

**11-2007/13-2007/21-2007/23-2007/24-2007/25-207/26-2007/30-2007/31-2007/44-2007/51
2007/53-55-2007/57-2007/64-2007/70-2007/71-2007/72-2007/73-2007/75-2007/76-2007/77-78-
2007.**

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas y cuarenta y cinco minutos del día tres de octubre de dos mil once.

Los presentes procesos acumulados fueron iniciados, de conformidad con el art. 77-F de la L Pr. Cn, mediante los requerimientos registrados con referencia 11-2007 y 57-2007, del Tribunal Sexto de Sentencia de este distrito judicial; 13-2007, 53-2007 y 55-2007, del Juzgado Noveno de Instrucción de este distrito judicial; 21-2007, del Tribunal de Sentencia de Santa Tecla; 23-2007, 24-2008, 25-2007, 26-2007, 30-2007, 31-2007, 70-2007, 71-2007, 72-2007 y 73-2007, del Tribunal Primero de Sentencia de este distrito judicial; 44-2007, 51-2007, 64-2007, 76-2007 y 77-2007, del Tribunal Quinto de Sentencia de este distrito judicial; 75-2007 y 78-2007, del Juzgado Décimo Primero de Paz de este distrito judicial; en virtud de haber declarado inaplicables: el art. 33 incs. 2° y 3°, el art. 34 y el art. 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas —en adelante LERARD—; de igual forma los arts. 51 y 76 del Código Penal —en adelante C. Pan—, por considerarlos contrarios a los arts. 3, 15, 21, 27 inc. 3°, 86 y 246 de la Constitución.

Las disposiciones inaplicadas prescriben:

Ley Reguladora de las Actividad Relativas a las Drogas.

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. --- Si el delito es cometido realizando actos de tráfico internacional ya sea utilizando el territorio nacional como estado de tránsito o que sea utilizado como lugar de importación o exportación la pena se aumentará en una tercera parte del máximo de la pena señalada.

"Posesión y tenencia. Art. 34.- El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencias, 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 de seis a diez años de prisión; y multa de diez a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes. --- Este precepto no será aplicable cuando la conducta realizada encaje en otro tipo penal más grave".

"Beneficios excluidos. Art. 71.- Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.--- Los declarados culpables por delitos cometidos concurriendo cualquiera de las agravantes del artículo 54, no tendrán derecho al beneficio de la sustitución de la detención provisional".

Código Penal.

"Multa y su cuantificación. Art. 51.- Con la pena de multa se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero. La multa se cuantificará en días multa. El importe de cada día multa se fijará conforme a las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado al momento de la sentencia. El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y como máximo cinco veces dicho salario".

"Penas conjuntas de prisión y multa. Art. 76.- Cuando la pena principal sea conjuntamente de prisión y multa, aquella no podrá sustituirse por ésta. En este caso, se aplicará simultáneamente la pena de multa y aquella otra que sustituya a la de prisión, cuando procediere".

Han intervenido en el proceso, además de los tribunales requirentes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

1. En el trámite del presente proceso, los intervenientes expusieron:

1. A. Los jueces del Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, con idénticos argumentos en sus sentencias de 9-I-2007 (proceso penal 281-06-1) y 29-I-2007 (proceso penal 242-06-1), sostuvieron la inaplicabilidad de la pena de multa contemplada en el art. 34 LERARD, pues contradice el principio constitucional de legalidad al fijarse la cuantía del salario mínimo

mediante un decreto ejecutivo que no tiene el rango de ley, a efectos de complementar la norma. Adicionalmente, señalaron que el uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco sólo es admisible sobre el supuesto descrito en un tipo penal, pero no en cuanto a la pena. Por ende, se declaró inaplicable la pena de multa regulada en el referido artículo.

B. El Juzgado Noveno de Instrucción de San Salvador, en sus sentencias emitidas el 18-I-2007 (proceso penal 170-06-2), 12-IV-2007 (proceso penal 08-07-3) y 3-V-2007 (proceso penal 78-06-3), implicó el art. 71 LERARD por considerarlo contrario al art. 3 Cn., pues restringe la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; así también la pena de multa contemplada en el art. 34 inc. 2º LERARD para el delito de posesión y tenencia de drogas, pues tal sanción no es "proporcional" en relación con la pena de prisión con la que se encuentra vinculada.

C. Los jueces del Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, en la sentencia emitida el 15-II-2007 (proceso penal 25-I-2007), implicaron la pena de multa contemplada en el art. 33 LERARD porque contradice el principio de resocialización y reinserción social salario vigente al *momento de la sentencia* y no al de la ejecución del hecho delictivo, lo cual es contrario al principio de irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 21 Cn.

F. La jueza del Décimo Primero de Paz de San Salvador, en las sentencias emitidas el 11-VI-2007 (proceso penal 245-RQ-07-3) y 20-VI-2007 (proceso penal 258-RQ-07-4) declaró la inaplicabilidad del art. 34 inc. 2º LERARD en cuanto a la pena de multa, pues consideró que la misma no es proporcional con la pena de prisión que también prevé.

Sobre ello, sostuvo que, al condenar al procesado a dos penas principales por un mismo hecho típico, se brinda al encartado un tratamiento penológico desproporcionado y diferenciado injustificadamente con el que aparece en el Código Penal. Ello igualmente, no permite el cumplimiento de los fines de la pena establecidos en el art. 27 Cn., ya que, en muchos casos, la sanción —aún y cuando fuera de cinco salarios mínimos urbanos vigentes—no podría ser cumplida por el condenado.

Adicionalmente, la titular del referido tribunal, inaplicó el art. 76 C. Pn. porque la imposición de dos penas al encartado supone un tratamiento desproporcionado; pues si el sindicado no cuenta con los recursos económicos para el pago, la multa subsistiría por tiempo indefinido, pese a no existir *victima* alguna en los delitos de drogas ni a que exista un verdadero

tratamiento en los casos de las drogo-dependencias mediante la creación de centros especializados.

2. A. Esta Sala dio trámite a los veintitrés procesos antes señalados, y se acumularon al presente proceso para pronunciar sobre los mismos una sola sentencia. Asimismo, se circunscribió el control constitucional a los arts. 33, 34 y 71 LERARD, y 51 y 76 C. Pn, por las violaciones a los artículos 3, 15, 21, 27 inciso 3°, 86 y 246 de la Constitución.

Así también, dada la variedad de votos razonados que aparecen insertos en algunas de las resoluciones que se remitieron, se reiteró de manera enfática que el conocimiento de esta Sala, que se origina a partir de las inaplicabilidades remitidas, no se convierten bajo ningún concepto en un recurso o revisión de la resolución o fundamentos de inaplicación, y tampoco se trata de un nuevo juzgamiento sobre los hechos que dieron lugar a la tramitación del juicio penal promovido en dicho tribunal.

Por tanto, los medios impugnativos que pudieran incoarse en contra de las resoluciones dictadas por los jueces de sentencia siguen siendo viables, cumplidos que fueran los presupuestos legales para tal efecto.

De acuerdo con lo anterior, integrando el art. 77-C con el art. 7 —ambos de la L.Pr.Cn.— se tuvieron por recibidas las certificaciones remitidas por los tribunales requirentes, y se ordenó a la Asamblea Legislativa que rindiera el respectivo informe, mediante el cual justificara la constitucionalidad de las disposiciones inaplicadas por los órganos jurisdiccionales *supra* citados.

3. La Asamblea Legislativa, en las diferentes intervenciones que le fueron conferidas, señaló en síntesis que:

A. Los principios de proporcionalidad y necesidad de las penas obligan a ponderar la gravedad de las conductas, el objeto de tutela, el desvalor de la acción o del resultado, la culpabilidad del autor, las circunstancias del hecho y del autor; por ende, no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentales y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra los bienes jurídicos más importantes, en este caso la salud pública.

Basta ver en este sentido -dijo-, los considerandos que dieron lugar a la aprobación de la LERARD actualmente vigente: *i*) la salud de los habitantes de la República es un bien público, y el Estado se encuentra obligado a velar por su conservación y mantenimiento; *ii*) se

pretende cumplir con acuerdos y convenios internacionales suscritos por el Estado salvadoreño; *iii)* la drogadicción es un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los habitantes de la República y es además un factor criminógeno que atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad; y *iv)* que el combate y control de las actividades ilícitas relativas a las drogas es una forma para prevenir el problema de la drogadicción, para ello se emiten las disposiciones pertinentes, y se tipifican las conductas que afecten al bien jurídico salud pública.

