de Primero de Sentencia todos de la ciudad de San Miguel; con excepción de algunos quienes escudados en el distanciamiento, promovido y efectuado según protocolo de reapertura de Cuarentena por la pandemia COVID 19, Fiscales, de la Fiscalía General de la República (con proyección de 4); defensores particulares (proyección 3) defensores públicos de la Procuraduría General de la República (proyección 1) misma que tiene la característica de ser evidente y notoria, por lo que no requiere acreditación, que afecta a la población mundial omitieron verter opinión sobre la encuesta realizada.

El detalle de los Juzgados de Paz encuestados responde a:

Juzgado Primero de Paz, del Distrito Judicial de San Miguel

Juzgado Segundo de Paz, del Distrito Judicial de San Miguel

El detalle de los Juzgados de Instrucción encuestados responde a:

Juzgado Primero de Instrucción, del Distrito Judicial de San Miguel

Juzgado Segundo de Instrucción, del Distrito Judicial de San Miguel

El detalle del Tribunal Primero de Sentencia, responde a dos encuestados

5.2 Método y Técnicas de Realización

En razón del distanciamiento, promovido y efectuado según protocolo de enfrentamiento durante la cuarentena estatal y la reapertura por la pandemia COVID 19. Por decretos otorgados por el Órgano legislativo y decretos otorgados por el Órgano ejecutivo, Misma que tiene la característica de ser evidente y notoria, por lo que no requiere acreditación al afectar a la población mundial. Se recurrió a plataformas virtuales.

5.3 Tipo de Investigación

La trayectoria progresiva de la investigación, se vio minimizada por el Plan para el Retorno del Personal a las Labores Institucionales del Órgano Judicial- Corte Suprema de Justicia, --- Junio 2020 --- así como las modalidades de trabajo, posteriores a la cuarentena nacional por la pandemia COVID 19. Las cuales discrecionalmente algunos jueces establecieron, el distanciamiento social, no permitiendo las entrevistas a cabalidad y con el nivel esperado por los investigadores de esta tesis, de igual forma en su carácter cuantitativo ya que se tuvo que, minimizar el número de encuestados, al igual que en su contenido, tornando la investigación en bibliográfica, de campo y descriptiva.

El Dr. Mario Zetino Duarte, en alusión a la investigación descriptiva señala que: “esta trata de describir cómo se presenta el fenómeno social en estudio, en sus formas, modalidades, magnitudes, características, estructuras, cambios y relación con otros hechos²⁶⁸”. Enmarcamos esta investigación como descriptiva, precisamente, porque describió y ponderó los criterios de los jueces que ejercen jurisdicción penal en nuestro país, --- de forma general para los Juzgados de Paz e Instrucción y específicamente en el Tribunal Primero de Sentencia, todos de la ciudad de San Miguel, defensores particulares y público como fiscales --- en relación al tratamiento de los criterios o parámetro delimitador de la Sala de lo Constitucional, en los supuestos del artículo 34 de la LRARD, esbozados en la sentencia de inconstitucionalidad referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce.

Calificamos de campo la investigación desarrollada ya que ésta en su ejercicio fue realizada en la circunscripción real de donde surgen los datos, es decir, en el lugar donde

²⁶⁸ Zetino Duarte, Mario, *Maestría en Psicología Comunitaria*, UCA, 2006, (sin más información debido al texto utilizado).

nace la información de primera mano proveniente de la observación mediante encuestas, con el objeto de obtener opiniones y reflexiones en el contacto directo con los Juzgado de Paz, Instrucción y Tribunal Primero de Sentencia, de la Ciudad de San Miguel.

Hayman, Jhon L. al hablar de la investigación de campo la define; “Es la realización fuera del laboratorio, en el ámbito real donde ocurren los acontecimientos”²⁶⁹.

En esa dirección calificamos la investigación desarrollada, de ser bibliográfica, en el sentido de la inclusión de análisis de la jurisprudencia relacionada, con la aplicabilidad de los criterios otorgados por la Sala de lo Constitucional, respecto del autoconsumo o conductas autopoiéticas como circunstancia proveniente del ilícito penal, de posesión y tenencia de drogas, al igual que obras (de las señaladas en la bibliografía) relacionadas con el tópico de la investigación.

