

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y EL DELITO DE “ACTOS PREPARATORIOS,
PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y ASOCIACIONES DELICTIVAS” EN LA LEY
REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS DE EL
SALVADOR

Trabajo final de investigación aplicada sometido a la consideración de la Comisión
del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho para optar al grado y título de
Maestría Profesional en Ciencias Penales

LADY CAROLINA GUZMÁN MARENCO

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica
2023

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

A mi familia por animarme y acompañarme a la distancia. Fue mi papá quien sembró la duda y me compartió los primeros insumos que motivaron esta investigación. Los consejos y las oraciones de mi mamá siempre estuvieron presentes.

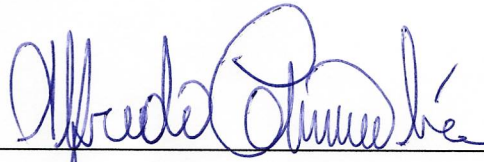
Al Programa Regional del Sistema de Intercambio Académico Alemán (DAAD) por hacer posible el financiamiento de mis estudios de maestría y de la estancia de investigación que me permitió recabar importantes insumos.

A don Manuel Rojas por dirigir este esfuerzo.

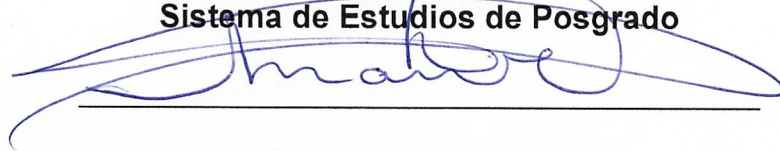
A quienes orientaron y acompañaron este proceso como lectores: doña Rosaura Chichilla y don Gustavo Chan.

A esas amistades que acobijaron mis días en Costa Rica y aquellas que me acompañaron a la distancia

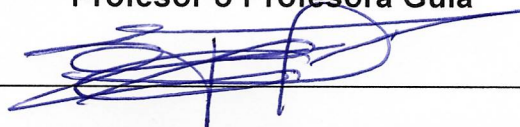
Este trabajo final de investigación aplicada fue aceptado por la Comisión del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, como requisito parcial para optar al grado y título de Maestría Profesional en Ciencias Penales.



Dr. Alfredo Chirino Sánchez
**Representante de la Decana
Sistema de Estudios de Posgrado**



Dr. Manuel Rojas Salas
Profesor o Profesora Guía

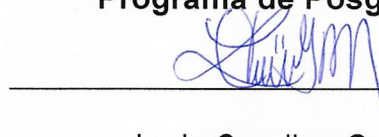


M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón
Lectora

Dr. Gustavo Chan Mora
Lector



M.Sc. Sergio Múnera Chavarría
**Representante del Director
Programa de Posgrado en Derecho**



Lady Carolina Guzmán Marengo
Sustentante

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.....	II
RESUMEN	VIII
LISTA DE CUADROS	IX
LISTA DE ABREVIATURAS	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA Y SU JUSTIFICACIÓN.....	6
A. PROBLEMA	6
B. JUSTIFICACIÓN	6
C. OBJETIVOS	7
1. <i>Objetivo general 1 (Dimensión teórica)</i>	7
a. Objetivo específico 1	8
b. Objetivo específico 2	8
c. Objetivo específico 3	8
2. <i>Objetivo general 2 (Dimensión práctica)</i>	8
a) Objetivo específico 1	8
b) Objetivo específico 2	9
c) Objetivo específico 3	9
D. SISTEMA DE HIPÓTESIS.	9
1. <i>Hipótesis general (Dimensión teórica)</i>	9
2. <i>Hipótesis general (Dimensión práctica)</i>	10
3. <i>Identificación y operacionalización de variables</i>	10
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	11
A. TIPO DE INVESTIGACIÓN.	11
B. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	11
1. <i>Captura de datos</i>	11
2. <i>Procesamiento de datos</i>	12