C. En relación con la determinación de la pena de multa en los delitos contemplados en la LERARD, sostiene que —con base a las estipulaciones establecidas en el Código de Trabajo— existe un mandato constitucional que delega al Consejo Nacional del Salario Mínimo la fijación de las diferentes "tarifas" contempladas en el mismo. Por ende, tal práctica legislativa no contradice el art. 246 Cn., sino que complementa lo establecido en la ley especial. Por otra parte, es el Juez quien debe valorar cuál de los salarios enumerados en el referido decreto ejecutivo resulta *más favorable* al encartado.

Adicionalmente, aclaró, que tampoco ha sido lesionado el principio constitucional de igualdad en lo relativo al trato diferenciado que deben tener los delitos relativos al narcotráfico, ya que el legislador puede hacer distinciones que tengan como fundamento causas objetivas y razonables. En este sentido, la duplicidad de sanciones contenidas en la ley penal especial, deben entenderse como "medidas ejemplarizantes".

D. Al pronunciarse sobre el art. 51 C. Pn., la Asamblea Legislativa sostuvo que una persona sólo puede ser juzgada con base en leyes vigentes en el momento de producirse el hecho del que se le acusa; pues, si el legislador, además de plasmar en el Código Penal la pena de prisión, aplica penas conjuntas de prisión y multa, ésta se establecerá de conformidad con el salario mínimo que esté vigente en el lugar al tiempo de la sentencia, como una medida de reparar el daño causado.

E. En cuanto al art. 71 de la LERARD, afirmó que dicha norma pretende que los imputados juzgados con dicha ley "no puedan gozar de los beneficios de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como un modelo ejemplarizante para que dichos ilícitos no se sigan cometiendo". Sostiene adicionalmente, que tal medida se justifica, en que estos delitos atentan contra la salud de la población y por lo general provocan "alarma social o un mayor riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal".

Por lo todo lo anterior, consideró que los artículos impugnados en el presente proceso no son constitucionales, y solicitó que así sean declarados por este Tribunal.

4. El Fiscal General de la República, en las diferentes oportunidades que le fueron conferidas, manifestó en síntesis:

A. Que ante la objeción de un trato desigual entre los delitos comunes y los que plantea la ley, el legislador tiene un ámbito de libre configuración con respecto a la sanción, según la gravedad del hecho y de la culpabilidad, así como también el valor del bien jurídico protegido, la intensidad del ataque, la intención revelada por el agente y la gravedad del resultado. Por ende, los delitos no pueden tener una pena igual.

B. La LERARD —dijo— tiene por objeto el combate de comportamientos relacionados con la narcoactividad; y dicha actividad perjudica a la salud pública, que de acuerdo con lo señalado en los arts. 1 inciso 2º y 65 de la Constitución, es entendida como un bien con claro valor constitucional. Por ende, el Estado está obligado a su conservación y restablecimiento.

C. En relación con el art. 76 C. Pn., sostuvo que éste no contraviene el principio de proporcionalidad en la medida que el art. 53 del mismo cuerpo legal, permite reducir el monto fijado para *día multa*, o mediante su pago en cuotas o la reducción del monto cuando su cumplimiento resulte imposible para el condenado. A lo que añade, que la naturaleza de tal tipo de pena, requiere un análisis de las condiciones personales, capacidad de pago y renta potencial del sancionado; por ende, tampoco se afecta de alguna manera el principio de resocialización.

D. El art. 71 de la LERARD —dijo—, si bien excluye la excarcelación y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, deja abierta la posibilidad que el juez pueda aplicar la figura del reemplazo de la pena de prisión por trabajo de utilidad pública o arresto de fin de semana. Con tales penas, se disminuyen los efectos criminógenos del cumplimiento de la pena de prisión y se muestra acorde con el principio de resocialización del delincuente.

E. Por último, y en cuanto al reenvío que se efectúa en los arts. 33 y 34 de la LERARD, el salario aplicable que debe ser escogido de entre los señalados en el decreto ejecutivo debe ser el *más favorable* al enjuiciado, de acuerdo con lo señalado en el art. 5 del Código Procesal Penal. Por ende, no existe contradicción con el principio de legalidad ni con el argumento de la indelegabilidad de funciones fijadas por la Constitución.

Con base en las opiniones expuestas, solicitó a esta Sala que declare la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

II. Luego de haber sido expuestos los motivos que han esgrimido los diferentes tribunales para resolver sobre la inaplicabilidad de las disposiciones impugnadas, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar las mismas y la opinión del Fiscal General de la República, es procedente efectuar algunas consideraciones sobre ciertas disposiciones que ya fueron objeto de impugnación en esta sede constitucional y cuyos pronunciamientos fueron estimatorios.

1. A. En efecto, y en relación con la inconstitucionalidad de los arts. 33 y 34 LERARD (en cuanto a la complementación de la pena de multa por medio de un decreto ejecutivo), esta Sala ha sostenido que el uso de la técnica de *leyes penales en blanco* no es *per se* inconstitucional. Al contrario, es una herramienta necesaria en algunos sectores sociales dinámicos (transporte, medicamentos, medio ambiente, seguridad laboral, etc.), donde la regulación administrativa se ha desarrollado extensamente en el control y gestión de actividades que pueden traspasar los límites socialmente permitidos —sentencia de 9-X-2007 y 29-VII-2009, Inc. 27-2006 y 92-2007, respectivamente—.

Y es que en tales ámbitos, el Derecho Penal no puede aspirar a una regulación absolutamente independiente del resto de subórdenes jurídicos, sino que requiere necesariamente su complementación con la regulación administrativa pertinente, a fin de evitar conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales o de la comunidad.

Por ende, el carácter accesorio de esta normativa en ciertos tipos penales (en relación con disposiciones administrativas más específicas) se muestra razonable en orden a una protección integral de una sociedad cada vez más compleja, y donde deben entrar a funcionar primeramente mecanismos relativamente menos severos, como los que reporta el ámbito administrativo sancionador, y en última instancia el ejercicio del Derecho Penal en un sentido fragmentario y subsidiario.

B. De lo anterior, se advierte entonces que en tales actividades resulta válida la *delegación normativa complementaria* en un sentido integrador entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, y ello se muestra acorde con la función constitucional de protección tanto del individuo como de la colectividad en general, en ciertos ámbitos sociales sensibles a producir perjuicios de difícil cuantificación. Es así que la habilitación relativa que brinda el legislador a la

Administración en la complementación del tipo *bajo determinadas condiciones*, se muestra necesaria, y por tanto no puede reputarse en este excepcional caso una violación a lo prescrito en el art. 86 Cn.

De acuerdo con las consideraciones generales anteriores, la inclusión de tipos penales en blanco, tanto en el Código Penal como en leyes penales especiales, se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas exigencias derivadas de la misma Constitución, y del principio de legalidad que ella consagra expresamente en el art. 15 Cn. Así, se ha dicho que la conducta o acción típica debe haber sido establecida en la norma penal de forma clara, precisa e inequívoca, y no puede dejarse su determinación total o absoluta a una autoridad distinta, que emita normas de rango inferior.

Por ello es que esta Sala ha enfatizado, que el reenvío se encuentra justificado constitucionalmente cuando: (i) sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; y (ii) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la materia de prohibición, y satisfaga las exigencias derivadas del mandato de certeza.

C. Mención aparte se ha hecho en la jurisprudencia de esta Sala, con relación a las denominadas *normas penales en blanco al revés*, es decir, aquellas donde el complemento se efectúa en relación con la pena; como en el caso de la multa cuando su determinación económica toma como referencia el *salario mínimo vigente*.

En los citados pronunciamientos de 9-X-2007 y 29-VII-2009 —Inc. 27-2006 y 92-2007— se sostuvo la constitucionalidad del uso de las leyes penales en blanco al revés, en la medida que razones de conveniencia, practicidad y conocimiento general justifican tal opción legislativa. Adicionalmente, en los casos enjuiciados, las magnitudes tanto internas como externas, se encontraban claramente establecidas en la norma penal, teniendo la norma de reenvío un papel complementario en relación a la cuantía económica, que no afectaba el núcleo esencial de la referida pena pecuniaria.