5.4 Población y Muestra

5.4.1 Población o Universo

Sobre la definición de la población, Hayman Jhon L., sostiene que; “son todos los elementos, gente, acontecimientos, situaciones, etc., en relación con los cuales se diseña un estudio investigativo para que produzca información”²⁷⁰.

En torno a este tópico, la investigación (universo encuestado) se integró por los Juzgados de Paz, de Instrucción y Jueces de Sentencia ya relacionados, respecto de la aplicación de los criterios observados por la Sala de lo Constitucional, desarrollados y citados a lo largo de la presente investigación, sin obviar el respaldo de las visitas de experimentación y observación (jurisprudencia).

5.4.2 Muestra

Tomando como referencia la población o universo conformado por los Juzgados de Paz, Instrucción y Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel ya relacionados, limitándonos a tomar como muestra un Juzgado de Paz y uno de Instrucción y dos Jueces del Tribunal de Sentencia.

²⁶⁹ Hayman, Jhon L., *Investigación y Educación*, Edit. Paidós, Buenos Aires, Argentina.

²⁷⁰ Hayman, Jhon L., *Investigación y Educación*, cit.

De acuerdo al criterio del tratadista Ander Ezequiel, nos define la muestra cómo; “El conjunto de operaciones que se realizan para estudiar, la distribución de determinados caracteres, en la totalidad de una población”. Por lo que, consideramos la relevante importancia de las técnicas de muestreo en la investigación, ya que no se puede investigar, en la mayoría de los casos, a toda la población o universo, pues ello elevaría los costos del estudio en la fase de aplicación de los instrumentos y el procesamiento de la información. Además de ello, es de considerar que ciertos aspectos se indague incompletos, o sin la debida profundidad por falta de acceso.

5.5 Método Técnicas e Instrumentos.

5.5.1 Método

De acuerdo al uso de la etimología, la palabra método encuentra su raíz griega en meta y odos, donde meta es concebida como: hacia, a lo largo; y odos concebido en los términos de: camino, lo cual en su unidad significa que; el método es el camino hacia algo.

De acuerdo a la Doctora Guillermina Baena Paz, circunscribe al método como: “El procedimiento o serie de pasos que nos llevan a la obtención del conocimiento sistematizado”²⁷¹.

En la evolución de nuestra investigación, utilizamos el método científico el cual permite su adaptación a las ciencias sociales y como consecuencia expresa, a las ciencias jurídicas. Este método nos permitió especificar la naturaleza o características del problema.

5.5.2 Técnicas

En relación a la finalidad del presente trabajo seguimos la definición de técnica otorgada por Napoleón Chow quien la define: “Como procedimiento y medio que hagan operativo los métodos”²⁷².

²⁷¹ Baena Paz, Guillermina, *Instrumentos de Investigación, Manual para elaborar trabajos de investigación y tesis profesionales*, Edit. Editores Mexicanos, S.A., México D:F., 1982.

²⁷² Chow, Napoleón, *Técnicas de Investigación Social*, Introducción y Selección de Napoleón Chow, Educa, Editorial Centroamericana, 2ª. Ed. 1977.

Para la realización de la investigación utilizamos la técnica de investigación de campo, denominada encuesta, la cual se destinó a obtener datos de una población determinada (Juzgados de Paz, Instrucción y Tribunal Primero de Sentencia) para conocer una situación mediante un conjunto de preguntas (cuyo objeto determinó conocer los criterios otorgados por la Sala de lo Constitucional respecto del artículo 34 LRARD, en cuanto a las conductas autorreferentes son aplicados, en un instrumento denominado cuestionario. Realizándose vía telefónica por las limitantes minimizada por el Plan para el Retorno del Personal a las Labores Institucionales del Órgano Judicial- Corte Suprema de Justicia, --- Junio 2020 --- posteriores a la cuarentena nacional por la pandemia COVID 19. Se realizó de forma anónima ya que más que el nombre, resulta de mayor interés las respuestas u opiniones, según los objetivos del presente trabajo.

