

**47-2012**

## **Inconstitucionalidad**

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas con treinta minutos del día cinco de julio de dos mil trece.

Se tiene por recibido el escrito presentado por la Asamblea Legislativa, mediante el cual rinde el informe establecido en el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L.Pr.PCn.). Previo a seguir el trámite correspondiente, esta Sala considera necesario efectuar las siguientes consideraciones:

**I. 1.** El presente proceso constitucional fue promovido mediante requerimiento efectuado por el Juzgado Tercero de Paz de Soyapango, con el objeto de analizar la constitucionalidad del art. 34 inc. 1° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas —LERARD—, por la supuesta vulneración de los arts. 1, 2, 8 y 246 inc. 1° Cn., que contemplan los principios constitucionales de dignidad humana, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad.

La disposición en análisis establece:

### **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.

2. Por auto de fecha 24-VIII-2012, luego de depurar el contenido normativo establecido en el requerimiento judicial realizado por la autoridad mencionada, se recibió la certificación de la resolución remitida, para que esta Sala se pronunciara sobre la referida disposición penal especial.

3. En síntesis, el juez requirente sostiene que la regulación en análisis inobserva los principios constitucionales de dignidad humana, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, ya que la tenencia o posesión de droga en cantidades de hasta dos gramos para fines de consumo, no lesiona ni pone en peligro la salud pública que es el bien jurídico protegido en la LERARD. Adicionalmente, considera que el castigo penal a la conducta en mención, supone una limitación desproporcionada al derecho fundamental de libertad, vulnerando entonces los arts. 1, 2, 8 y 246 inc. 1° de la Constitución.

**II. 1.** Mediante Sentencia de 16-XI-2012, pronunciada en el proceso de Inc. 70-2006, este Tribunal estimó la constitucionalidad de la referida disposición, conforme los siguientes considerandos:

A. El derecho a la libertad en general, primeramente, se configura en una faceta personal e íntima integrada por un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible, el cual no puede estar sujeto a interferencia alguna por parte de los poderes públicos. Y que la sanción establecida en las normas penales, debe entrar a funcionar únicamente a partir de su exteriorización, mediante el uso de comportamientos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de terceros.

Conforme a tales recaudos, el legislador puede prescribir diferentes formas de comportamientos con relevancia penal, siempre y cuando se relacionen con la característica de la *alteridad*, sin que pueda inmiscuirse a través de sus mandatos cuando no exista una interferencia lesiva a terceros. A ello se refiere el art. 3 del Código Penal cuando establece: "[n]o 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".

Desde este punto de vista, el principio de lesividad constituye el fundamento axiológico y el límite fundamental en la estructuración constitucional del delito, en la medida en que las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques a bienes jurídicos individuales o colectivos. De ahí que, la trascendencia social del bien jurídico, la peligrosidad de la conducta, el resultado y la modalidad subjetiva demostrada por el agente, son los parámetros objetivos y legítimos para graduar la proporcionalidad que la pena debe tener, juntamente con la consecución de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con su imposición.

Por otra parte, la penalidad de las conductas incriminadas por las leyes penales, están sujetas al principio de proporcionalidad o de "prohibición del exceso", en la medida que el rigor de las sanciones no puede implicar un sacrificio innecesario o desproporcionado. Así debe existir una racional correlación entre el bien o interés protegido por la norma penal y el sacrificio a la libertad que contempla abstractamente la sanción. Debiendo indagarse si tal *quantum* sancionatorio es idóneo y necesario para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado.

Y finalmente, comprobar si el objeto de control —el precepto penal— es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena, siempre desde la perspectiva de la lesividad y sin entrar al análisis de la aptitud de la extensión de la pena para los fines que prescribe el art. 27 inc. 3° Cn.

En síntesis, la sanción criminal debe ser apta para alcanzar los fines que la justifican, en

virtud de este criterio de idoneidad, ya que 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. Y es aquí, donde el principio de proporcionalidad exige un uso razonable de la pena, que no puede ir más allá de lo que la dignidad humana permita. Tal intelección, es la que ha permitido a un amplio sector doctrinario propugnar por el *principio de insignificancia* como un criterio interpretativo teleológico válido, que determina la atipicidad de aquellos ilícitos que no tienen la entidad suficiente para merecer la consecuencia jurídica establecida en el precepto aplicable del Código Penal. En otras palabras, *dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la forma más intensa de desaprobación de una conducta que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para aplicar dicha reacción estatal*

B. En relación con los incisos 1° y 2° del art. 34 LERARD se sostuvo, en términos generales, que la incriminación que el legislador ha efectuado de todas aquellas actividades que supongan el trasiego o intercambio de drogas u otras sustancias que sirvan para su modificación o fabricación o que conlleven un riesgo generalizado para todos los ciudadanos, en relación con su nivel de bienestar físico y psíquico deben reputarse constitucionales, siempre y cuando supongan un riesgo a la salud pública de la nación, e impliquen la promoción y el favorecimiento en cuanto al uso de dichas sustancias (art. 65 Cn.)