Por otra parte, la elección del "salario mínimo mensual" como unidad económica en este sector del ordenamiento jurídico, responde a su clara referencia y fácil manejo para la actividad judicial, además de contar con el indiscutible conocimiento de la colectividad en general.

Sin embargo, dado que los arts. 33 y 34 LERARD se refieren a una categoría de salario que no existe o no se encuentra comprendida en el decreto ejecutivo pertinente, ciertamente se ha infringido el mandato constitucional de certeza en la medida que la norma a la cual se reenvía el

tipo penal no existe, o al menos no aparece tan explícitamente identificada como el estándar constitucional de taxatividad y legalidad lo exige.

D. En ese sentido, siendo que ya existe un pronunciamiento de inconstitucionalidad de las disposiciones inaplicadas las cuales, consecuentemente, han sido expulsadas del ordenamiento jurídico, debe sobreseerse el presente proceso con respecto a los arts. 33 y 34 LERARD.

2. Ahora bien, en relación con el art. 34 LERARD, esta Sala advierte que no solamente ha sido inaplicado respecto de la sanción de multa establecida con base en un tipo de salario mínimo indeterminable; sino también fue enjuiciada su constitucionalidad por los jueces requirentes por la violación al art. 27 Cn., en tanto que prevé una doble sanción (pena de prisión y multa pecuniaria).

Este contraste también ya fue conocido y resuelto en la sentencia de 9-X-2007, Inc. 27-2006.

Sobre el particular esta Sala afirmó que el legislador tiene un ámbito de libre configuración en la modulación de la sanción de acuerdo con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor, según las consideraciones político-criminales que estime convenientes. Por ello, los diferentes ilícitos penales cuentan con penas diversas y que se adecuan —entre otras razones— al valor del bien jurídico protegido, la intensidad del ataque, la intención revelada por el agente y aún a la gravedad del resultado.

Esta consideración puede generar el establecimiento de una escala de pena significativamente distinta entre los tipos de delitos, y puede conllevar la imposición de la pena privativa de libertad junto con la multa como pena principal conjunta, sin que ello sea inconstitucional *per se*.

La admisibilidad de ello únicamente requiere que se expongan justificaciones razonables de acuerdo a la necesidad de su regulación. Así, en cuanto a la regulación de dicha dupla sancionatoria en la LERARD, el órgano productor de la ley sostuvo que ello se hacía de acuerdo a ciertas finalidades de tipo preventivo-general, en la medida que los delitos relativos al narcotráfico se ejecutan mediante el concurso de redes criminales altamente organizadas nacional e internacionalmente. Adicionalmente, que la exasperación del rigor sancionatorio en tal ordenamiento, radica en la gravedad que las actividades relacionadas al tráfico de drogas reportan a la salud individual y social.

Sin embargo —se dijo—, en relación con los tópicos concernientes a la proporcionalidad y la resocialización, existe una orientación constitucional de la ejecución de las penas —y en particular de la pena privativa de libertad— a la reeducación y reinserción del condenado, e igualmente proscribe los fines preventivo-generales que pretendan prevalecer sobre la dignidad humana.

Desde esta perspectiva —se afirmó—, si se entiende la resocialización como el proceso encaminado a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir procurando evitar la reincidencia, todas las penas —conforme al mandato contemplado en el art. 3º del art. 27 Cn.— deben ir enfocadas a esta finalidad desde el momento de su creación y aplicación.

Así, particularmente en el caso de la multa, cuando aparezca como pena conjunta con la de prisión, no debe generar efectos desocializadores ni desproporcionados en el sentido de constituirse en un obstáculo insalvable para la reincorporación del penado a la comunidad en el caso de su impago.

Las anteriores consideraciones son predicables —sin embargo— no para los delitos y la cuantificación de sus penas en particular, sino para la regulación contemplada en el art. 76 del C. Pn., cuyo tenor literal establece que la pena de multa no podrá ser sustituida —en el caso de que aparezca como pena conjunta—, aún cuando la pena privativa de libertad se cambie por otra medida restrictiva de derechos.

En consecuencia, el primer contraste aludido con respecto a la violación al art. 27 Cn. por la pena conjunta (prisión y multa) que establece el art. 34 LERARD, no es deducible de esta disposición aislada, sino de su imposibilidad de sustitución que puede generar los efectos lesivos en el fin resocializador de toda sanción punitiva. Y ello es objeto de otro contraste constitucional, también dilucidado ya por sentencia estimatoria, como se expone a continuación.

Por tanto, debe sobreseerse el presente proceso en relación con la inconstitucionalidad del art. 34 LERARD, por la supuesta violación al art. 27 Cn., pues ya existe un pronunciamiento al respecto.

3. Otra de las disposiciones en las cuales ya existe un pronunciamiento previo de esta Sala es el art. 76 del Código Penal.

En efecto, en la citada sentencia de 9-X-2007 —Inc. 27-2006— se declaró inconstitucional el referido artículo, por no contemplar una solución legal en aquellos casos

donde exista una imposibilidad absoluta de cancelación del monto judicial fijado. En otras palabras, en tal decisión se sostuvo que no pueden imponerse en los rangos abstractos —inferior y superior— de la cuantía de la multa cantidades económicas que sean de difícil o imposible recaudación para el condenado y que tomen imposible el cumplimiento íntegro de la sentencia.

La situación de incumplimiento podía agudizarse, pues la LERARD no utiliza el sistema de días-multa contemplado en el Código Penal, sino uno especial relativo a los salarios mínimos mensuales —declarado inconstitucional como anteriormente se relacionó—.

En consecuencia, en la referida sentencia —Inc. 27-2006— fue declarado inconstitucional el art. 76 C. Pn., por constituirse en un obstáculo a la reinserción social del condenado; objetivo expresado en el artículo 27 inc. 3º Cn. y que enmarca a la resocialización como un principio rector de la política penitenciaria. Y, por tanto, debe sobreseerse el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del art. 76 C. Pn, en virtud de existir un pronunciamiento anterior de esta Sala que expulsó del ordenamiento jurídico dicha disposición.

4. También existe un pronunciamiento de inconstitucionalidad del art. 51 C. Pn., por la violación al principio de legalidad penal, en tanto que establece que se impondrá la pena de multa con base en el salario mínimo *vigente al momento de la sentencia*, cuando debería ser el salario mínimo vigente al momento de cometerse el ilícito.

A. Sobre este punto, en la sentencia pronunciada el 21-VIII-2009 —Inc. 55-2006—, se sostuvo que el principio de legalidad penal también comporta una prohibición de retroactividad, en virtud de la cual la imposibilidad de aplicar la ley desfavorable no solo alcanza a los hechos que han tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigor, sino también a la aplicación de consecuencias que se dan en el tiempo de su vigencia pero que han sido generadas por una ley anterior.

Cualquier modificación gravosa queda sometida al principio de irretroactividad si los hechos no se cometieron bajo la vigencia de la ley actual. La misma consideración puede hacerse específicamente sobre la pena: el principio de irretroactividad alcanza a la previa determinación legal de la misma en todos sus aspectos y a los diferentes extremos de su fundamentación, agravación y extensión.

Por lo que respecta a las leyes penales en blanco en sentido estricto —se dijo—, ellas no pueden aplicarse de manera retroactiva, cuando las alteraciones que sufra la norma de rango inferior generen un efecto agravatorio o extensivo de la responsabilidad penal,

Por ello, hay que incluir en la prohibición de retroactividad de la ley penal a las modificaciones posteriores agravatorias que se efectúen de los diferentes tipos de sanciones contemplados en el título III capítulo 1 del Código Penal. Efectivamente, el mandato de legalidad derivado del art. 15 Cn., se extiende no sólo hacia la conducta punible, sino que también exige para el Legislador la predeterminación taxativa de la sanción a imponer.

B. Entre los elementos objetivos del art. 51 C. Pn. se establece un ámbito temporal de validez para cuantificar la sanción penal de días-multa, conforme al salario mínimo vigente al momento de la sentencia. Bajo esta prescripción, el complemento del tipo penal en cuanto a su consecuencia jurídica se determina con posterioridad al hecho cometido y juzgado, pues la sanción, en ese sentido, sería la que en un futuro —momento de la condena— sea la vigente.