5.5.3 Instrumentos

Como se ha mencionado, el instrumento empleado en la investigación de campo, fue el cuestionario, el cual lo concebimos como un listado de preguntas cerradas, con oportunidad de explicación por parte de los encuestados, mediante las cuales se obtuvo información determinada por los objetivos, o partiendo de los indicadores de los criterios conocidos.

5.6 Tabulación y Procesamiento de la Información Obtenida por Juzgados de Paz Instrucción y Tribunal Primero de Sentencia

1) ¿El criterio cuantitativo dispuesto en el artículo 34 de LERARD, es suficiente para derivar con ello la acción típica, antijurídica y culpable, en el delito de posesión y tenencia?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	0	0.0%
NO	6	100%
TOTAL	6	100%

Comentarios realizados:

1. No, se requiere de otros elementos objetivos como la pericia de exclusión de drogodependencia
2. La Defensa pocas veces requiere desde el inicio del proceso, se realice la prueba toxicológica

CONSIDERANDO I

Advierte la Sala de lo constitucional que las aplicaciones de la posesión y tenencia contempladas en los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD, requerirá a partir de una valoración integral de los hechos, y de un análisis que no debe atender exclusivamente a la cantidad de gramos, sino a la confluencia de varios criterios, los cuales deben plasmarse en la motivación de la decisión judicial,

2) ¿El derecho a la libertad individual en su fase interna individual e íntima, como ámbito ilimitado; puede constituirse como parámetro de control personal, en el delito de posesión y tenencia, regulado en el artículo 34 LERARD?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	6	100%
NO	0	0.0%
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1. Los jueces coinciden, en que es un presupuesto posible, sin embargo, determinan que la prueba, a efecto de acreditar ese parámetro, requiere de mayor esfuerzo

CONSIDERANDO II

La Sala de lo Constitucional, en la sentencia 76 – 2012 refiere. [...] la irrelevancia jurídica de las actitudes, conductas, posiciones morales o –incluso– el pensamiento lo es tan sólo a los efectos de poder integrar una circunstancia, a la que el ordenamiento jurídico anude consecuencias desfavorables, pero no implica que la visión del mundo y la libertad general sean bienes desprovistos de protección jurídica, sino que, al contrario, constitucionalmente se encuentra garantizado, el no poder ser condenado o sancionado, sino por acción u omisión [...] Sobre la autodeterminación moral sostiene; [...] la autodeterminación moral implica, que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida, y reconoce un espacio sustancial inmune a la coerción externa proveniente de otras voluntades [...].

- 3) ¿Se acredita la presencia de conductas autorreferentes o autopoieticas, en la jurisprudencia nacional?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	0	0.0%
NO	6	100%
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1. La representación fiscal, no establece medio probatorio dirigido a determinar conductas autorreferentes, ello se realiza valorando integralmente la prueba, y por medio de inferencias.

CONSIDERANDO III

Entre los aspectos comentados de la constitucionalidad decretada, -- más que todo en sus criterios esbozados -- correspondientes a los supuestos del artículo 34 LERARD, uno de los criterios, sino el principal, es el relacionado a que constitucionalmente no es procedente aplicar de forma literal y automática lo dispuesto en la norma citada, considerando únicamente a la cantidad de la droga o sustancia controlada incautada, sino a los criterios resultantes de esa sentencia, con el fin de garantizar, el principio constitucional de presunción de inocencia, concluye la sentencia de esta forma respecto de la proscripción de las intromisiones del Estado, en torno a las conductas autorreferentes, y que estas se encuentran fuera del espacio de aplicación de la ley penal,

- 4) ¿puede efectuarse el deslinde entre las conductas pre-ordenadas al tráfico –punibles– y las relativas al consumo –impunes– en las que la cantidad de droga incautada es un elemento importante?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	6	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1. Valorativamente sí, no solamente por la cantidad de droga incautada, sino por, las características personales del justiciable, y las propias en relación al uso de la droga

CONSIDERANDO IV

La posibilidad de realizar una interpretación bajo los estándares constitucionales, en el que se vea configurado el respeto a la libertad de los ciudadanos, (el auto consumo) y el derecho a la salud pública, es viable y sustancialmente legítima.