C. POBLACIÓN	12
D. MUESTRA O UNIDADES DE ANÁLISIS	14
CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO	15
A. CONSIDERACIONES GENERALES	15
1. <i>Principio de lesividad</i>	15
2. <i>Principio de antijuridicidad material</i>	17
3. <i>Principios legitimadores de la coerción estatal en el Sistema Angloamericano</i>	25
a) Principio de Daño (<i>Harm Principle</i>)	27
i. Máximas mediadoras para la aplicación del <i>Harm Principle</i>	32
ii. <i>Harm Principle</i> y la regla de <i>minimis</i>	33
b) Principio de Ofensividad (<i>Offense to Others Principle</i>)	34
c) Diferencia con los principios del Derecho Continental	41
4. <i>Ausencia de diferenciación entre lesión, daño y ofensa en el Derecho Continental</i>	45
5. <i>El bien jurídico y su lesión (o puesta en peligro)</i>	46
a) Corroboración <i>ex ante</i> o <i>ex post</i> del peligro para el bien jurídico	51
b) La criminalización de los estadios previos a la lesión del bien jurídico según Jackobs	57
c) La determinación de la existencia del peligro como requisito típico (tipicidad conglobante)	59
B. CONSIDERACIONES TEÓRICO-DOCTRINARIAS	60
1. <i>Consideraciones teórico-doctrinarias sobre actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas</i>	60
a) Actos preparatorios, proposición y conspiración punibles	64
b) Teorías sobre la punición de los actos previos	66
i. Teoría objetiva	66
ii. Teoría subjetiva	69
iii. Teoría Mixta	70
iv. Toma de posición	71
2. <i>Consideraciones Teórico-Doctrinarias sobre delitos de peligro abstracto</i>	73
a) Antijuridicidad material y delitos de peligro abstracto	76
b) Intentos por superar las críticas	76
i. Admisión de prueba negativa	77
ii. Prueba positiva y constatación de la aptitud e idoneidad	79
iii. Criterio de “incontrolabilidad”	82
iv. Propuesta de conversión en delitos de peligro concreto o lesión	83
3. <i>Consideraciones sobre el delito de “asociaciones delictivas”</i>	84
C. LESIVIDAD Y ACTOS PREPARATORIOS DE DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO	88
1. <i>Lesividad y actos preparatorios</i>	88
2. <i>Críticas y defensa a los delitos de peligro abstracto</i>	91
3. <i>Principio de lesividad y actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto</i>	96
a) Tesis de Barber	96

b) Tesis de Campo Moreno	100
c) El “ <i>Standard Harm Analysis</i> ” y la punición de riesgos remotos	101

CAPÍTULO IV. RESULTADOS O ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN 104

A. DIMENSIÓN TEÓRICA..... 104

B. DIMENSIÓN PRÁCTICA 104

1. <i>Juzgado Especializado de Sentencia con Competencia en la Zona Oriental</i>	111
a) Sentencias dictadas en 2017 (antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y reforma del inciso 1 del artículo 52 LERARD)	111
b) Sentencias dictadas en 2019 (después de la declaratoria de inconstitucionalidad diferida y reforma del artículo 52 LERARD)	129
2. <i>Juzgados Especializados de Sentencia con competencia en la Zona Central</i>	131
a) Juzgado Especializado de Sentencia “A”	131
b) Juzgado Especializado de Sentencia “B”	132
c) Juzgado Especializado de Sentencia “C”	134
3. <i>Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en la Zona Occidental</i>	138

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 140

A. CONCLUSIONES A PARTIR DE LOS RESULTADOS TEÓRICOS Y EMPÍRICOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 140

B. RECOMENDACIONES A PARTIR DE LOS RESULTADOS TEÓRICOS Y EMPÍRICOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 143

BIBLIOGRAFÍA 145

ANEXOS 154

Anexo I	154
Anexo II	164
Anexo III	184
Anexo IV	198
Anexo V	202
Anexo VI.....	206



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

SEP Sistema de
Estudios de Posgrado

Autorización para digitalización y comunicación pública de Trabajos Finales de Graduación del Sistema de Estudios de Posgrado en el Repositorio Institucional de la Universidad de Costa Rica.

