

70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007 Inconstitucionalidad.

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.

Los presentes procesos acumulados fueron iniciados, de conformidad con el artículo 77-F L. Pr. Cn., mediante los siguientes requerimientos: los registrados con los números 70-2006 y 71-2006, por certificación de las resoluciones de 10-XI-2006 y 14-XI-2006, respectivamente, pronunciadas por el Juzgado Décimo Cuarto de Paz de San Salvador; el 5-2007, por certificación de la resolución de 18-I-2007, pronunciada por el Juzgado Cuarto de Instrucción de San Salvador; el 15-2007, por certificación de la resolución de 31-I-2007, pronunciada por el Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador; y los registrados como 18-2007 y 19-2007, por certificación de las resoluciones de 24-I-2007 y 9-II-2007, respectivamente, pronunciadas por el Juzgado Primero de Instrucción de Santa Tecla; en las que declararon inaplicables los arts. 34 incs. 1° y 2° y 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LERARD), por violación a los arts. 2, 3, 11, 12, 83, 144 inc. 2° y 246 de la Constitución.

Las disposiciones inaplicadas prescriben:

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 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.

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 sustitución de la detención provisional.

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

I. En el proceso, los intervinientes expusieron:

1. A. Por resoluciones de 10-XI-2006 y 14-XI-2006, el Juzgado Décimo Cuarto de Paz de San Salvador, sostuvo que el art. 71 LERARD establece que los beneficios de excarcelación y suspensión condicional de la ejecución de la pena, quedan excluidas de la normativa penal relativa a las Drogas. Que, de conformidad con las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal, existe un catálogo de salidas legales y anticipadas al proceso penal que se sustentan en el principio de legalidad y debido proceso prescritos en los arts. 11 y 12 de la Constitución; de ello resulta que, al denegarlas en los delitos relativos a las drogas, el art. 71 LERARD contraría el principio de igualdad contenido en el art. 3 de la Constitución.

En ese sentido –dijo–, independientemente si son leyes generales o especiales, la legislación secundaria debe potenciar el desarrollo del principio de igualdad en lugar de limitarlo; si bien es cierto que el debido proceso que regula el art. 11 Cn. debe interpretarse de modo que todo proceso deba hacerse con arreglo a las leyes, éstas no pueden contrariar a la Constitución. Por ello, la disposición inaplicada, al hacer distinciones en el procedimiento penal (que deba aplicarse a las personas procesadas por los delitos contenidos en la LERARD), no es coherente con el art. 3 Cn., en relación con los arts. 11 y 12 Cn., ya que el parámetro para conceder cualquier beneficio debe ser la pena impuesta y no el tipo de delito.

Por ello, resulta procedente la inaplicación de la mencionada disposición, a fin de que el procesado pueda gozar de un beneficio de reemplazo de la eventual pena de prisión a imponer; asimismo, este tribunal –dijo– hace pronunciamiento siempre con la facultad prevista en el art. 185 Cn., en lo relativo a la inaplicación de la norma penal especial en la parte relativa a la imposición de multa de cinco a mil salarios mínimos urbanos vigentes, que regula el art. 34 inc. 1º LERARD, pues al admitirse la figura del procedimiento abreviado –para el caso de la pena de prisión– y en relación con la cantidad de sustancia que se le incautó al procesado, la acción debe responder en forma penal al amparo del art. 5 C. Pn., que establece que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

Lo anterior implica –agregó– que la sanción que se prevé en la disposición recién mencionada –pena principal de *dos* años de prisión– *no resulta proporcionada en atención a la cantidad de sustancia incautada y al bien jurídico protegido* –la salud pública–.

Por otra parte –agregó–, la Constitución prohíbe que se enjuicie dos veces a una persona

por la misma causa, al interpretar este mandato, se puede concluir que el legislador debe perseguir que no se imponga *doble pena* por un mismo hecho; en ese orden, al contener el delito de Posesión y Tenencia una *pena de prisión* y una *pena de multa* el resultado es el mismo porque hay una doble pena y eso es contrario al espíritu del art. 11 Cn.

En igual sentido se pronunció respecto del inciso 2° del art. 34 LERARD, en la resolución de 14-XI-2006, que dio inicio al proceso 71-2006, acumulado al presente.

B. En las resoluciones de admisión de ambos procesos, la Sala delimitó los términos de conocimiento sobre la constitucionalidad de las disposiciones inaplicadas, a fin de definir el marco de conocimiento de la decisión definitiva que corresponda emitir y los efectos de esta forma de inicio del proceso de inconstitucionalidad.

Así, con respecto a la inaplicación del art. 71 de la LERARD, se dijo que los argumentos plasmados en la inaplicabilidad respectiva y el contenido de la disposición objeto de control se adecuan a una posible violación al principio de igualdad. Mientras que, en relación con la inaplicación de los incs. 1 ° y 2° del art. 34 de la LERARD, se observó que puede inferirse de otro parámetro de constitucionalidad relacionado con la supuesta desproporción que existe entre la regulación de una pena de prisión conjuntamente con otra de multa para el delito de Posesión y Tenencia, según la cantidad de droga y el bien jurídico protegido, y –por tanto– el motivo de inconstitucionalidad se circunscribió a la contradicción al principio de proporcionalidad contenido en el art. 246 de la Constitución.