- 5) ¿El elemento o cantidad de droga incautada, junto con la pericia técnica extendida por el laboratorio científico de la Policía Nacional Civil, son suficientes para determinar el ánimo de tráfico en los incisos 1 y 2 del artículo 34 LERARD?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	1	16.67%
NO	5	83.33%
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1. Si, por ser elementos objetivos probatorios
2. No, porque se requiere de otros elementos propios del uso de la droga y características que rodeen ese uso, como la existencia de dinero, material de empaque, y medios de transporte

CONSIDERANDO V

La aplicabilidad de los principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad, determinan en su funcionabilidad las conductas de escaso valor, tanto de acción como de resultado, quedando descartadas de la punibilidad del Estado, al ser la lesión provocada en el bien jurídico de carácter insignificante, lo que a la postre infiere que el sacrificio en el titular del derecho fundamental intervenido, es innecesario o desproporcionado.

Sostenemos que dentro de los elementos que el juez debe considerar en el caso concreto están: (1) el tipo de drogas; (2) el grado de pureza; (3) la nocividad –es decir, la distinción entre drogas “blandas” y drogas “duras”–; (4) la presentación de la droga; (5) la variedad; (6) la ocupación conjunta de varias sustancias; (7) la forma de ocultación; (8) la condición de drogodependiente o no del poseedor; (9) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (10) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (11) el hallazgo de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado; y (12) el lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.

6) ¿Se aplican los criterios objetivos, subjetivos y personales, dados por la Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad, 70-2006 del 16-XI-2012; incluyendo las esferas psicológicas y emocionales, de dependencia del justiciable ante el consumo de drogas?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	1	16.67%
NO	5	83.33%
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1.- No, porque ni la defensa ni la fiscalía, generan en este rubro algún tipo de prueba

2.- Si, dependerá de la valoración integral de la prueba producida en juicio

CONSIDERANDO VI

La Sala de lo Constitucional, incluyó un elemento subjetivo no comprendido en la redacción de los supuestos típicos, comprendidos en los párrafos primero y segundo del art. 34 LERARD; elemento que, sí se encuentra en el inciso tercero, el relativo al “ánimo de traficar”. Por ser de carácter interno se reputa subjetivo, que junto a los objetivos dentro de un caso concreto deberá ser valorado

7) ¿Concurren debilidades o apreciaciones subjetivas de los operadores judiciales, en la implementación de los criterios de la jurisprudencia constitucional, en relación a las conductas autopoieticas?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	0	0 %
NO	6	100 %
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1. Los jueces coinciden en este ítems, en que, solamente las pruebas son valoradas excluyendo apreciaciones subjetivas

CONSIDERANDO VII

Consideramos lógicamente y dentro del marco del proceso constitucionalmente configurado, que no deberá existir dentro del marco valorativo, la presencia debilidades o apreciaciones subjetivas de los operadores judiciales, en la implementación de los criterios de la jurisprudencia constitucional, bajo ninguna circunstancia

8.- ¿Los criterios esbozados presentan viabilidad para las salidas alternas del proceso penal, como El Procedimiento Abreviado, La suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba, los Sobreseimientos Provisionales y/o Definitivos, o varían en la aplicación de los criterios?