Yo, Lady Carolina Germana Marenco, con cédula de identidad B04534869, en mi condición de autor del TFG titulado Principio de pasividad y el delito de "actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas" en la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas de El Salvador

Autorizo a la Universidad de Costa Rica para digitalizar y hacer divulgación pública de forma gratuita de dicho TFG a través del Repositorio Institucional u otro medio electrónico, para ser puesto a disposición del público según lo que establezca el Sistema de Estudios de Posgrado. SI NO *

*En caso de la negativa favor indicar el tiempo de restricción: _____ año (s).

Este Trabajo Final de Graduación será publicado en formato PDF, o en el formato que en el momento se establezca, de tal forma que el acceso al mismo sea libre, con el fin de permitir la consulta e impresión, pero no su modificación.

Manifiesto que mi Trabajo Final de Graduación fue debidamente subido al sistema digital Kerwá y su contenido corresponde al documento original que sirvió para la obtención de mi título, y que su información no infringe ni violenta ningún derecho a terceros. El TFG además cuenta con el visto bueno de mi Director (a) de Tesis o Tutor (a) y cumplió con lo establecido en la revisión del Formato por parte del Sistema de Estudios de Posgrado.

FIRMA ESTUDIANTE

Nota: El presente documento constituye una declaración jurada, cuyos alcances aseguran a la Universidad, que su contenido sea tomado como cierto. Su importancia radica en que permite abreviar procedimientos administrativos, y al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para que quien declare contrario a la verdad de lo que manifiesta, puede como consecuencia, enfrentar un proceso penal por delito de perjurio, tipificado en el artículo 318 de nuestro Código Penal. Lo anterior implica que el estudiante se vea forzado a realizar su mayor esfuerzo para que no sólo incluya información veraz en la Licencia de Publicación, sino que también realice diligentemente la gestión de subir el documento correcto en la plataforma digital Kerwá.

RESUMEN

La legislación salvadoreña contempla múltiples ejemplos de punición de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto, a la vez que establece que no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal, como efecto del principio de lesividad.

Precisamente, derivado del principio de lesividad, un amplio sector de la doctrina ha rechazado la noción de peligro presunto, por lo que incluso cuando se trata de delitos de peligro abstracto se aboga por la corroboración de una mínima materialidad, sea por medio de un juicio *ex post* de la idoneidad del comportamiento desde una perspectiva *ex ante* o, en otro caso, rechaza su presunción *iure et de iure* y plantea la admisión de prueba en contrario. No obstante, estos planteamientos encuentran su límite cuando se trata de la criminalización del peligro de peligro, como es el caso de los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto.

Desde esa perspectiva, esta investigación explora si es que existe alguna forma de compatibilizar la punición de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad, desde la práctica judicial, partiendo de un ejemplo clave que ofrece la legislación salvadoreña: el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (en adelante “LERARD”).

A tales efectos, se exponen los principales planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales en torno al principio de lesividad, los delitos de peligro abstracto y la punición de actos preparatorios, a la vez incluyen los hallazgos sobre la forma en la que los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador aplican el referido tipo penal y, especialmente, la manera en que realizan el análisis de antijuridicidad material exigible a la luz del principio de lesividad.

LISTA DE CUADROS

Cuadro 1: Número de sentencias que integran la muestra por año y juzgado.

Cuadro 2: Personas imputadas y condenadas por el delito de APCAD por año y juzgado.

Cuadro 3: Años de prisión impuestos como pena a personas condenadas por el delito de APCAD por el Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Oriental en 2017.