2. A. El Juzgado Cuarto de Instrucción de San Salvador –en resolución de 18-I-2007– sostuvo que el art. 71 LERARD establece una consideración negativa *ex lege* con respecto a la idoneidad del hecho y del condenado para acceder a los beneficios mencionados en dicha disposición. Se trata de un tratamiento discriminatorio, diferenciado, el cual se funda más en cuestiones de política criminal que en los propios principios que rigen el Derecho Penal y su aplicación.

A lo dicho agregó que el artículo 185 de la Constitución permite a los jueces ejercer un control difuso de la constitucionalidad en el sentido de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición contraria a los principios constitucionales. Esta facultad permite ejercer un control de tal forma que la constitucionalidad impere dentro de un debido proceso penal.

Por ello –sostuvo–, negar a los detenidos la aplicación de un beneficio en favor de su libertad es atentatorio contra el principio contenido en el art. 3 Cn., referente al derecho de

igualdad jurídica que tienen las personas; ya que, frente a supuestos de hecho iguales, las consecuencias deben ser las mismas, y no es posible –siguió–, que los beneficios a favor de la libertad de los imputados o detenidos sean aplicables únicamente a los delitos de distinta naturaleza, excluyendo de manera automática los delitos contenidos en la citada Ley, aunque enfrenten idéntica penalidad.

Por eso –continuó–, se declara inaplicable el art. 71 LERARD, por ser contrario a lo establecido en los artículos 3 y 21 Cn.; asimismo, en relación con el art. 34 inc. 2° LERARD, se declara inaplicable pues no resulta equitativo condenar a los imputados al pago de la multa dada su situación económica.

B. Por resolución de 9-II-2007, esta Sala delimitó los motivos de inaplicabilidad susceptibles de ser conocidos en un proceso de inconstitucionalidad de naturaleza abstracta; así, en relación con la inaplicación de la pena de multa que consta en el art. 34 inc. 2° de la LERARD, se observó que el juez remitente invocaba como fundamento de su resolución, *la cantidad ínfima de droga decomisada a los imputados así como la situación económica deplorable de éstos a raíz de la detención*; este motivo de inaplicabilidad –se dijo– no ha cumplido con los elementos mínimos referidos en el art. 77-C de la L.Pr.Cn. para realizar el control difuso que se ejerce con base en el art. 185 Cn., pues no se expresó la disposición constitucional que resulta vulnerada, ni las razones de naturaleza constitucional de esa vulneración.

Bajo esa perspectiva, esta Sala sostuvo que los requisitos mínimos de las resoluciones de inaplicabilidad no pueden suplirse de oficio, y en el caso particular, partiendo de lo establecido en el art. 77-F inc. 1° de la L. Pr. Cn., la sentencia remitida constituirá un requerimiento a este Tribunal únicamente en lo que atañe a la inaplicabilidad del art. 71 de la LERARD, por la contradicción advertida respecto de los arts. 2 y 3 Cn., en cuanto a los principios de necesidad penal y de igualdad en la formulación de las leyes.

3. A. En resolución de 31-I-2007, el Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador sostuvo –entre otros aspectos relacionados con el control difuso de constitucionalidad– que el principio de supremacía constitucional exige una necesaria congruencia o compatibilidad en todo el orden jurídico para con la Constitución; en tal sentido, dicho principio de supremacía se constituye como el antecedente del control o de la revisión constitucional, que se manifiesta en mecanismos de confrontación de normas con la Constitución, verificando si están o no de

acuerdo con ella y de no estarlo los declara inconstitucionales, privándoles de eficacia.

B. Por otro lado, y en cuanto a los motivos de inaplicación en el caso concreto, sostuvo que el artículo 3 Cn. contempla el principio constitucional de igualdad, el que además es un derecho subjetivo que posee toda persona a recibir trato igual al resto de personas, y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley.

En ese sentido –agregó–, se puede sostener que un órgano jurisdiccional no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones en casos sustancialmente iguales, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada. En los supuestos de decisiones desiguales, debidas a órganos plurales, corresponde a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley.

Puede concluirse entonces –afirmó– que el derecho a la igualdad se puede evidenciar en dos parámetros constitucionales: el primero, en cuanto a la igualdad ante la ley, la cual se enuncia que, frente a supuestos de hecho iguales, las consecuencias deben ser las mismas; mientras que el segundo se refiere a la igualdad en la aplicación de la ley, principalmente en el ámbito judicial, de manera que las resoluciones judiciales deben ser las mismas al analizar los mismos presupuestos, aunque sean órganos distintos.