Posición alterna	Coincidentes	Porcentaje
SI	0	0 %
NO	6	100 %
TOTAL	6	100%

Comentarios Realizados:

1.- Coinciden las respuestas en relación al cuidado del juzgador, de observar el proceso constitucionalmente configurado, hacer valer el debido proceso y no varían la aplicación de los criterios

CONSIDERANDO VIII

Es dable dar a conocer que nuestra posición en coincidencia con la respuesta de los jueces, lleva implícita que la incorporación de los criterios otorgados por la Sala de lo Constitucional no debe de variar al aplicar las salidas alternas del proceso penal, como La suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba o, al aplicar la simplificación del proceso penal por medio del Procedimiento Abreviado o, los Sobreseimientos Provisionales y/o Definitivos, ya que todas estas deberán guardar su funcionalidad objetiva respecto de la valoración de las pruebas en cada caso en concreto.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1 Conclusiones

Habiendo consumado la presente investigación, a través de la cual se aspira a determinar, si se aplican jurisdiccionalmente los criterios establecidos con carácter erga omnes, extraídos de la sentencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, establecidos por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y para esos efectos consideramos necesario plantear las siguientes conclusiones:

- En relación a la hipótesis planteada al inicio de esta investigación, siendo esta ¿La Inaplicabilidad de los criterios cualitativos de la Sala de lo Constitucional, vulnera el principio de Inocencia?; a efecto de determinar los “Factores que influyen en la valoración probatoria del delito de posesión y tenencia de droga, en el Tribunal Primero de Sentencia de la Ciudad de San Miguel en los años 2016 al 2019.”
- Se tiene la hipótesis por cumplida, por no considerar el Tribunal referido, dar aplicabilidad procesal a los factores o criterios de la Sala de lo Constitucional, respecto de determinar el ánimo de tráfico, o conducta pre-ordenada en los supuestos de los incisos primero y segundo del artículo 34 LERARD, por no considerar estos criterios con carácter erga omnes, en la valoración probatoria del delito de posesión y tenencia de droga.
- Las dos sentencias del Tribunal Primero de Sentencia de la Ciudad de San Miguel, a las que se tuvo acceso para su análisis, en ellas, no existe aplicabilidad de los criterios expuestos por la Sala de lo Constitucional, en su inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007. Vulnerando así el principio de Inocencia. Al no aplicar los criterios cualitativos, expuestos en la sentencia de inconstitucionalidad. Lo anterior en virtud de que la jurisprudencia, que es objeto de la presente investigación, misma que proviene del Tribunal de Sentencia de San Miguel, en el

periodo comprendido de enero a diciembre de dos mil dieciséis al dos mil diecinueve, exhibe claramente, que no se materializan en la práctica los criterios jurisprudenciales de la sala de lo constitucional en los delitos tipificados como posesión y tenencia.

- Del análisis de los extractos de las sentencias observadas, y recordados o traídos a cuenta los criterios constitucionales, por sí mismas determinan su ausencia en el seno de las dos Sentencias del Tribunal Primero de Sentencia de la Ciudad de San Miguel, también es de recordar, el efecto de obligación general u erga homines que presentan las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sin considerar esos elementos conculcadores del principio de independencia, sino como orientadores de los criterios a utilizar en la valoración de pruebas en cada caso en concreto.
- Sobre esas ideas la Sala de lo Constitucional en su sentencia, toma en cuenta los principios constitucionales de lesividad, del que en este trabajo hemos hablado y por tanto, referimos a ese apartado, al igual que el principio de proporcionalidad que en su juicio se determina para estos dispositivos penales, si existe o no, respecto de la trascendencia a terceros en razón de la lesividad al bien jurídico protegido, es decir, la trascendencia social del bien jurídico, su lesión o puesta en peligro, así como la proporcionalidad que la pena debe tener, además de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con su imposición.
- La aplicabilidad de estos principios, relacionado a las dos esferas que posee el derecho a la libertad tanto la interna, íntima y exenta de persecución penal, como la externa que daña con sus acciones a terceros, son los parámetros que permiten determinar la frontera entre las conductas pre-ordenadas al tráfico, y las llamadas conductas autopoiéticas, en las cuales la cantidad de droga incautada, no es elemento único a valorar, pero este mismo elemento debe de estar en conjunción objetiva con otros elementos de convicción, para efectuar esa distinción, y es que simplemente este criterio diferenciador, el que se observa explícito en su valoración en las sentencias

estudiadas, estos elementos a tomar en cuenta son “ i) los relativos a la droga encontrada; ii) los relativos a su forma de ocupación; y iii) los relativos a su poseedor. Circunstancias necesarias a fin de comprobar el elemento subjetivo del tipo: ánimo de tráfico”.