Cuadro 4: Análisis de sentencias dictadas por Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Oriental en 2017.

Cuadro 5: Análisis de sentencias dictadas por el Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Oriental en 2019.

Cuadro 6: Análisis de sentencias dictadas por Juzgado Especializado de Sentencia “B” con competencia en la Zona Central.

Cuadro 7: Análisis de sentencias dictadas por Juzgado Especializado de Sentencia “C” con competencia en la Zona Central.

Cuadro 8: Análisis de sentencia dictada por el Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Occidental.

LISTA DE ABREVIATURAS

LERARD: Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

APCAD: Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas.

JES: Juzgado Especializado de Sentencia.

INTRODUCCIÓN

No han sido pacíficos los intentos de legitimar la existencia de los delitos de peligro abstracto, ni el castigo de los actos preparatorios, o de proposición y conspiración. Muestra de ello han sido los señalamientos de ilegitimidad desde un importante sector de la doctrina, por considerarlos contrarios a principios básicos del Derecho Penal, tales como: lesividad, culpabilidad, proporcionalidad,¹ mínima intervención, etc.

A pesar de los diferentes parámetros bajo los que se puede juzgar la legitimidad de la punición de actos preparatorios en delitos de peligro abstracto, por razones de método, la presente investigación se limitará a analizar si la anticipación de la tutela penal a los actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto implica una infracción al principio de lesividad. En todo caso, se hará referencia a los principios limitadores de la intervención penal, tanto en el Sistema Angloamericano como en el Continental relacionados con la noción de daño, lesión u ofensa, así como la referencia al principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, por su esencial vinculación con el principio de lesividad, para luego adentrarse en las consideraciones teórico-doctrinarias y jurisprudenciales sobre los delitos de peligro abstracto y los actos preparatorios, que nos permitan abordar la problemática central de esta investigación: la punición de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto.

En febrero de 2018, el inciso 1° del artículo 52 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas en El Salvador (en adelante “LERARD”) fue objeto de una

1. No solo el principio de proporcionalidad de la pena, sino también el principio de proporcionalidad en sentido amplio es considerado un “cauce adecuado para fundamentar y controlar la constitucionalidad de la intervención penal del Estado”, de manera que también es un importante parámetro por considerar para juzgar la legitimidad de punir actos preparatorios de delitos de peligro abstracto. Cfr. Santiago Mir Puig, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del *Derecho Penal*” en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tomo II (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2009) 1361.

declaratoria de inconstitucionalidad diferida por violación al principio de proporcionalidad al sancionar los actos preparatorios, proposición y conspiración con la misma pena prevista para el delito que se estuviera preparando, proponiendo, conspirando o concertando, en su fase consumada.²

A pesar de que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (en adelante “Sala de lo Constitucional salvadoreña” o “Sala de lo Constitucional de El Salvador”) reconoció la inconstitucionalidad de la consecuencia jurídica prevista en el referido artículo, prefirió no otorgar efectos inmediatos a la declaratoria de inconstitucionalidad para evitar que la conducta delictiva quedara impune, adoptando la figura de inconstitucionalidad diferida.³ En consecuencia, se otorgó al legislador un plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia de inconstitucionalidad para determinar un nuevo monto máximo y mínimo de pena abstracta para tal delito. Asimismo, dispuso que, de no darse cumplimiento a lo ordenado en el plazo correspondiente, el anterior artículo 59 de la LERARD (aprobado por Decreto Legislativo n° 728, de 5-III-1991) que fue sustituido por el actual artículo 52 LERARD, recobraría su vigencia y se consideraría reinsertado en

2. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”. Consultado 29 de agosto, 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/3-2016.PDF>

3. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional salvadoreña las sentencias de inconstitucionalidad diferida son sentencias prospectivas, mediante las cuales se modulan los efectos de su fallo *pro futuro*, es decir, los suspende por un periodo razonable de tiempo. “Con ello se pretende que el Legislador subsane en un tiempo prudencial las situaciones de inconstitucionalidad detectadas en las disposiciones o normas evaluadas, aun cuando éstas no hayan sido expulsadas del ordenamiento jurídico; es decir, este tipo de sentencias modula sus efectos normales en el tiempo, para alcanzar la solución considerada más justa, determinándose la fecha desde la que ella producirá efectos, y da la posibilidad al legislador para actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución”. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas. Págs. 100 – 101. Consultado 5 de septiembre 2022, <https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/Sentencia-5-2001.pdf>

el sistema jurídico salvadoreño hasta que el Órgano Legislativo adaptara la pena del delito establecido en el artículo 52 inc. 1 LERARD.⁴

La referida sentencia de inconstitucionalidad fue notificada a la Asamblea Legislativa de El Salvador el 20 de marzo de 2018. El 20 de julio del mismo año se introdujo la pieza de correspondencia para la reforma del inciso 1° del artículo 52 LERARD, a fin de adaptar la pena en los términos señalados por la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016.⁵ En el expediente del trámite legislativo No. 192-7-2018-1 consta que, el 25 de julio de 2018, el pleno legislativo aprobó un dictamen favorable presentado por la Comisión de Seguridad Pública y Combate a la Narcoactividad de la Asamblea Legislativa, para la aprobación de la reforma del inciso 1° del artículo 52 LERARD, estableciendo una pena de prisión de uno a tres años para los actos preparatorios y una pena de seis meses a dos años para la proposición y conspiración.⁶

4. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”. Consultado 29 de agosto, 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/3-2016.PDF>

5. Asamblea Legislativa, “Pieza de correspondencia: Propuesta de reforma al inciso primero del artículo 52 LERARD, 17 de julio de 2018”, recibida en el Pleno Legislativo y leída el 20 de julio, 2018. Consultado 29 de agosto, 2018, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/correspondencia/8402EBB9-5439-4D8D-9102-2BEB177547CF.pdf>

6. Asamblea Legislativa de El Salvador, “Expediente No 192-7-2018-1: Iniciativa de varios diputados, en el sentido se reforme la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; Decreto legislativo No. 78”, 20 -25 de julio de 2018.

Dicha aprobación dio lugar al Decreto Legislativo No. 78⁷ que, ese mismo día, se remitió al Presidente de la República para que procediera a su sanción.⁸ El referido decreto fue sancionado y publicado en el Diario Oficial el 24 de agosto de 2018, entrando en vigencia 8 días después de dicha fecha.⁹

Cabe mencionar que, antes de que la Sala de lo Constitucional salvadoreña pronunciara la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016, se inició la acción de inconstitucionalidad 155-2016 también respecto del artículo 52 LERARD por violación a los principios de proporcionalidad y lesividad. En el marco de esta última acción de inconstitucionalidad, la multicitada Sala de lo Constitucional declaró improcedente la demanda “referente a la inconstitucionalidad de penalización de los actos preparatorios por vulnerar el principio de lesividad, en virtud de haber sido resuelta en la sentencia de 19-II-2018, Inc. 3-2016”.¹⁰

No obstante, en la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016 el examen se centró en atender el reclamo sobre la incompatibilidad de la consecuencia jurídica prevista con el principio de proporcionalidad de la pena en relación con la lesividad, es decir, la exigencia de que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del comportamiento típico y antijurídico, así como del grado de participación criminal en

7. En El Salvador, la Asamblea Legislativa está conformada por el Pleno, la Junta Directiva y Comisiones. Entre otras cosas, estas últimas se encargan del estudio de piezas de correspondencia con iniciativas de ley (o reforma). Es la Junta Directiva quien decide cual o cuales comisiones deben estudiar cada pieza de correspondencia. Una vez finalizado el estudio por parte de las respectivas comisiones, éstas emiten un dictamen favorable o desfavorable para su aprobación o, en su caso, recomendar el archivo de la pieza. Dicho dictamen es enviado a la Junta Directiva para su inclusión en la agenda de la sesión plenaria de la Asamblea Legislativa, donde es leído, discutido y se somete a votación final. De aprobarse, el anteproyecto de ley (o reforma) se convierte en un decreto, que una vez firmado por la Junta Directiva es enviado al Presidente de la República.