El artículo 71 LERARD –dijo–, al excluir el beneficio de la *suspensión condicional de la ejecución de la pena*, independientemente del delito que se haya cometido, no hace distinción en cuanto a la posible pena que pueda enfrentar un imputado. En el Código Penal se encuentran tipificados una serie de delitos que contemplan idéntica penalidad o rangos de ella, que son semejantes a las que establece la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; por lo que ello evidencia una desigualdad ante la ley, ya que por el cometimiento de algunos delitos –contemplados en el Código Penal–, teniendo un rango abstracto de penalidad igual, se concede el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, mientras que para los delitos relativos a las drogas no se puede acceder a dicho beneficio.

Por tanto el Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador declaró inaplicable el art. 71 LERARD, por violación al principio de igualdad –art. 3 Cn.–, en tanto que establece que los imputados procesados y condenados por los delitos tipificados en esa misma ley, no podrán gozar del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo que a su criterio

constituye una diferenciación arbitraria, en relación con los delitos comunes con idéntica penalidad.

4. En las resoluciones de 24-I-2007 y de 9-I-2007, el Juzgado Primero de Instrucción de Santa Tecla sostuvo que, no obstante lo establecido en el art. 71 LERARD, decide inaplicarlo por considerar que dicha disposición es contraria a lo dispuesto en el art. 1 Cn., en tanto que contraviene derechos fundamentales, como la libertad y la igualdad.

La igualdad –dijo, sin mayor profundidad en los argumentos– nace de la estructura y conformación de dos conceptos universales: equidad y justicia, los cuales en su conjunto constituyen la piedra angular sobre la que descansa la actividad jurisdiccional. Cada uno de estos es semejante por converger en el intento de conseguir lo más adecuado y el mejor tratamiento al individuo en la resolución de los conflictos sociales.

5. La Asamblea Legislativa rindió informes en los que justificó la constitucionalidad de la disposición inaplicada en igual sentido para todos los procesos acumulados al presente.

Al respecto afirmó que la salud es un bien público y tanto el Estado como los particulares están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. En ese sentido, es política del Estado salvadoreño cumplir los acuerdos y convenios multilaterales suscritos y ratificados en materia de drogas; en consecuencia, las políticas y actividades que defina están orientadas al cumplimiento de los compromisos derivados de los mismos.

La drogadicción –sostuvo– es un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los habitantes de la República y es, además, factor criminógeno que atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad. El combate y el control de las actividades ilícitas es una forma de prevenir el problema de la drogadicción y para ello se hace necesaria emitir disposiciones encaminadas a erradicar tal actividad, y tipificar como delitos variadas conductas que se relacionan con ellas y que atenten contra la salud de los habitantes de la República.

Después de citar jurisprudencia de esta Sala, en materia de igualdad, legalidad y unidad del ordenamiento jurídico, la Asamblea sostuvo que la disposición inaplicada pretende que los imputados de los delitos relativos a las drogas 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. Argumentos con los cuales concluyó su informe solicitando se declare que no existe la inconstitucionalidad advertida por la

jurisdicción ordinaria.

6. Acumulados que fueron los procesos que iniciaron con las resoluciones de inaplicabilidad relacionadas al inicio de esta decisión, se corrió traslado al Fiscal General de la República para que –de conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn.– se pronunciara sobre las inconstitucionalidades advertidas por los jueces requirentes en un solo informe.

Al analizar las inconstitucionalidades señaladas, el Fiscal General sostuvo que se advierte que los jueces han hecho una valoración parcializada y personal, ya que toman como base únicamente derechos subjetivos a favor del encausado y olvidan los derechos que también tiene el *sujeto pasivo* o *víctima*, los cuales son primordiales para la convivencia en sociedad.

De tal manera –dijo–, invocar derechos del encausado en detrimento de otros derechos primordiales no es adecuado, pues sería como tolerar todas las formas del delito en lugar de prevenirlo; no se puede, por razones jurídicas e incluso éticas, invocar privilegios para el imputado, cuando la víctima tiene iguales derechos que los del agresor y querer desnaturalizar lo anterior atenta contra los valores de una relación de rango en los que prevalecería el valor negativo al positivo, el valor individual al de la colectividad.

Debe hacerse énfasis –sostuvo– en que las excepciones que contempla la disposición inaplicada son ley expresa y de obligatorio cumplimiento para garantizar a los ciudadanos el debido respeto a sus derechos. Es más, un ordenamiento jurídico no estaría justificado, sino en la medida en que cumpla los valores superiores que justifiquen su existencia, dejando ver claramente esa función de seguridad jurídica que debe encarnar el derecho; de todo lo anterior se puede valorar que la pena no es una construcción a la observancia de la norma, la ley penal supone una prohibición y entra en vigor cabalmente en el caso en que sea transgredida.