- Bajo este pensamiento y a efecto de las resultas del caso de la hipótesis el examen obtuvo mayor viabilidad al determinar que los elementos que no deben dejar de existir, en el sentido que el juez debe considerar en el caso concreto según los estipula la jurisprudencia, constitucional y la jurisprudencia de la Sala de lo Penal retomados de la primera, como lo hacen algunas cámaras de Segunda Instancia siendo los siguientes: “(1) el tipo de droga, (2) el grado de pureza; (3) la nocividad- es decir, la distinción entre drogas "blandas" y drogas "duras"; (4) la presentación de la droga; (5) la variedad,(6) la ocupación conjunta de varias sustancias; (7) la forma de ocultación; (8) la condición de drogodependiente o no del poseedor; (9) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (10) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (11) el hallazgo de dinero en cantidad inusuales para la capacidad del procesado; y (12) el lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de droga, entre otros.”
- Estos supuestos jurisdiccionales, basta decir que, no se vieron examinados por el tribunal Sentenciador en estudio, es complementario a lo anterior recordar que la Sala de lo Constitucional incluyó el elemento subjetivo del ánimo de traficar, en los incisos primero y segundo del artículo 34 LRARD, mismo que se encontraba en el inciso tercero, bajo la perspectiva de la mínima intervención del Estado y del principio de insignificancia.
- Se observó una clara falta de uniformidad en la aplicación de los criterios, que se traduce en la tipificación de conductas similares, en tipos penales distintos en atención a los elementos, que se han tenido por sentados, para la adecuación de la conducta del sujeto activo con uno u otro tipo penal, a un cuadro fáctico concreto.

- Lo anterior se traduce, en vulneración de derechos de rango constitucional que pueden resultar en responsabilidades internacionales. Es necesario entonces generar cambio en la aplicabilidad de los criterios técnicos, científicos, pero sobre todo criterios objetivos que permitan hacer un deslinde entre las facultades del poder punitivo del Estado, ejercido coercitivamente a través del Derecho Penal y las libertades personalísimas, como los ámbitos que si bien es cierto no están exentos del control punitivo, son consideradas irrelevantes, por formar parte del núcleo duro de libertades individuales, siempre y cuando, esta sea incapaz por sí misma, de poner siquiera en peligro los bienes jurídicos de terceras personas.
- Como parte del desarrollo de la investigación, se hace mención el desarrollo que ha tenido el Derecho Penal en la historia de los Estados contemporáneos y se observa la gran influencia que ha tenido en las legislaciones occidentales, el potenciamiento de las llamadas libertades individuales, como justificación para legitimar sus políticas públicas. Lo anterior repercute no solo en el desarrollo del Derecho Penal como ciencia, sino también con el desarrollo de otras ciencias, como la criminología, sociología, economía, la medicina y otras ciencias que paralelamente ponderan las mismas libertades por sobre otros valores más tradicionales, que vemos con atención, como son parte de ese cambio.
- El aporte de esta investigación entonces a la sociedad, no se limita a la recopilación de información general ni a la toma de una muestra de los expedientes objeto de estudio, durante la investigación, sino trasciende y pone en evidencia el enorme reto que representa el adoptar los criterios normativos, de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Materia de Salud Pública en un país constitucional de derecho, estos criterios exigen de los operadores de justicia implementar y valorar, extendiendo sus propios criterios doctrinales.

6.2 Recomendaciones.

• A la Asamblea Legislativa.-

En la Constitución, Tratados Internacionales y en las leyes secundarias existen las salvaguardas para tutelar los intereses colectivos y difusos en el enjuiciamiento de los delitos, por lo que, la libertad de configuración deberá de regirse, guardando el principio de intervención mínima del poder del Estado, a efecto de no vulnerar la esfera interna de los justiciables, es necesario hacer ciertas reformas en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, específicamente a su artículo 34 incisos primero y segundo, estableciendo con claridad el no pasar la línea entre las conductas autoreferente o auto poieticas, y las conductas que dañan a terceros., incluyendo en estos incisos claramente el dolo cuando las cantidades iguales, menores o mayores a dos gramos de droga en sus diferentes denominaciones estén pre-ordenadas al tráfico.