8. Asamblea Legislativa de El Salvador, “Expediente No 192-7-2018-1: Iniciativa de varios diputados, en el sentido se reforme la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; Decreto legislativo No. 78”, 20 -25 de julio de 2018.

9. Asamblea Legislativa, “Decreto No. 78: Reformas a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 24 de agosto de 2018”, *Diario Oficial*, Tomo 420, Número 156 de fecha 24 de agosto 2018.

10. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Resolución de improcedencia de inconstitucionalidad: Inc. 155-2016; 23 de abril de 2018, 10:35 horas”, *resuelve* 1.

sentido amplio y sus grados de progresión.¹¹ De esta manera la Sala de lo Constitucional de El Salvador evadió hábilmente el reclamo planteado y se libró de adentrarse en el análisis sobre la legitimidad de punir actos preparatorios de delitos de peligro abstracto.

En virtud de lo anterior, la problemática de la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto en la LERARD persiste y, con ello, la punibilidad de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto contenidos en la misma ley. Por ende, es importante analizar la compatibilidad del castigo de los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad. Asimismo, el delito previsto en el artículo 52 LERARD no es el único ejemplo de punición de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto en la legislación salvadoreña. También la proposición y conspiración de conducción de mercaderías de dudosa procedencia, así como la proposición y conspiración de agrupaciones ilícitas; han sido previstas como delitos en el Código Penal salvadoreño.¹²

Aunado a lo anterior, con la reforma aprobada por medio de Decreto Legislativo No. 338 publicado en el Diario Oficial el 30 de marzo de 2022, cuando los delitos previstos en la LERARD – incluido el tipo penal que motiva la presente investigación – sean cometidos por miembros terroristas, maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal de El Salvador, la pena de prisión a imponer es de veinte a treinta años.¹³

11. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”. Consultado 29 de agosto, 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/3-2016.PDF>

12. Ver artículos 214-B - 214-C y 345 inc. 9 del Código Penal de El Salvador.

13. Asamblea Legislativa, “Decreto No. 338: Reformas a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 30 de marzo de 2022”, *Diario Oficial*, Tomo 434, Número 65 de fecha 30 de marzo 2022.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA Y SU JUSTIFICACIÓN

A. PROBLEMA

¿Cómo compatibilizar el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, tipificado en la LERARD, con el principio de lesividad desde la práctica judicial? (Dimensión teórica)

¿Cómo hacen las autoridades judiciales el análisis de antijuridicidad material cuando emiten sentencia condenatoria por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, tipificado en la LERARD? (Dimensión práctica)

B. JUSTIFICACIÓN

En El Salvador como parte de la política de combate al narcotráfico, se sanciona no solo la comisión –en su fase consumada- de delitos relativos a las drogas como facilitación de medios (art. 36 LERARD), promoción y fomento (art. 35 LERARD), tráfico ilícito (art. 33 LERARD), entre otros considerados de peligro abstracto, sino también su tentativa y sus actos preparatorios, proposición y conspiración.¹⁴

Como puede advertirse, a pesar de que el principio de lesividad es uno de los límites que el Órgano Legislativo debe observar al momento establecer los tipos penales, en El Salvador este ha creado figuras delictivas muy alejadas de un resultado lesivo para el bien jurídico que –se supone– pretende proteger. Por su parte, el Órgano Judicial ha preferido limitarse a afirmar que los actos preparatorios, proposición y

14. Asamblea Legislativa, “Decreto Legislativo N° 153: Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 2 de octubre, 2003”, Diario Oficial, No. 208, tomo 361 (7 de noviembre, 2003): art. 52. En similar sentido: Asamblea Legislativa, “Decreto Legislativo n° 728: Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; de 5 marzo de 1991”, Diario Oficial, No. 52, tomo 310 (15 de marzo, 1991): art. 59.

conspiración pueden ser punibles de manera excepcional,¹⁵ eludiendo hábilmente la cuestión y renunciando a hacer matices respecto de supuestos donde lo que se conspira, propone o prepara es, a su vez, un delito de peligro abstracto.