Si la normativa penal –siguió– estableció excepciones a ciertos delitos y circunstancias para que, en el ejercicio del *ius puniendi*, el Estado siga ciertas acciones jurídicas para nombrar y reglamentar la convivencia social, habrá que apegarse a esa normativa, y por lo tanto no puede existir vulneración al principio de legalidad, pues todo se ha reglamentado con anterioridad al hecho, debiendo por lo tanto someternos a dicho ordenamiento jurídico.

Del mismo modo –agregó–, no puede existir violación al principio de igualdad y libertad, puesto que tales hechos, aunque se quieran equiparar, no son iguales; las razones valorativas de los hechos son diferentes; puesto que, cuando en nuestra Constitución son relacionados como fundamentos de la dignidad humana, deben entenderse en una supremacía universal para todos y

no únicamente para el imputado; de ser así, se contraría otro principio constitucional, que todos somos iguales ante la ley, en tanto que podríamos inferir que no se estaría haciendo justicia, por una interpretación caprichosa y subjetiva de la norma jurídica.

El art. 34 LERARD –manifestó– únicamente desarrolla un precepto constitucional, en el sentido que toda acción penal conlleva el resarcimiento de un daño civil; pero debe entenderse que esto no significa la imposición de una multa, sino más bien aplicar la sanción pecuniaria basada en el parámetro establecido por la ley. Por el espíritu de la ley, debe entenderse que hablar de salario mínimo, es la forma de retribución a la sociedad por el daño causado por el cometimiento de un ilícito penal; es decir, que el término “multa” debe verse como una sanción de carácter penal y no como una sanción administrativa, debido a que el Órgano Judicial no puede imponer multas, pero si puede sancionar los ilícitos penales que cometan los individuos contra la sociedad, mediante la sanción económica que la misma ley da como parámetro en el art. 34 LERARD.

Por lo tanto –afirmó–, queda claro que no se está imponiendo ninguna clase de multa administrativa, sino una sanción penal, y contrariar este concepto aduciendo que vulnera el art. 246 Cn., es ir contra ley expresa, previamente establecida y de obligatorio cumplimiento.

Basado en los argumentos antes expresados y demás reflexiones sobre la disposición inaplicada, el Fiscal concluyó que la regulación de las drogas es una normativa que protege un bien público como la salud, y debe aplicarse puesto que un ordenamiento jurídico no estaría justificado, sino cuando cumple valores superiores que justifiquen su existencia. La dimensión funcional del derecho consiste en tratar de asegurar la garantía jurídica, pues no puede haber derecho sin seguridad; el Estado debe asegurar las condiciones mínimas para su propia existencia y para poder realizar los proyectos colectivos, de lo contrario se llegaría a una situación de desorden social y anarquía.

Por lo tanto –agregó–, podemos establecer que no existe contradicción entre el art. 71 LERARD y los arts. 2, 3, 83 y 144 Cn., ya que, cuando existe conflicto entre los intereses de una persona y los intereses de la mayoría de la población, tendrán preferencia estos últimos.

Asimismo, con respecto al art. 34 inc. 2º LERARD –dijo–, claramente se deduce que no se está imponiendo ninguna sanción administrativa sino de carácter penal, que al llevar aparejada la acción civil, conlleva el resarcimiento del daño económico causado a la sociedad por el ilícito penal realizado, y por lo tanto no existe la inconstitucionalidad alegada sobre el artículo en

mención, por la supuesta violación al principio de proporcionalidad expresado en el art. 246 Cn.

II. Luego de haber expuesto las distintas contradicciones a la Constitución que han esgrimido los tribunales para sustentar las respectivas inaplicabilidades de las disposiciones en cuestión, 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.

I. En una primera acotación, es preciso resumir los motivos de inconstitucionalidad que generaron el control difuso por parte de los jueces requirentes, a fin de verificar sobre cuáles contrastes constitucionales ya existe un pronunciamiento en esta sede, y con base en ello, delimitar el objeto de esta decisión hacia aquellos puntos que no han sido resueltos previamente.

A. En las inaplicabilidades que dieron inicio a los procesos 70-2006 y 71-2006, el Juzgado Décimo Cuarto de Paz de San Salvador consideró –por un lado– que el art. 71 LERARD vulneraba al principio de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn., y –por el otro– que el art. 34 i ncs. 1° y 2° LERARD contradecían al principio de proporcionalidad, en tanto que la sanción –pena principal *de prisión*– no resulta proporcionada en atención a la cantidad de sustancia incautada –*menos de dos gramos, para el inciso 1 ° y más de dos gramos para el inciso 2°*– y al bien jurídico protegido –la salud pública–.

Asimismo, declaró inaplicable ambos incisos de dicha disposición por contemplar a la vez pena de prisión y multa pecuniaria, por vulnerar la prohibición de doble penalización sobre el mismo hecho, que el juez requirente deriva del art. 11. Cn.

B. En la inaplicabilidad que dio inicio al proceso de inconstitucionalidad 5-2007, el Juzgado Cuarto de Instrucción de San Salvador sostuvo que el art. 71 LERARD contradice –por un lado– al principio de igualdad y –por el otro– al principio de necesidad de las penas, derivado del art. 2 Cn., en tanto que obliga al cumplimiento completo de la condena –deniega la libertad condicional, en términos más precisos– sin tomar en cuenta la *necesidad* de ello.