En efecto, según dicha disposición secundaria, al juzgador penal se le vuelve necesario tomar como base aspectos sustanciales que no son "previos" al momento del hecho delictivo para la cuantificación de la multa. Por el contrario, se determina y complementa el sentido de la sanción penal pecuniaria hacia el momento en que deba de pronunciarse la condena.

Ello genera una violación al principio de legalidad penal, en su manifestación más concreta de prohibición de retroactividad en la tipificación de las conductas punibles y su correspondiente consecuencia jurídica, específicamente con respecto a tal elemento normativo contemplado en el art. 51 del C. Pn., y por tanto se declaró su inconstitucionalidad.

Por tanto, no tiene sentido pronunciarse sobre una disposición ya expulsada del ordenamiento jurídico por haberse constatado su contradicción constitucional; razón por la cual, corresponde sobreseer en el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del art. 51 C. Pn., por la violación al art. 15 Cn.

III. Resulta pertinente estudiar entonces la contradicción constitucional planteada sobre el art. 71 LERARD, en cuanto a la violación al principio de igualdad.

Para ello, se establecerá primero las razones por las cuales en este caso si procede reexaminar la constitucionalidad de la disposición mencionada, por un contraste ya decidido previamente con carácter *desestimatorio* (1); y la precomprensión de los contenidos de la disposición inaplicada (2); para luego proceder al examen de constitucionalidad planteado.

I. A. En relación con la violación al art. 3 de la Constitución, en la sentencia de 4-IV-2008, pronunciada en el proceso de Inc. 40-2006, se sostuvo que no existe tal contradicción de la referida disposición con el principio de igualdad, en la medida que la particular gravedad de

los delitos a que se refiere la LERARD, justifica la denegatoria de ciertos beneficios penitenciarios, particularmente al referirse a un bien jurídico de alta importancia social como es la salud de las personas.

Adicionalmente, se sostuvo que dicha ponderación está igualmente justificada en relación con la prohibición de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional; pues cuando el legislador advierta que se encuentra ante los atentados más graves a bienes jurídicos esenciales —vida, libertad y propiedad, etc.— o se encuentre en presencia de delitos relativos al crimen organizado, está justificado establecer una regla normativa que no permita sustituir una medida cautelar por otras.

Los procesos de inaplicabilidad que ahora se analizan y el anteriormente reseñado, muestran una clara coincidencia en lo que respecta a la disposición impugnada y a la norma constitucional que sirve de parámetro de control en el presente proceso. Ante esta convergencia, esta Sala —en sus integraciones anteriores— había venido sosteniendo que un supuesto como el actual no cabe la posibilidad de reexaminar una normativa secundaria por los mismos motivos desestimados anteriormente, a no ser que se expusieran motivos distintos —así, por ejemplo: auto de admisión de 23-IX-2003, Inc. 16-2003—.

Sin embargo, tal y como se ha sostenido en la sentencia de 25-VIII-2010 —Inc. 1-2010—, los precedentes jurisprudenciales no pueden considerarse definitivos y válidos para todos los tiempos de una forma absoluta. Ello porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad social ponen a los juzgadores ante nuevas situaciones que, en el caso de la Constitución, determinan que su interpretación se vuelva dinámica y actual; so pena de mostrarse inútil ante tales modificaciones jurídicas y sociales. E incluso, también la renovación de los juzgadores —representantes de las más diversas corrientes del pensamiento jurídico de acuerdo al inciso segundo del art. 186 Cn.— posibilita igualmente una relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes en que se han aplicado.

Por ello, no puede sostenerse la inmutabilidad absoluta o *ad eternum* de la jurisprudencia, y menos la que se relaciona con la Constitución. Por ende, resulta válido entender que, no obstante exista un pronunciamiento desestimatorio en un proceso de inconstitucionalidad, ello no impide que esta Sala emita un criterio jurisprudencial innovador al plantearse una pretensión similar a la desestimada, cuando circunstancias especiales y justificadas obliguen a reinterpretar

la normatividad —al respecto: resoluciones de improcedencia de 23-VII-2004 y 7-VII-2005, procesos de Inc. 20-2004 y 31-2005, respectivamente—.

B. En este sentido, se admite —entre otros supuestos— como una circunstancia válida para modificar un precedente o actualizarlo, el que nos encontremos en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos o efectos normativos son incompletos o erróneamente interpretados. Desde esta perspectiva, en la delimitación de este motivo, se requiere analizar si la decisión previa (o precedente) no ha tomado en consideración la eventual concurrencia de otra disposición constitucional que varíe el contexto normativo sobre el cual se basó el pronunciamiento.

C. Esto es lo que acontece en la referida sentencia emitida el 4-IV-2008, en la que se manifestó que la particular gravedad de la infracción es una justificación razonable para la restricción de la aplicación de la suspensión condicional de la pena en los delitos relacionados con el narcotráfico.

Empero, tal decisión obvió el particular de si tal restricción se puede considerar un serio obstáculo a la satisfacción del principio constitucional de resocialización. Además de obviar si tal limitación diferenciada o especial, se muestra en consonancia con un tratamiento sancionatorio proporcional que deben recibir aquellos delitos menos graves que contiene la LERARD.

Y es que, el tratamiento diferenciado en institutos tales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena —u otros como puede ser en el caso de la libertad condicional— por razones preventivo-generales, no pueden suponer un serio obstáculo al principio constitucional de reeducación y reinserción regulado en los inc. 2º y 3º del art. 27 de la Constitución; más aún, cuando nos estamos refiriendo a la fase ejecutiva de la sanción penal, donde este principio irradia toda su fuerza.

Asimismo, en relación con la proporcionalidad, no se detalló en el citado fallo en qué medida el cumplimiento de una pena de uno a tres años —como acontece en el supuesto primero del art. 34 LERARD— puede considerarse una respuesta necesaria y adecuada. Sobre todo, cuando la ciencia penitenciaria ha comprobado de forma incontrovertible que las penas no privativas de libertad o los mecanismos derivados de la institución anglosajona conocida como *probation*, son los más adecuados para evitar una posterior recaída en delitos de pequeña o mediana importancia.

En conclusión, ante tales extremos que no fueron suficientemente desarrollados en la decisión precedente, conviene entonces efectuar un reexamen del art. 71 LERARD. Pero desde una perspectiva que tome en cuenta obligadamente los principios constitucionales de proporcionalidad y resocialización contemplados en los arts. 27 y 246 Cn. con los que el referido tratamiento diferenciado debe ser cotejado.

Así lo ha interpretado uno de los tribunales requirentes (el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador), según consta en la certificación de inaplicabilidad que dio inicio al proceso de inconstitucionalidad 64-2007, acumulado al presente.

En efecto, dicho tribunal afirmó que la exclusión de beneficios que prescribe el art. 71 LERARD es un tratamiento discriminatorio, en relación con el régimen procesal y penal común. Así, con base en el art. 3 Cn. y el art. 27 Cn. -que determinan la finalidad de la pena según la misma Constitución independientemente de la naturaleza del hecho delictivo-, es discriminatorio que en los ilícitos relacionados con drogas no se examine la finalidad de la pena, así como las circunstancias personales del autor y del hecho.

2. Si bien las inaplicabilidades (13-2007, 53-2007, 55-2007 y 64-2007) se han planteado de manera genérica sobre el art. 71 LERARD, esta Sala considera pertinente hacer el examen de cada inciso por separado, pues la estructura normativa de cada uno presenta sus propias características.

A. Así, el artículo 71 inc. 1º LERARD, establece que los *imputados* de cualquiera de los delitos a que se refiere la misma ley, no gozarán del *beneficio de excarcelación* ni de la suspensión condicional de la *ejecución de la pena*. Lo peculiar de esta disposición es que tratándose de sujetos cuya calidad es procesal —imputado—, se les excluye de beneficios en la fase de ejecución de la pena —suspensión condicional—.

Mientras que el inc. 2º del mismo art. 71 LERARD, prescribe que los declarados *culpables* por delitos cometidos concurriendo cualquiera de las agravantes del artículo 54, no tendrán derecho al beneficio de la sustitución de la *detención provisional*. En ese sentido, a la situación material de *condenado*, se deniega la sustitución de medidas cautelares —*procesales*—.