• A la Fiscalía General de la Republica.-

Una recomendación que consideramos válida para el ente encargado de la investigación del delito, es decir, a la Fiscalía General de la República, que lo es, por mandato constitucional --- atc. 193 No. 3 Cn --- es realizar dentro de su política criminal una debida investigación bajo los estándares no institucionales, sino bajo los parámetros jurisdiccionales o criterios emanados por la jurisprudencia salvadoreña, sin soslayar su independencia funcional institucional.

• Al Órgano jurisdiccional en materia penal, Magistrados y Jueces de la República.-

Plenamente conscientes de la complejidad que implica la función constitucional, de vigilar que se administre, pronta y cumplida justicia, sobre todo, en un sistema en el que hay una pluralidad de intervinientes, bajo el criterio constitucional establecido en el artículo 182 de la Constitución de la República, que establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, tomando como referencia el texto de la misma norma citada, se desprende el hecho de que estas son múltiples, así como múltiples y diversos los criterios de los funcionarios, que aplican tales postulados; sin embargo, atendiendo a la fuerza normativa propia de los textos constitucionales, no debemos dejar de lado que la inaplicabilidad o errónea aplicación de los criterios, sobre los cuales existe ya jurisprudencia que se ha

resuelto mediante procesos de inconstitucionalidad por parte de la Sala de lo Constitucional podría conllevar a posibles responsabilidades por parte de los funcionarios.

De hecho, el artículo 77-G de la Ley de Procedimientos Constitucionales, eleva a la categoría de delito la desobediencia de una sentencia de la sala de lo constitucional y hace referencia directa al código penal, el cual en su artículo 322 califica tal conducta.

Por lo tanto, en aras de armonizar la política criminal actual del Estado salvadoreño, se sugiere el dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia 70-2006, acumulada, que desarrolla los criterios a tener en cuenta a la hora de calificar conductas que pudieran ser atípicas, por tratarse de conductas auto-referentes desarrolladas en esta sentencia, por lo que resulta necesario señalar, que el cumplimiento de las mismas,

El seguimiento que da la Corte Suprema de Justicia respecto del cumplimiento de sus sentencias y resoluciones no sería una cuestión incidental o exclusiva de esta materia, sino que, por el contrario, es parte de las competencias generadas a partir de la obligatoriedad del cumplimiento obligatorio de sus resoluciones.

El seguimiento al que se hace referencia lo podemos ver por ejemplo en el caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía decretada con posterioridad a la finalización del conflicto armado, proceso clasificado bajo referencia: 44-2013, en la cual la Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la misma y al mismo tiempo dentro de los efectos del seguimiento posterior al cumplimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia dijo que “El órgano ejecutivo tiene la obligación en particular de diseñar, implementar y dar seguimientos a políticas de Estado en materia, respeto, protección, promoción y garantía de los Derechos fundamentales y a asegurar prioridades en la asignación y ejecución de recursos se orienten a tales fines” al mismo tiempo establece obligaciones de investigación a la Fiscalía General de la República...”

Lo anterior significa que el seguimiento que se sugiere es posible y es parte de las atribuciones constitucionales de la Corte Suprema de Justicia.