C. En las admisiones de los procesos de inconstitucionalidad 15-2007, 18-2007 y 19-2009, se determinó que los tribunales requirentes declararon la inaplicabilidad del art. 71 LERARD por la supuesta violación al principio de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn.

Con base en lo anterior, se pueden resumir los siguientes contrastes advertidos sobre las disposiciones inaplicadas y que son el objeto de conocimiento del presente proceso: (a) el art. 71

LERARD, por violación a la igualdad –art. 3 Cn.–; (b) el art. 71 LERARD, por violación al principio de necesidad de las penas –art. 2 Cn.–; (c) el art. 34 LERARD, por violación a la prohibición de “doble sanción” por un mismo hecho –art. 11 Cn.–; (d) el art. 34 i ncs. 1 ° y 2° LERARD, por violación al principio de proporcionalidad de la pena en relación con el bien jurídico y la intensidad de la conducta típica –art. 246 Cn.–.

2. Algunos de los contrastes mencionados, y que son los que ahora nos ocupan, ya han sido resueltos por esta Sala en diversas sentencias.

Sobre esta situación, debe recordarse que el proceso de inconstitucionalidad iniciado vía remisión de inaplicabilidades, por el hecho de fundarse en el ejercicio judicial del control difuso (art. 185 Cn.) –de conformidad a lo establecido en el art. 77-F de la L.Pr.Cn.–, se resuelve sobre la base de un requerimiento judicial, de acuerdo con la remisión de resoluciones en las cuales se ha declarado la inaplicabilidad de algunas disposiciones infraconstitucionales.

En consecuencia, los procesos de inconstitucionalidad iniciados vía requerimiento judicial, cuyo fundamento radique en la inaplicabilidad de una disposición infraconstitucional cuyo contraste constitucional ya fue decidido por este Tribunal, sobre los mismos motivos y parámetros constitucionales, no pueden llegar a resolverse en sentencia de fondo, pues carece de sentido volver a pronunciarse sobre aspectos ya dilucidados.

Consecuentemente, este Tribunal ha manifestado que, ateniéndose al verdadero significado de la figura del sobreseimiento, puede válidamente interpretarse que el legislador estableció esta salida procesal como mecanismo de rechazo para todas aquellas demandas que, por uno u otro motivo, no pueden ser capaces de producir terminación normal del proceso.

3. La inconstitucionalidad del art. 71 LERARD por la supuesta violación a la igualdad se conoció en las sentencias de 4-IV-2008 y 3-X-2011, Incs. 40-2006 y 11-2007, respectivamente.

A. Así, en la sentencia pronunciada en el proceso Inc. 40-2006 se estableció que el art. 71 LERARD no contradice al art. 3 –igualdad en la formulación de la ley–, pues la denegación de beneficios penitenciarios forma parte de la libertad de configuración penal reconocida al legislador; y la denegación de medidas sustitutivas se fundamenta en la incidencia que el supuesto contenido en esa disposición tiene sobre el peligro procesal requerido para la detención provisional.

En efecto, dicha sentencia determinó 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.

B. Asimismo, en la sentencia pronunciada en la Inc. 11-2007 ya citada, se dijo que en el art. 71 LERARD no existe la supuesta violación 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.

C. En ese sentido, existe una imposibilidad de pronunciarse en el presente proceso sobre los motivos de inaplicabilidad relacionados con la violación al principio de igualdad, pues existe una identidad argumental sobre los mismos con los ya dilucidados en sentencias desestimatorias, pronunciadas en los procesos de Inc. 40-2006 y 11-2007.

4. Por otro lado, la inconstitucionalidad del art. 34 LERARD por violación a la prohibición de doble sanción por un mismo hecho también fue conocida y resuelta 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 con 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 conformidad con 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, la Sala manifestó que 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 proscribire 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 con el 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, 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 la misma sentencia estimatoria.

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.

5. Por otro lado, en la inaplicabilidad del art. 71 L ERA RD por violación al art. 2 Cn., el Juez Cuarto de Instrucción de San Salvador sostuvo que dicha medida vulnera el “principio de necesidad de las penas”, pues podría obligar a la imposición de una condena sin tomar en cuenta la *necesidad de cumplirla completamente*.

A. Al respecto, es preciso también advertir que este contraste normativo ya fue resuelto en la sentencia 3-X-2011, Inc. 11-2007, aunque bajo la supuesta violación al principio de resocialización de las penas –art. 27 Cn.–.

B. En la citada sentencia, retomando las consideraciones jurídicas enunciadas en el proceso de inconstitucionalidad 27-2006 –anteriormente aludido–, y siempre en relación con los temas relativos a la proporcionalidad y resocialización, se afirmó que la ejecución de las penas y en específico la pena privativa de libertad posee una orientación constitucional a la reeducación y reinserción del condenado, lo cual permite renunciar a la pura retribución como finalidad preventiva en sede penal, e igualmente proscribire los fines preventivo-generales que pueden prevalecer sobre la dignidad humana.