No es tarea de esta Sala plasmar la más correcta interpretación de las peculiaridades aludidas, sobre todo cuando la formulación lingüística no permite intercambiar las cualidades del sujeto considerado —imputado y condenado— entre ambos incisos. Sin embargo, dada la

deficiente técnica legislativa, y previo al examen de constitucionalidad del art. 71 LERARD, es preciso buscar una compresión lógica en la redacción aludida.

B. Por ello, y para el caso del inc. 1º, el mandato normativo se genera desde la calidad de *imputado*, pero se concreta con la *condena*. Así, quienes siendo imputados, resulten a su vez condenados por los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, no podrán optar al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por su parte, el mandato que se deriva del inc. 2º se encamina a no conceder la sustitución de la *detención provisional* por otra medida cautelar, si es declarado culpable por los delitos contemplados en la misma ley, en el caso de concurra alguna de las agravantes que establece el art. 54 LERARD.

C. Establecido lo anterior, resulta evidente la inexistencia de la *excárcelación* en el marco *procesal* penal que rige nuestro país —siguiendo un esquema de interpretación restrictiva del término e identificándolo con la ya caduca institución del Código Procesal Penal de 1973 que sí la establecía—.

En efecto, en términos hermenéuticos, resulta una contradicción interpretativa la preferencia legal por no conceder medidas sustitutivas a la detención provisional respecto a *personas que han sido ya declaradas penalmente culpables por una sentencia*, pues a partir de tal evento les sobreviene el cumplimiento de una *pena* a la que se abona el tiempo transcurrido bajo dicha medida cautelar (art. 44 de la Ley Penitenciaria). Contradicción semántica, que fue abundantemente salvada mediante la interpretación efectuada por esta Sala en la sentencia de inconstitucionalidad 40-2006, de 4-IV-2008.

De ahí que el único supuesto sustantivo en el cual es factible la aplicación de la prohibición contenida en el art. 71 inc. 1º LERARD, es el relativo a la suspensión condicional de la ejecución de la pena contemplada en el art. 77 del Código Penal; es decir, la denegación de un sustitutivo de la pena de prisión en relación con la clase de delito cometido, como una violación al principio de igualdad.

3. Establecido lo anterior, el orden de la presente decisión se orienta a dilucidar la constitucionalidad del art. 71 inc. 1º de la LERARD, por la contradicción advertida por los tribunales requirentes, respecto del art. 3 Cn. en integración con el 27 Cn.

IV. 1. A. La suspensión condicional de la ejecución de la pena es un *sustitutivo penal* que evita el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad de corta duración —de tres años

o menos— mediante la imposición de una serie de condiciones o reglas de conducta al beneficiado en un periodo de prueba que suple a la pena de prisión. Esta suspensión extingue la pena, al cumplir satisfactoriamente dichas condiciones y al no haber reincidencia en el delito (art. 96 ord. 1º C. Pn.).

El fundamento político-criminal de esta opción legislativa descansa en la *prevención especial*, es decir, en favorecer la reinserción social de aquel penado cuya culpabilidad es mínima y en las que existe un pronóstico de llevar su vida posterior alejada del delito; sopesando por otra parte, las serias inconveniencias que su estancia en prisión podría provocar, tanto en su persona como en su grupo familiar. En otra palabras, y como apunta un cierto sector doctrinal, es un mecanismo legal que beneficia al "delincuente primerizo de un delito menos grave".

Y es que la ejecución efectiva de las penas cortas de prisión conlleva una variedad de indeseables efectos que coadyuvan a una posterior recaída del delito, entre ellos: (a) su tiempo es excesivamente corto como para realizar un efectivo proceso de tratamiento resocializador; (b) puede dar lugar al "contagio criminal", es decir el intercambio social y aprendizaje de modos y técnicas delincuenciales que lo empujen a una verdadera carrera profesional por lo ilícito; (c) el costo de mantenimiento de este tipo de penas es alto para el Estado; y (d) pueden irrogar sus efectos a terceros, en este caso a la familia del condenado, quien además puede verse privado de su único sostén económico.

A fin de superar tales inconveniencias, se ha propugnado por la inclusión del instituto de la suspensión condicional de la ejecución de pena en la mayor parte de códigos penales del sistema continental, como hasta el momento se ha efectuado.

2. Ahora bien, y entrando a lo medular del asunto planteado, que descansa en dilucidar si resulta justificado constitucionalmente excluir la aplicación del referido sustitutivo penal a los delitos contemplados en la LERARD, se tiene que:

A. Esta Sala ha sostenido que, en aquellos casos donde el legislador establezca un tratamiento distinto a supuestos que podrían considerarse iguales, está obligado a desarrollar una argumentación razonable, en la que se plasmen esos criterios de valoración objetiva que en su momento utilizó (al respecto: la sentencia de 22-XII-2004, Inc. 8-2003).

A tales efectos, la Asamblea Legislativa en los diferentes traslados que le fueron conferidos, manifestó cuatro razones por las cuales consideró que tal exclusión resultaba justificada: (a) "que es política del Estado Salvadoreño, cumplir los acuerdos y convenios

multilaterales en materia de drogas, suscritos y ratificados; en consecuencia las políticas y actividades que defina están orientadas al cumplimiento de los compromisos derivados de los mismos"; (b) "que la drogadicción es un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los habitantes de la República y, además, es un factor criminógeno que atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad; (c) "que el combate y el control de las actividades ilícitas a las drogas es una forma de prevenir el problema de la drogadicción y para ello se emiten las disposiciones encaminadas a erradicar tal actividad, y tipificar como delitos variadas conductas que se relacionan con ellas y que atentan contra la salud de los habitantes de la República"; y (d) "lo que se pretende con dicha normativa [es] que los imputados de los delitos a que hace relación la presente Ley, es que estos no puedan gozar de los beneficios de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como un modelo ejemplarizante para que dichos ilícitos no se sigan cometiendo".

B. En relación a las tres primeras razones, no es discutible la función estatal de protección de bienes jurídicos individuales y colectivos por medio del Derecho Penal, en particular frente a los ataques más intensos que puedan acaecerles. Desde este ámbito y dentro de los límites que le impone la Constitución, el legislador tiene una libertad de configuración legal para catalogar como injustos penales aquellos hechos que lesionan de grave manera los intereses fundamentales de las personas y de la sociedad en general, así como de conminarlos con el grado de penalidad que estime convenientes para influir en el colectivo social, con base a la consecución de finalidades preventivo-generales. Por ello es que, desde la perspectiva constitucional, resulta justificada la creación de un catálogo de conductas y penas atinentes a la actividad criminal del narcotráfico, sea en el Código Penal o en una Ley Penal Especial.

Y es así entonces, que, en ejercicio de su competencia de producción de normas, el legislador puede seleccionar los bienes jurídicos que considera merecedores de la más intensa protección estatal por ser ellos la base de la convivencia social; también puede determinar las sanciones penales que considere ajustadas a la finalidades preventivo-generales que persigue así como del bien jurídico que resulte afectado; y aún, en razón de su diverso grado de desvalor de acto, de resultado y de culpabilidad, puede establecer las diferenciaciones que considere pertinentes. Todo ello deviene de su misma legitimidad democrática y su posición constitucional (art. 125 Cn.).

C. Empero debe observar un límite, y es que si bien el legislador posee cierto margen de actividad y puede adoptar libremente las opciones que estime oportunas, debe respetar —como se reiteró *supra*— el marco trazado por la Constitución, y esto conlleva evitar la vulneración a los principios connaturales al Estado de Derecho como la justicia y la dignidad de la persona humana, así como el principio de proporcionalidad que este caso también adquiere el carácter de límite a cualquier consecución de fines intimidantes o retributivos por medio de la pena.

Por ello, el argumento de restringir determinados sustitutivos penales tales como la suspensión de la pena o su reemplazo por una pena no privativa de libertad, como una forma ejemplarizante para que dichos ilícitos no se sigan cometiendo, debe ser cotejado a fin de determinar si tal razonamiento es constitucionalmente válido, más aún cuando existe un principio constitucional que puede entrar en colisión con tal tesis, cual es el de resocialización y reeducación del delincuente, prescrito en el artículo 27 incs. 2º y 3º Cn.