De igual manera se reconoce los esfuerzos que hace la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura y la escuela de capacitación fiscal por parte

de la Fiscalía General de la República para capacitar a su recurso humano, sin embargo, se sugiere continuar, ampliar, reforzar y darles continuidad a dichos planes para garantizar que estadísticamente se reduzcan al mínimo los casos en los que hasta el día de hoy el Estado salvadoreño continúa aplicando medidas tan gravosas como la detención provisional y en algunos casos terminan incluso condenando a personas por conductas autorreferentes. Lo anterior sin detrimento de las responsabilidades que el Estado o sus funcionarios puedan ser objeto de reclamo.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- Cabanellas, G. (1992). *Repertorio Juridico de Principios Generales del Derecho, Locuciones maximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Editorial: Heliasta.
- Castillo, J. B. (2011). *Derecho Penal Comparado. La definicion de Delito en los Sitemas Anglosajon y Continental*. Barcelona, España: Editorial Atelier.
- Conde, A. Z. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Editorial: La Ley.
- Diccionario de Criminalstica, 1ª. edición, enero 2208
- Enrique Bacigalupo Z, Manual de Derescho Penal, Parte General, Edotproal Temis S.A.
- Conde, F. M. (2001). *Introduccion al Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial: IB de F Motevideo.
- Judicatura, C. N. (s.f.). *Manual de Teoría Jurídica del Delito*. San Salvador: Impresos múltiples.
- Montesqueu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Sevilla.
- Puig, S. M. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, España: Editorial Repertor.
- Luis Arrollo Zapatero. (mayo-agosto 1983). "*Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal*". Revista española de Derecho Constitucional .
- Nuñez, J. A. (1999). Principios Informadores del Derecho Penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 80.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 16 de Noviembre de 2012).
- Sentencia de Inconstitucionalidad, 47-2012 (Sala de lo Constitucional cinco de julio de 2013 47-2012).

LEGISLACION NACIONAL

- JLópez, L. V. (2019). *Recopilacion de leyes Penales, Constitucion de la República de El Salvador*. San Salvador: LIS.

LEGISLACION INTERNACIONAL

- Pacto de San José de Costa Rica, artículo 9. (s.f.).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art 15 ap 1. (s.f.).
- La convención Única de 1961 Sobre Estupeficientes enmendada por el Protocolo de 1972.
- El Convenio Sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.
- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotropicas de 1988.

ANEXOS

Anexo 1.



ENTREVISTA.

INDICACION: A continuación le realizare una serie de interrogantes relacionado con la temática "Factores Que Influyen En La Valoración Probatoria Del Delito De Posesión Y Tenencia De Droga, En El Tribunal Primero De Sentencia De La Ciudad De San Miguel En Los Años 2016 Al 2019" favor contestar con un "NO" o un "SI".

1) **¿El criterio cuantitativo dispuesto en el artículo 34 de LERARD, es suficiente para derivar con ello la acción típica, antijurídica y culpable, en el delito de posesión y tenencia?**

SI NO

2) **¿El derecho a la libertad individual en su fase interna individual e íntima, como ámbito ilimitado; puede constituirse como parámetro de control personal, en el delito de posesión y tenencia, regulado en el artículo 34 LERARD?**

SI NO

3) **¿Se acredita la presencia de conductas autorreferentes o autopoiéticas, en la jurisprudencia nacional?**

SI NO

4) **¿Puede efectuarse el deslinde entre las conductas pre-ordenadas al tráfico –punibles– y las relativas al consumo –impunes– en las que la cantidad de droga incautada es un elemento importante?**

SI NO



- 5) **¿El elemento o cantidad de droga incautada, junto con la pericia técnica extendida por el laboratorio científico de la Policía Nacional Civil, son suficientes para determinar el ánimo de tráfico en los incisos 1 y 2 del artículo 34 LERARD?**

SI NO

- 6) **¿Se aplican los criterios objetivos, subjetivos y personales, dados por la Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad, 70-2006 del 16-XI-2012; incluyendo las esferas psicológicas y emocionales de dependencia del justiciable ante el consumo de drogas?**

SI NO

- 7) **¿Concurren debilidades o apreciaciones subjetivas de los operadores judiciales, en la implementación de los criterios de la jurisprudencia constitucional, en relación a las conductas autopoiéticas?**

SI NO

- 8) **¿Los criterios esbozados presenta viabilidad para las salidas alternas del proceso penal, como El Procedimiento Abreviado, La suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba, los Sobreseimientos Provisionales y definitivos, o varían en la aplicación de los criterios?**

SI NO