De tal manera, se indicó, si se comprende la resocialización como un proceso encaminado a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona nuevamente delinca –reincidencia–, conforme con lo dispuesto en el inc. 3º del art. 27 Cn. todas las penas, desde el momento de su creación y aplicación, deben ir enfocadas a esta finalidad.

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

C. En el caso sometido a análisis en aquella oportunidad se dijo que *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 del cumplimiento completo 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 completa 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 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 LERARD, *deben relacionarse aquellas situaciones donde la libertad condicional o 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–.*

En caso contrario, si considera que la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional, no están 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 LERARD.

Por lo anterior, se declaró que el art. 71 inc. 1 ° L ERA RD no contradice el art. 3, en relación con el 27 Inc. 3 ° Cn., si se integra normativamente con los requisitos establecidos en el 77 C. Pn., particularmente en lo relativo al inciso primero.

D. Como puede advertirse, los términos del análisis constitucional realizado en la Inc. 11-2007 coinciden con los actualmente expuestos como violación al principio de necesidad de las penas.

Al igual que en el presente caso, el examen de constitucionalidad realizado en la Inc. 11-2007 determinó que la exigencia legal de cumplimiento completo de la pena de prisión en los delitos relativos a las drogas, no es inconstitucional siempre y cuando se entienda que el juez debe integrar dicha disposición con el deber de motivación prescrito en el art. 77 C. Pn.; y por tanto, pueden existir supuestos en los que no se exija el cumplimiento completo de la condena impuesta. En ese sentido, al haberse afirmado que dicha disposición no debe ser de aplicación

automática y que puede prescindirse del cumplimiento de la pena completa con la debida motivación, este tribunal advierte que el contraste constitucional planteado por la violación al principio de necesidad de las penas también debe sobreseerse en el presente proceso.

6. Por su parte, respecto del art. 34 i ncs. 1° y 2° LERARD y a partir de la delimitación de los motivos de inaplicación expresada por esta Sala, resulta pertinente hacer notar que la desproporción señalada por los jueces requirentes se entabla respecto del supuesto de hecho.

En efecto, en la inaplicabilidad del art. 34 incs. 1° y 2° LERARD se indicó que la sanción –pena principal de *prisión*– no resulta proporcionada en atención a la cantidad de sustancia incautada –*menos de dos gramos* según la tipicidad objetiva del inc. 1 ° y *más de dos gramos* según el inc. 2°– y al bien jurídico protegido –la salud pública–.

Ahora bien, la desproporcionalidad advertida implica un examen sobre la adecuada relación entre la respuesta penal y la conducta que ha merecido tal consideración por revelar para el legislador alguna medida de lesividad en un determinado bien jurídico. Son tres, entonces, los elementos que se conjugan y de cuya relación se examinará la proporcionalidad en la disposición inaplicada: bien jurídico protegido, conducta lesiva y reproche penal.

7. Establecido lo anterior, el orden de la presente decisión se encamina, en una primera delimitación (III.), a evidenciar porqué el Derecho Penal no puede ser utilizado para penalizar conductas autorreferentes; luego (IV.), la relación que existe entre los principios constitucionales de lesividad y la proporcionalidad en la determinación abstracta del tipo penal y de la pena. Por último (V.), resolver la cuestión sometida a análisis de constitucionalidad desde la óptica de las anteriores consideraciones.

III. 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.

I. A. En lo que se refiere a su dimensión interna y personal, el derecho de libertad 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.

La libertad no constituye, como es obvio, una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido se incluye la posibilidad de su manifestación externa. Asimismo, es claro que esta

manifestación externa no se circunscribe a la oral o escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas.

Ahora bien, 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, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamientos, deseos o tendencias; en el mundo interior de la persona existe, por tanto, un ámbito irrelevante para el ordenamiento jurídico si no va acompañado de una acción u omisión lesiva, externa y objetivamente verificable.

Sólo cabe, pues, hablar de limitaciones a la libertad a partir del momento en que el ejercicio de la misma trasciende la esfera personal de su titular mediante alguna de sus manifestaciones externas, es decir, cuando se utilizan medios violentos lesivos o que pongan en peligro a otros.

B. Desde esta perspectiva, 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.

En efecto, considerar a la persona como autónoma lleva hacia el Estado la exigencia de su neutralidad frente a las perspectivas morales de cada individuo, *mientras esa forma de vida, en concreto no se traduzca en daño para otro.*

C. El legislador -entonces- puede efectivamente, prescribir las maneras de comportamiento de la persona en su relación con otras, pero no respecto de sí misma -en otras palabras el Estado no debe inmiscuirse en regular conductas que en modo alguno interfieran en la órbita de acción de nadie más-.