Esta Sala ya había tenido oportunidad de pronunciarse con relación a las justificaciones de naturaleza "ejemplificante", en la ya citada sentencia pronunciada el 1-IV-2003 —ref. Inc. 52-2003— cuando contrastó los valores inspiradores del preámbulo de la carta magna con los fines que pueden perseguirse con el uso del Derecho Penal.

Sostuvo entonces que la dignidad del individuo va fijando los límites al rigor de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque el Estado convenga en establecer penas desproporcionadas, ello no sólo se opone al artículo 27 de la Constitución, sino también al reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado; es decir, el individuo nunca puede ser objeto o instrumento para los fines del Estado, para el caso de la protección de bienes jurídicos y prevención del delito, lo cual se verifica al tratar de castigar penalmente a quien cometa un delito, con la sola finalidad de alcanzar una prevención general intimidatoria.

El argumento que pretende justificar los sacrificios coercitivamente impuestos a la persona humana mediante la intervención penal, argumentando que se trata de medidas ejemplarizantes, denota una finalidad claramente intimidatoria, pretendiendo utilizar a los sujetos como meros medios o instrumentos al servicio de los fines del Estado en la prevención de delitos; lo que efectivamente constituye una clara violación al artículo I y al preámbulo de la Constitución, pues el Derecho Penal, a partir de tales consideraciones constitucionales, no puede ser utilizado como mecanismo de intimidación con efectos de prevención general negativa, es

decir, mediante la neutralización del delincuente —por medio del castigo ejemplar— para intimidar a la sociedad, so pena de vulnerar el carácter humanista del Estado impuesto por la Constitución.

En consecuencia, debe considerarse inválido tal argumento esgrimido por la entidad emisora y en el cual basa su justificación, ya que ello entra en oposición a los mismos valores fundamentales que inspiran la Constitución salvadoreña.

D. Asimismo, debe rechazarse el argumento de que los diferentes instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en materia de narcotráfico, obligan a que todas las conductas relacionadas con tales actividades delictivas —graves y menos graves— deban ser castigadas con penas de prisión.

Al contrario, tanto la Convención Única sobre Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas —de 1961— como el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de Viena —de 1971— estipulan que sólo los delitos graves, deberán ser sancionados especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad (artículos 36 y 22, respectivamente).

De forma complementaria, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas —de 1988— establece enfáticamente en su art. 4 letra c): "...[n]o obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y post-tratamiento".

3. Corresponde ahora referirse a los límites que han de tener las finalidades preventivas dentro de las leyes penales, desde en un plano estrictamente técnico-jurídico. Al efecto, tales aspiraciones necesariamente deben ser balanceadas con principios constitucionales como la resocialización o la proporcionalidad de las penas.

Así se ha sostenido en la más reciente jurisprudencia de esta Sala, (sentencia de 9-X-2007, Inc. 27-2006), la cual, en relación con los tópicos concernientes a la proporcionalidad y la resocialización, ha dicho que existe una orientación constitucional de la ejecución de las penas —y en particular de la pena privativa de libertad— a la reeducación y reinserción del condenado, lo cual permite renunciar a la pura retribución como finalidad preventiva en esta sede, e

igualmente limita los fines preventivo-generales que pueden prevalecer sobre la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, si se entiende la resocialización como el proceso encaminado a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir procurando evitar la reincidencia, todas las penas —conforme al mandato contemplado en el inc. 3º del art. 27 Cn.— deben ir enfocadas a esta finalidad desde el momento de su creación y aplicación.

Así se reitera en dicho criterio que la medida de la respuesta penal en estos casos debe ser adecuadamente proporcionado a la gravedad del hecho, a la culpabilidad del autor, y a los fines de reinserción social que contempla la Constitución.

B. En el caso sometido a análisis, si el instituto legal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena brinda una limitación razonable a los derechos de quien ha cometido un delito de leve o mediana gravedad —de hasta tres años de prisión—, y de quien el Juez penal dictamina un alto pronóstico de reinserción social, *es procedente mantener la aplicación de tal sustitutivo aún en los casos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, siempre y cuando concurran las prescripciones establecidas en el art. 77 del Código Penal con las lógicas consecuencias de su incumplimiento* (art. 81 C. Pn.).

Por ende, *la prohibición establecida en el art. 71 LERARD, debe ser interpretada sistemáticamente con los requisitos de motivación establecidos en el 77 C. Pn., particularmente en lo que se refiere a lo innecesario e inconveniente del cumplimiento de una pena de prisión en aras de evitar una recaída en el delito de quien resulte favorecido con su aplicación. De no cumplirse los mismos, de acuerdo al examen judicial, la concesión tiene que ser denegada como acontece en los casos donde la ejecución de la pena de prisión se muestre adecuada de acuerdo al interés general de aplicación de la ley penal y se requiera ineludiblemente la estancia en prisión a efectos preventivo-especiales.*

Desde esta perspectiva, el juez deberá ponderar la libertad personal del condenado y la protección de la seguridad colectiva, armonizando ambos fines en la procedencia o no de la aplicación de la suspensión, a fin de establecer si los intereses de la sociedad que se traducen en la sanción puedan ser salvaguardados con el referido mecanismo penal —de igual manera con una pena sustitutiva como acontece en el reemplazo—, o si de acuerdo a las particularidades del caso, se requiere la ejecución de la pena privativa de libertad; particularmente en materia de

drogas, en donde existe un explícito interés legislativo en disuadir toda actividad encaminada a la posesión o al tráfico ilícito.

Por tanto, en relación a los supuestos que pueden resultar comprendidos dentro del art. 71 de la ley especial, *deben relacionarse aquellas situaciones donde la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no garantice de forma suficiente el control de la libertad personal de quien resulte condenado, y en los que exista un alto pronóstico de reiteración delictiva* —v. gr. decida nuevamente dedicarse al comercio de drogas—.

A efectos de tomar la decisión adecuada, el juez debe disponer de toda la información pertinente que garantice la situación personal, familiar y laboral del condenado, examinar cuidadosamente las razones que han motivado el delito y quedar demostrada la disponibilidad de la persona a someterse a las condiciones y al control que él disponga en su resolución. Todo ello, con el fin de llegar a un pronóstico positivo de que no existirá la reincidencia.

En caso contrario, si considera que la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no está en condiciones de neutralizar ese peligro de proclividad delictiva, está habilitado a ejecutar la pena de prisión en consonancia con la prescripción establecida en el art. 71 C. Pn.

4. Estas conclusiones, son una lógica consecuencia del irrestricto respeto al mencionado principio constitucional de resocialización, al que han de estar sujetas tanto las penas como las medidas de seguridad, y el cual debe ponerse en relación a cualquier trato diferenciado en materia de cumplimiento y ejecución de penas o respecto a la regulación de los beneficios en dicha sede, sin perseguir asignar a la pena de prisión de fines eminentemente retribucionistas o expiatorios, pero sí teniendo en cuenta finalidades preventivo-especiales de acuerdo al art. 27 Inc. 3º de la Cn.

Por lo anterior, debe declararse que el art. 71 inc. LERARD, no contradice el art. 3, en relación con el 27 Inc. 3º Cn., si se integra normativamente con los requisitos establecidos en el 77 C. Pn., particularmente en lo relativo al inciso primero.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas en los considerandos anteriores, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y en virtud del art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase*, de modo general y obligatorio, que en el art. 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LERARD), *no existe la inconstitucionalidad sostenida* por la contravención a los principios de igualdad y de resocialización, en la medida que la concesión del referido sustitutivo penal en los delitos relativos al narcotráfico, es factible siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el art. 77 C. Pn.; operando la prohibición de su concesión, cuando se muestre imprescindible el cumplimiento de una pena de prisión a fin de evitar una ulterior reiteración delictiva del condenado.

2. *Sobreséese* en el presente proceso en relación con la inconstitucionalidad de los arts. 33 y 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LERARD), en lo relativo a la pena de multa que aparece regulada juntamente con la pena de prisión; en virtud de haber sido anteriormente resuelta tal pretensión y declarado inconstitucional tal extremo mediante las sentencias de 9-X-2007 y 29-VII-2009, Inc. 27-2006 y 92-2007, respectivamente.