Por lo anterior, resulta indispensable indagar si existe alguna forma de compatibilizar el delito antes mencionado con el principio de lesividad desde la práctica judicial, delineando cuál o cuáles son las teorías que pueden ofrecer una solución satisfactoria para orientar el análisis de antijuridicidad material, a fin de evitar sancionar meras desobediencias y enfocarse en la sanción de aquellos comportamientos que supongan una verdadera afectación (daño o peligro) para el bien jurídico que se pretende proteger con el referido tipo penal. Asimismo, es necesario identificar qué esfuerzos se hacen en la práctica judicial para la debida determinación de la antijuridicidad material o, de ser el caso, indagar si ante semejante anticipación de la tutela penal las autoridades judiciales estarían renunciando al análisis sobre la existencia de una afectación al bien jurídico.

El presente trabajo pretende convertirse en un instrumento de consulta por aquellas personas e instituciones interesadas en mejorar el estado actual del objeto de esta investigación.

C. OBJETIVOS

1. *Objetivo general 1 (Dimensión teórica)*

Analizar si desde la práctica judicial es posible compatibilizar el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas tipificado en la LERARD, con el Principio de Lesividad.

15. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas". Consultado 29 de agosto, 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/3-2016.PDF>

a. Objetivo específico 1

Describir el desarrollo dogmático y en la jurisprudencia (principalmente salvadoreña) sobre los delitos de peligro abstracto, la punibilidad de sus actos preparatorios, proposición y conspiración, y su compatibilidad con el Principio de Lesividad.

b. Objetivo específico 2

Enlistar los presupuestos orientadores del análisis de antijuridicidad material derivables del Principio de Lesividad.

c. Objetivo específico 3

Indagar cuál o cuáles teorías pueden orientar el análisis de antijuridicidad material cuando se trata del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas tipificado en la LERARD de manera que sea compatible con el Principio de Lesividad.

2. Objetivo general 2 (Dimensión práctica)

Determinar si los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador realizan un análisis de antijuridicidad material compatible con el Principio de Lesividad y acuden a la aplicación de teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material de delitos de peligro abstracto, al emitir condenas por el delito de Actos Preparatorios, Proposición y Asociaciones Delictivas tipificado en la LERARD.

a) Objetivo específico 1

Describir qué aspectos son tomados en cuenta por los Juzgados Especializados de Sentencia, en el análisis de antijuridicidad material de las conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas establecido en la LERARD.

b) Objetivo específico 2

Identificar qué teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material en delitos de peligro abstracto son aplicadas por los Juzgados Especializados de Sentencia, en el análisis de antijuridicidad material de conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, establecido en la LERARD.

c) Objetivo específico 3

Contrastar los presupuestos orientadores que se derivan del Principio de Lesividad con el análisis de antijuridicidad material de conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, realizado por los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador al emitir condenas.

D. SISTEMA DE HIPÓTESIS.

1. *Hipótesis general (Dimensión teórica)*

No es posible compatibilizar el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, tipificado en el la LERARD, con el Principio de Lesividad, porque, al tratarse de la punibilidad de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto, la anticipación de la tutela penal es desmedida y no existen teorías que puedan orientar el análisis de antijuridicidad material en la práctica judicial de manera que sea compatible con el Principio de Lesividad.

2. Hipótesis general (Dimensión práctica)

Los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador, omiten hacer un análisis de antijuridicidad material compatible con el Principio de Lesividad y no acuden a la aplicación de teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material de delitos de peligro abstracto, al emitir condenas por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, tipificado en la LERARD.