De allí que no haya dificultad alguna en admitir la existencia de deberes morales frente a uno mismo y, menos aún cuando la moral que se profesa se halla adherida a una concepción teológica. *Sin embargo, la regulación de la conducta de las personas, y con mayor razón la regulación más intensa en los derechos fundamentales del individuo -la conminación penal-, debe limitarse a las conductas que tienen efectos en la órbita de acción de otra u otras personas. Por ende, la inexistencia de riesgos o daños a terceros, supone conductas que únicamente*

pueden ser evaluadas por la moral, pero nunca por el Derecho.

2. Al aplicar las anteriores consideraciones al punto de vista del Derecho Penal, se puede afirmar perfectamente que este debe tener por objeto de regulación solamente las acciones de una persona en la medida en que incidan negativamente la órbita de acción de otras.

Cuando el legislador conmina penalmente el comportamiento humano con prescindencia de cierta interferencia subjetiva, estaría sobrepasando las fronteras que la dignidad impone como límite máximo al Derecho y en particular de las normas criminales.

IV. 1. Ahora bien, si la conducta supone un efectivo o probable riesgo de lesión o peligro a bienes jurídicos fundamentales o instrumentales, se activa la legitimidad constitucional del castigo 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 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 – Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003–.

De ahí que, conductas de escaso disvalor 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–.

Desde este planteamiento, es legítimo que se incremente la sanción penal de acuerdo con la trascendencia del bien jurídico en juego y de las modalidades de agresión que puede sufrir – Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–. A tales efectos, igualmente, pueden irse modulando diferentes respuestas al hecho delictivo que no impliquen necesariamente la cárcel para su autor, sino instituciones que conjuguen el ideal rehabilitador como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, su reemplazo o la libertad condicional.

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*. En efecto, todas estas circunstancias son los márgenes fundamentales que deben tenerse en cuenta en la

formulación de los tipos penales, ya sea en un estatuto general o en una ley penal especial.

Asimismo, desde una perspectiva negativa, tales parámetros sirven para determinar 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.

En segundo lugar, deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado, es decir, si la conducta se encuentra relacionada contextualmente con el bien jurídico protegido –aspecto que no alude necesariamente a los fines resocializadores de la pena–. Y, finalmente, si el objeto de control 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 ese orden de ideas, si la conducta típica guarda relación con el bien jurídico protegido y este con ciertos grados de relevancia jurídica, la pena –por su lado– debe guardar una relación de proporción con el concreto hecho prescrito como delito, de forma que si se produce un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción penal, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad personal del sujeto activo en relación con la lesividad.

En efecto, la sanción debe ser apta para alcanzar los fines que la justifican, 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.

2. De forma enfática, del anterior marco teórico puede advertirse claramente las líneas materiales que definen al programa penal de la Constitución, como un Derecho Penal mínimo que, según el grado de intervención estatal en las libertades, no admite imposición alguna de penas restrictivas a la libertad sin que se produzca la *comisión de un delito*, sin que tal punición sea *necesaria y no excesiva*, en relación con el *carácter lesivo de la conducta*, lo que a su vez conlleva a la exigencia *que se penalicen aspectos exteriores y materiales* de la acción criminal –

no elementos de la interioridad del sujeto—, pues sólo así se podrá reflejar la *culpabilidad* del autor; asimismo, tales exigencias carecerían de sentido si el delito no está *previsto taxativamente* en la ley y que, para su atribución, requiera *prueba empírica* discutida ante *juez imparcial*, en un *proceso público y contradictorio previamente establecido*, e instado por las autoridades competentes.

De ahí que, según los *postulados constitucionales* que identifican al Derecho Penal salvadoreño conectándolo con los principios que configuran un Estado Constitucional de Derecho, corresponde al Derecho Penal mínimo —condicionado y limitado estrictamente—, no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también, a un ideal de racionalidad y certeza jurídica.

Con ello, resulta excluida la responsabilidad penal, todas las veces que sus presupuestos sean inciertos e indeterminados; así, un Derecho Penal es racional y cierto en la medida que sus regulaciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos que sean susceptibles de refutación procesal.

A la inversa, el modelo de Derecho Penal máximo —incondicionado e ilimitado— es el que se caracteriza, además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación.

Al efecto, es cierto que si la concreta aplicación de la pena rebasara los límites de lo necesario, se habrá infringido con ella los derechos fundamentales limitados por la conminación penal. Y esto se relaciona con el grado de penalidad a que se sujetan las conductas en las leyes penales. De ahí que, el principio de proporcionalidad le exige un uso razonable de la pena, que no puede ir más allá de lo que la dignidad humana permita.

V. 1. Luego de examinadas las implicaciones constitucionales que el principio de lesividad y proporcionalidad postulan al Derecho Penal, en la delimitación de los ámbitos no punibles o irrelevantes jurídicamente, corresponde ahora realizar el juicio de constitucionalidad sobre la disposición inaplicada.