3. *Sobreséese* en el presente proceso, en relación con la inconstitucionalidad del art. 76 C. Pn., en virtud de haber sido declarado inconstitucional mediante la citada sentencia de 9-X-2007, Inc. 27-2006.

4. *Sobreséese* en el presente proceso respecto del art. 51 del Código Penal, por haber sido declarada su inconstitucionalidad en la sentencia de 21-VIII-2009, pronunciada en el proceso de Inc. 55-2006.

5. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervenientes.

6. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia al Director de dicho órgano oficial.

-----**J.B JAIME-----F. MELENDEZ-----R.E. GONZALEZ-----**
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----E.
SOCORRO C-----RUBRICADAS

Voto particular concurrente del magistrado José Néstor Mauricio Castaneda Soto.

Coincido con el fallo de la anterior Sentencia de Inconstitucionalidad N° 11-2007 y otras acumuladas, en lo que respecta a declarar que en el art. 71 de la Ley reguladora de las actividades relativas a la drogas (LERARD) no existe la inconstitucionalidad advertida por los jueces requirentes, en cuanto a la supuesta violación de los principios de igualdad y de

resocialización (arts. 3 y 27 Cn.). Sin embargo, no estoy de acuerdo con las razones expuestas en esta sentencia para fundamentar dicho fallo, con base en las consideraciones siguientes:

I. En primer lugar tengo serias reservas sobre la validez lógica del argumento expuesto por la mayoría de esta Sala. Mi opinión es que, por un lado, el tribunal no puede "añadir" una norma (proposición) de permiso a una disposición (enunciado) de prohibición (cuyas normas sólo pueden ser, en consecuencia, igualmente prohibitivas), cuando ambas tienen un objeto común. *Se trata de dos variables deónticas incompatibles entre sí.* Por otro lado, creo que esta Sala tampoco puede "interpretar" una regla especial (una excepción o diferenciación) atribuyéndole idéntico sentido que el de la regla general, pues la existencia de la primera (la regla especial) está justificada precisamente como recorte lógico o modificación del alcance de la regla general y no como su paráfrasis repetitiva.

En el presente caso, el art. 77 C.Pn. dispone que: *"En los casos de pena de prisión que no exceda de tres años (. el juez o el tribunal podrá otorgar motivadamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena"*; mientras que el art. 71 LERARD preceptúa que: *"Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley no gozarán [...] de la suspensión condicional de la ejecución de la pena"*. Como parece claro, el art. 77 C.Pn. establece una regla general con un contenido permisivo (por lo general, cuando la pena sea de 3 años el juez *puede* otorgar la suspensión) y, por su parte, el art. 71 LERARD contiene una regla especial (una diferencia o excepción de la regla general) con un contenido prohibitivo (aunque en general las penas de 3 años pueden suspenderse, respecto de las penas por delitos regulados en la LERARD el juez *no puede* otorgar la suspensión).

Al "interpretar" que el art. 71 LERARD significa que la suspensión está prohibida cuando no se cumplan los requisitos del permiso regulado en el art. 77 C.Pn. no sólo se irrespetá la lógica de las relaciones entre los contenidos deónticos de las normas y se enerva la diferenciación inherente a la dicotomía regla-excepción, sino que además se propone como tesis hermenéutica un contenido redundante, contrario al principio de economía que debería regir una interpretación racional de las normas (al evitar una conclusión de que dos disposiciones legales diferentes se limitan a repetir el mismo contenido normativo). Para formular una norma como la que la mayoría del Tribunal identifica mediante su "interpretación sistemática" de las dos disposiciones mencionadas, el enunciado del art. 71 LERARD es absolutamente irrelevante,

pues basta lo dispuesto en el art. 77 C.Pn. para llegar a ese resultado normativo. En otras palabras, lo que se ha hecho es vaciar de contenido a la primera de estas disposiciones.

II. En segundo lugar, creo que la "interpretación sistemática" y su variante de la "interpretación conforme a la Constitución" en ningún caso autorizan a esta Sala a sobrepasar el límite infranqueable de la formulación lingüística de las disposiciones objeto de interpretación. *La Sala no puede hacer decir a la disposición interpretada lo que esta no dice.* Si la disposición (el enunciado, el texto o la formulación lingüística) prohíbe, la Sala no puede "interpretar" (como proposición o norma) que la disposición permite. La interpretación debe moverse en el ámbito del texto de la disposición: no se puede atribuir a una ley inequívoca un sentido contrario y no se debe alterar la intención objetiva de la ley (*ratio legis*) para sustituirla por la intención del tribunal. La invocación de la interpretación sistemática y conforme a la Constitución no puede camuflar una auténtica reformulación de la disposición legislativa.

Las sentencias interpretativas pueden manipular los contenidos normativos de las disposiciones, pero no sus contenidos lingüísticos o su dicción literal. Trastocar o deformar el texto de la ley objeto de control para evitar su declaratoria de inconstitucionalidad es llevar demasiado lejos el principio de conservación de la ley. Los principios democrático y de corrección funcional imponen a esta Sala un cauteloso respeto por la competencia —que no debe ser invadida— de la Asamblea Legislativa para la formulación o reforma de las disposiciones legales. Atribuir a una disposición un contenido normativo incompatible con su enunciado es, en la práctica, una forma encubierta de producir su inaplicabilidad o de anular su fuerza imperativa. Así ha ocurrido en otra decisión reciente de este tribunal y así lo expuse en mi voto particular concurrente de ese fallo (Sentencia de Inconstitucionalidad N° 37-2007 y otras acumuladas, del 14-IX-2011).

En otras palabras, *con la presente decisión, la mayoría de la Sala busca el mismo efecto de una sentencia estimatoria, pero ahorrándose los costos de un pronunciamiento explícito en ese sentido.* En lugar de pronunciar un fallo coherente, la sentencia opta por introducirse en el delicado terreno de la legislación positiva. Con la torsión de los enunciados legales sometidos a su control, esta Sala ha perdido la brújula de su cometido, que es el de impedir que el legislador rebase los límites de la Constitución, pero sin impedir al legislador que, dentro de esos límites, ejerza su libertad de configuración. Este peligro es mayor en un ámbito como el de la legislación penal (al que pertenecen las reglas sobre la forma de cumplimiento de las penas),

donde debe imperar con más fuerza el principio de legalidad, no sólo como protección de la libertad de las personas, sino como espacio reservado a la ponderación democrática y discrecional de los mecanismos más intensos de protección de los bienes sociales.

III. En conclusión, sostengo que el art. 77 LERARD no es inconstitucional: a) porque la diferenciación que contiene está justificada en la valoración legislativa de la particular gravedad de las conductas tipificadas en esa ley especial (tal como se argumentó en la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 40-2006 y otras acumuladas, del 04-IV-2008); y b) porque es falso que la prohibición de suspensión de la ejecución condicional de la pena interfiera con el principio de resocialización (art. 27 Cn.), pues como lo expuso el Fiscal General de la República en su opinión, la prohibición de suspensión no equivale a un indefectible ingreso a prisión del condenado, pues el art. 74 C.Pn. reconoce que en estos casos el juez puede optar por un reemplazo de dicha pena, mediante trabajos de utilidad pública o arrestos de fin de semana. Esta debió ser la justificación de la desestimación de la inconstitucionalidad planteada por los jueces requirentes.

-----J.N CASTANEDA S-----PROVEIDO POR EL SEÑOR
MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBEN-----E. SOCORRO C-----RUBRICADAS

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO EDWARD SIDNEY BLANCO REYES

No concurro con mi voto a la formación de la anterior decisión por las siguientes razones:

I.- En el análisis de las inaplicabilidades efectuadas por los jueces requirentes, específicamente en cuanto al artículo 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas —LRARD— se sostiene que esta disposición no contradice el artículo 3 en relación con el artículo 27 inciso 3º de la Constitución, si se integra normativamente con los requisitos establecidos en el artículo 77 del Código Penal —Pn.—, particularmente en lo relativo a lo innecesario e inconveniente del cumplimiento de la pena de prisión. El fundamento sobre el que se apoya esta afirmación surge a partir del estudio de dicha disposición respecto a la satisfacción del principio constitucional de resocialización y proporcionalidad.