Sin embargo, conviene distinguir de aquellas actividades encaminadas a la promoción o favorecimiento del consumo de drogas, otras que únicamente competen un ejercicio de libertad —aunque sea dañoso— para el propio individuo que realiza dicha actividad arriesgada. En este último caso, no resulta admisible constitucionalmente el castigo a conductas cuya naturaleza sea auto-referente —es decir, sin posibilidad remota de poner en peligro a otros— efectuadas por mayores de edad y conforme a una decisión individual de afectar su propia salud, pues ello implicaría una desmesura punitiva violatoria de los principios de proporcionalidad y lesividad.

Por ende, en la decisión anteriormente relacionada, esta Sala ha efectuado una interpretación conforme de los incs. 1° y 2° de la LERARD, señalando que la posesión o tenencia con una finalidad de 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. *A contrario sensu*, si es factible apreciar —con independencia de la cantidad— que la sustancia incautada esta

preordenada para algunas de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas, resultará correcto instruir el respectivo informativo penal.

C. Ante tal obligada distinción que debe efectuar el juez de la causa, el criterio cuantitativo expresado en la ley —menos de dos gramos o más de dicha cantidad— resulta un dato a tener en cuenta, pero que no puede constituirse en el único criterio relevante a efectos del juicio de tipicidad; siendo necesario tomar otras circunstancias que se relacionan con el *tipo de droga, su forma de ocupación y las que se relacionen con la personalidad de su poseedor*.

Así, el denominado *ánimo para traficar* podrá ser deducido dentro del análisis judicial, conforme una variedad de indicios entre los que destacan: (a) el tipo de drogas; (b) el grado de pureza; (c) la nocividad; (d) la 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 por quien la detenta; (j) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga, (k) o de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del proceso; y (l) el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.

En conclusión, y tal como se sostuvo en el referido fallo, tanto el inc. 1° como el 2° del art. 34 LERARD, requerirá el establecimiento de ese presupuesto subjetivo —el "ánimo de traficar"— 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 deberán plasmarse en la motivación de la decisión judicial.

Es cierto que ello implica una clara identidad entre las conductas reguladas en los incs. 2° y 3° del art. 34 LERARD, pero se trata de un supuesto que el juez deberá resolver conforme los ámbitos del concurso aparente de normas —y en particular, del principio de alternatividad— y de otros recursos que proporcione la dogmática jurídico-penal.

2. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala advierte que el presente proceso constitucional coincide con el objeto y el parámetro de control examinados en la Sentencia de 16-XI-2012, Inc. 70-2006.

Al efecto, conviene tener presente —como se ha reiterado en la jurisprudencia de esta Sala—que el proceso de inconstitucionalidad consiste en un control abstracto sobre una

disposición o cuerpo normativo infra-constitucional con la Ley Suprema, cuyo propósito es enjuiciar la conformidad o disconformidad de la primera en relación a la última (Sentencias de 3-XI-96 y 18-IV-2006, Incs. 6-93 y 7-2005).

Por tanto, si la inconstitucionalidad planteada se refiere a una disposición, acto de aplicación directa de la Constitución o a una omisión que ya fue objeto de decisión por parte de este tribunal —en relación con los mismos motivos y parámetros constitucionales— no existe justificación o fundamento jurídico alguno para su inicio —si no ha sido admitida la demanda— o continuación —si ya fue iniciado el proceso de inconstitucionalidad—.

3. En consecuencia, cuando existe un pronunciamiento de fondo por parte de esta Sala respecto de un específico objeto de control, *carece de sentido tramitar tanto los procesos pendientes de resolución definitiva como los nuevos procesos que se presenten, si en estos se requiere el examen constitucional de los mismos motivos de inconstitucionalidad ya dirimidos por este Tribunal, pues ello implicaría un dispendio procesal que conducirá a una sentencia definitiva igual a la precedente*. Por esta razón, si acaecen las referidas circunstancias, corresponde terminar de manera anormal los procesos posteriores. Y dado que se ha demostrado la existencia de una resolución pronunciada por esta Sala atinente al mismo objeto de control, motivos y parámetro constitucional que los propuestos en este proceso, de conformidad con lo sostenido por la jurisprudencia de esta Sala, corresponde *sobreseer* el presente proceso constitucional.

### **III. En virtud de lo anterior, esta Sala RESUELVE:**

1. *Sobreséese* el presente proceso constitucional promovido mediante requerimiento efectuado por el Juzgado Tercero de Paz de Soyapango, con el objeto de analizar la constitucionalidad el art. 34 inc. 1° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas —LERARD—, por la supuesta vulneración de los arts. 1, 2, 8 y 246 inc. 1° Cn., que contemplan los principios de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, en virtud que dichos motivos ya fueron resueltos en la Sentencia de 16-XI-2012, Inc. 70-2006.

#### *2. Notifíquese.*

-----J.S.PADILLA-----F.MELENDZ-----J.B.JAIME-----R.E.GONZALEZ -----  
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----  
-----E.SOCORRO C.-----SRIA.-----  
-----RUBRICADAS-----