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. En suma, se examinarán conforme los principios de bien jurídico, lesividad y proporcionalidad.

2. A. En particular, conviene fijar primeramente cuál es el bien jurídico protegido en el catálogo de conductas contempladas en el capítulo IV de la L ERA RD, y esta es la *salud pública*, cuyo enclave constitucional se encuentra en el art. 65 al preceptuarse: “[l]a salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y establecimiento”.

Se trata entonces, del conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos, pero no entendida desde una perspectiva individual, sino de todo el colectivo social. De ahí que podamos hablar de un interés común, de salvaguardar las condiciones mínimas de salud de los habitantes desde una óptica general.

Dentro de los ámbitos de protección que el derecho a la salud exige se enmarca al control y la prohibición de sustancias o productos que supongan un grave riesgo a la salud como las drogas o sustancias psicotrópicas, cuya determinación se encuentra establecida en el art. 2 LERARD, esto es “*las sustancias especificadas como tales [...], 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”.

Por ende, estamos en presencia de sustancias cuyo trasiego o intercambio suponen un riesgo generalizado para todos los ciudadanos en relación con su nivel de su bienestar físico y psíquico; y ello debido a que, entre sus más sobresalientes características, pueden generar: (a) *dependencia del consumidor*; (b) *la progresiva exigencia de mayores dosis*; y (c) *alteraciones pronunciadas de su conducta, que pueden llegar a una grave afección neuropsíquica*.

B. A raíz de lo anterior, la protección penal que el Estado dispensa por medio de la criminalización de todo el *ciclo productivo* del narcotráfico y conforme a ello a la creación de tipos penales, está más que justificada desde la perspectiva de los bienes jurídicos contemplados en la Constitución.

Sin embargo, conviene distinguir a efectos de imposición de la sanción penal, aquellas conductas que supongan un grave riesgo a terceros de aquellas otras que únicamente suponen un

ejercicio de libertad, *aunque sea dañoso* para el propio individuo que practica esa actividad arriesgada.

C. 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.

De ahí 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, y en este sentido deben ser entendidos los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD, más allá de la referencia cuantitativa que se efectúa de la cantidad en gramos. *A contrario sensu*, si es factible apreciar –con independencia de la cantidad– que la sustancia incautada esta preordenada para alguna de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas, es correcto en este caso –previas la etapas procesales pertinentes y conforme los elementos de prueba examinados en juicio– aplicar el castigo penal de conformidad con los parámetros legales establecidos en el estatuto punitivo.

3. A. Desde esta perspectiva, es posible entonces realizar una interpretación de los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD conforme con los parámetros constitucionales, que respete por un lado el ámbito de libre decisión de los ciudadanos –su ámbito privado– pero por otro que también salvaguarde la salud pública como un presupuesto esencial de una sociedad sana.

Así, 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 encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas; *más no debe ser el único criterio, ya que debe tener en cuenta otros como los relativos al tipo de droga, el grado de pureza, circunstancias relativas a su hallazgo y en relación con la personalidad de su poseedor*.

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 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*.

B. 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.

Igualmente, debe advertirse, que el criterio cuantitativo tampoco debe afirmar automáticamente una presunción de *iure* como una lectura precipitada y superficial del art. 34 LERARD pudiera dar entender, pues tal proceder violaría de forma flagrante la presunción de inocencia contemplada en el art. 12 de la Constitución.

En consecuencia, *corresponde declarar constitucionales las conductas reguladas tanto en los incs. 1° y 2° del art. 34 de la LERARD*, en la medida que se interprete bajo las estipulaciones ya reseñadas.

Por tanto

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y arts. 11 y 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala:

Falla:

1. *Sobreséese en el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 71 LERARD por la supuesta violación al art. 3 Cn., ya resueltas en las Sentencias de 12-IV-2008 y 3-X-2011, pronunciadas en los procesos de Inc. 40-2006 y 11-2007, respectivamente.*

2. *Sobreséese en el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del art. 34 LERARD, en cuanto a la contradicción advertida sobre la prohibición de doble pena por un mismo hecho, por haber sido ya resuelta en la Sentencia de 9-X-2007, Inc. 27-2006.*

3. *Sobreséese en el presente proceso* con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 71 LERARD por la contradicción al “principio de necesidad de las penas”, por haber sido ya resuelta en la Sentencia de 3-X-2011, I nc. 11-2007.

4. *Declárase* que no existe la inconstitucionalidad alegada con relación a las conductas señaladas en los í ncs. 1° y 2° del art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en la medida que la tenencia de drogas en cantidades menores de dos gramos es sancionable penalmente cuando la misma persiga la realización de alguna de las conductas relativas al tráfico o promoción al consumo, conforme los parámetros establecidos en el considerando V de esta sentencia.

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

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

J.S. PADILLA-----G. A. ÁLVAREZ-----J.B .JAIME -----R. E. GONZÁLEZ -----
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----E
SOCORRO C.-----RUBRICADAS.