La decisión que antecede afirma que el legislador, en el ejercicio de producción de normas, puede seleccionar los bienes jurídicos que considere merecedores de la más intensa protección estatal por constituir la base de la convivencia social, así como las sanciones penales que se ajusten a los fines preventivo-generales perseguidos; sin embargo, ello tiene como límite el marco regulatorio dispuesto en la Constitución, específicamente los principios de la justicia y la dignidad de la persona, así como la proporcionalidad como límite a la consecución de fines intimidantes o retributivos a través de la pena.

Así, se sostiene que la resocialización implica un proceso orientado a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir, procurando evitar la reincidencia; es por ello que las penas, en general, deben tener como horizonte esta finalidad al momento de su creación y aplicación, por lo que la respuesta penal debe ser proporcionada en cuanto a la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y los fines de reinserción social que contempla la Constitución.

De ahí, se concluye que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, una vez cumplidos los requisitos dispuestos en el artículo 77 Pn., puede ser aplicado por el juez, en los casos contemplados en la LRARD, siempre que se justifique que existe un alto pronóstico de reinserción social de la persona y que se refiera a los delitos en los que es permitida su aplicación en razón de la pena impuesta.

Esto es así, porque la disposición inaplicada de la que se conoce -se sigue-debe ser interpretada sistemáticamente con los requisitos de motivación establecidos en el artículo 77 Pn., particularmente la determinación de lo innecesario e inconveniente del cumplimiento de la pena de prisión. De no cumplirse esto, resultará ineludible el cumplimiento de la pena de prisión impuesta para los efectos preventivo-especiales de la persona condenada.

II-En primer lugar, debo afirmar que comparto plenamente el estudio que se hace de cada uno de los incisos que conforman el artículo 71 de la LERARD, en cuanto a las peculiaridades que presenta, específicamente de la designación equívoca dispuesta por el legislador respecto a las categorías de imputado y condenado, en relación con los beneficios que se prohíbe otorgar a uno y otro.

Efectuada dicha precisión, debo expresar que si bien comparto algunos de los fundamentos expuestos en la decisión de la que emito mi disidencia, considero que la solución a la que se arriba no cumple con las exigencias constitucionales dispuestas para legitimar la

prohibición de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena a personas que hayan cometido delitos contenidos en la LRARD, con base en la disposición legal que se alega inconstitucional.

1. Tal como lo indica la resolución que antecede, se debe afirmar que los derechos fundamentales, en efecto, pueden ser limitados por disposiciones infraconstitucionales, mediante el establecimiento de ciertos impedimentos para su ejercicio, cuando está de por medio la garantía de otros derechos fundamentales, la seguridad de la generalidad y el bien común; sin embargo, el establecimiento de dichos impedimentos ha de hacerse con respeto al principio de proporcionalidad, y en cumplimiento de la prohibición establecida en el art. 246 inc. 1º de la Constitución, es decir, que no se altere el núcleo de los principios y derechos fundamentales.

En ese sentido, es cierto que corresponde al legislador, ante la inevitable correlación de intereses constitucionales, determinar para cada caso cuál es el punto de equilibrio entre los mismos, pues las disposiciones constitucionales se caracterizan porque nunca son mutuamente excluyentes; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, pues se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible.

Por ello, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la de los demás.

Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todos los supuestos de conflicto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otros casos. Se trata de una preferencia móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente del otro, sino a la preservación abstracta de ambos; esto es, la búsqueda de una solución intermedia que, en puridad, no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.

Especificamente, respecto al fin resocializador de la pena, esta Sala ya se ha pronunciado indicando que, este —al igual que la consecución de fines preventivo generales— como meta del sistema, se encuentra indisolublemente unida a otros principios limitadores del poder punitivo

del Estado, como el de fragmentariedad y subsidiariedad del castigo estatal, así como el de culpabilidad y de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, las penas privativas de libertad han de ser utilizadas frente a aquellos conflictos sociales que no puedan ser solucionados por medios menos gravosos, y en la adecuada proporción a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, sin sobrepasar tales criterios de ninguna manera —v. gr. resolución de Inc. 5-2001 Ac. de fecha 23-12-2010—.

2. Así las cosas, al dotar de validez constitucional al artículo 71 de la LRARD, se está avalando el establecimiento de una distinción apriorística que impide la concesión de un beneficio dispuesto para suspender la ejecución de la pena, ya que permite que el legislador consigne supuestos en los que se excluye como regla su otorgamiento. Y, por tanto, se veda la oportunidad para que la autoridad jurisdiccional pondere si para el caso de personas a las que se ha condenado por un delito contenido en la ley especial de drogas, cumple con los requisitos dispuestos en el artículo 77 Pn. para acceder a la suspensión del cumplimiento de la pena impuesta, en razón de las características personales del responsable penalmente que pueda llevar a la consideración de lo innecesario e inconveniente de su cumplimiento.

Si bien, la decisión de mis colegas Magistrados señala que es posible hacer una interpretación sistemática de la disposición inaplicada con los requisitos de motivación dispuestos en el artículo 77 Pn. para conceder este beneficio, a efecto de sostener la constitucionalidad de la disposición en estudio; se parte de una premisa incorrecta, y es la de considerar que el art. 71 LRARD debe analizarse tomando en cuenta siempre los requisitos aludidos en la disposición del Código Penal relacionada y la motivación judicial sobre ello, con lo cual la *prohibición* de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena dispuesta en dicho artículo, no se aplique por *ministerio de ley* sino que siempre será requerido la concurrencia de aquellos presupuestos.

Lo dicho en la sentencia emitida en este proceso desconoce el mandato legislativo contenido en la norma objeto de análisis, en tanto, el legislador claramente ha contemplado apriorísticamente conductas delictivas específicas de las que se excluye la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin dejar margen para que el juzgador tome en cuenta las consideraciones específicas del caso en concreto.

Por tal motivo, no puedo compartir la afirmación de que el análisis dispuesto por mis compañeros Magistrados, permite considerar que la disposición impugnada solo tiene aplicación

si se cumple con la motivación judicial sobre lo necesario y conveniente que para cada caso, resulte el cumplimiento de la pena de prisión impuesta de acuerdo al análisis judicial que de ello se efectúe y, por tanto, no sea aplicable la suspensión condicional de la misma, porque lo prescrito en el art. 71 indicado, es una prohibición clara que impide dicho análisis sobre la procedencia de suspender la ejecución de la pena para los delitos dispuestos en la ley especial referida. No cabe otra interpretación cuando el legislador expresamente contempla "Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena...".

No se trata de un contenido normativo que pueda ser armonizado a los preceptos constitucionales, ya que la claridad de su redacción impide considerar que bajo alguna fórmula o interpretación sistemática de las disposiciones pertinentes, pueda alcanzar el estándar constitucional exigible.

3- Consecuentemente, mi voto se sustenta en la consideración que la autoridad judicial debe, en todos los casos, verificar si luego de la imposición de una pena de prisión por la determinación de la responsabilidad de una persona, existen las condiciones legalmente dispuestas para conceder o no el beneficio de la suspensión condicional de su ejecución, y si del análisis que se realice, se concluye que no se cumplen con los mismos, deberá ejecutarse la pena impuesta. En ese sentido, la prohibición de otorgar este beneficio no debe surgir de la existencia de una disposición legal que así lo prescriba, sino del análisis judicial acerca de los derechos constitucionales puestos en juego, para que sea el juicio de ponderación entre los mismos el que determine si, para el caso que se analice, deberá prevalecer el fin de resocialización de la persona condenada o los fines preventivo-especiales propios de la pena de prisión.

En ese sentido, debo aclarar que las reglas básicas contempladas en el artículo 77 del Código Penal, concernientes a los requisitos para el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, son los que permiten analizar su procedencia y, por tanto, no existe vacío legal derivado de la inconstitucionalidad que advierto en la disposición legal en estudio.

4- Consecuentemente, considero que la resolución procedente al presente caso era una sentencia que declare la inconstitucionalidad del artículo 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, a fin de atender a los fines de resocialización de la pena dispuestos en el art. 27 de la Constitución, en los supuestos en los que proceda el análisis de la

concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, luego de una valoración judicial del caso concreto.

San Salvador tres de octubre de dos mil once.

-----E.S. BLANCO R-----PRONUNCIADO POR EL MAGISTRADO QUE LO-----
-----SUSCRIBE----- E. SOCORRO C-----RUBRICADAS