3. Identificación y operacionalización de variables:

Véase ANEXO I y II.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

A. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Para cumplir con los objetivos de la dimensión teórica se realizó una investigación **Documental**, con la recopilación, selección y análisis de información sobre el objeto de estudio a partir de diversas fuentes documentales como libros, revistas y otros textos, en formato físico o virtual.

En cuanto a la dimensión práctica, la investigación realizada es de naturaleza **Descriptiva**, en virtud de que, se describe el fenómeno tal y como los hechos son observados en todos sus componentes principales.

B. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

1. *Captura de datos*

A fin de cumplir con los objetivos de la dimensión teórica, se utilizó la técnica del “fichaje” para el levantamiento de la información contenida en fuentes documentales.

Por otra parte, para cumplir con los objetivos de la dimensión práctica se utilizó la técnica de análisis de contenido de sentencias condenatorias, para lo cual se elaboró una guía de análisis de sentencias (Véase anexo VI). Así, las sentencias fueron sometidas a una guía de análisis con los parámetros legales y doctrinarios básicos identificados a partir de la revisión bibliográfica, para conocer los aspectos que son tomados en cuenta por los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador y las teorías sobre el análisis de antijuridicidad material en delitos de peligro

abstracto que son aplicadas por los mismos, en el análisis de antijuridicidad material de las conductas consideradas típicas del delito de “APCAD” tipificado en el artículo 52 de la LERARD.

2. Procesamiento de datos

Parte de la información recopilada en las fichas de trabajo diseñadas para la investigación documental se procesó por medio de una matriz de sistematización de contenido. Se empleó el razonamiento deductivo para el procesamiento de la información y, consecuentemente, la verificación de la hipótesis (de la dimensión teórica) se realizó a través del método deductivo, que permitió arribar a conclusiones a partir de la información encontrada en fuentes documentales.

La información recopilada a partir del análisis de sentencias condenatorias se presenta en cuadros, partiendo de los resultados de la aplicación de la guía de análisis, a efecto de poder presentar los datos obtenidos, de una forma más entendible para la persona lectora.

La comprobación de hipótesis (de la dimensión práctica) se hace mediante el método proporcional o también llamado de las proporciones, el cual, a partir de la base de los porcentajes obtenidos, permite determinar la aceptación o negación de las Hipótesis planteadas.

C. POBLACIÓN

La investigación documental abarcó la revisión de fuentes doctrinarias relacionadas con elementos relevantes para el objeto de estudio (principio de lesividad o principio de daño, delitos de peligro abstracto, actos preparatorios, antijuridicidad material, bien jurídico). La revisión se centró en fuentes que datan de la segunda mitad del siglo XIX hasta la actualidad y que corresponden a autores de distintos países y

sistemas (derecho continental y angloamericano) con importante reconocimiento en el campo de estudio.

Lo anterior porque, de acuerdo con la revisión preliminar, en la primera mitad del siglo XIX se registraron acontecimientos que marcaron una tendencia hacia la espiritualización del bien jurídico, así como la anticipación de la tutela penal¹⁶.

La investigación de campo se centralizará en las sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas establecido en el artículo 52 de la LERARD (en adelante “APCAD”), emitidas por los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador, en los periodos comprendidos de los años 2016 y 2019 conformando así la población objeto de nuestro estudio.

Lo anterior, considerando que, por Decreto Legislativo No. 190, de fecha 20 de diciembre de 2006, publicado en el Diario Oficial No. 13, Tomo No. 374, de fecha 22 de enero de 2007, los delitos más graves que se cometen, a nivel nacional e internacional, en que opera el crimen organizado o son de realización compleja, serán conocidos por Juzgados y Tribunales Especializados, con sede en las ciudades de San Salvador, Santa Ana y San Miguel¹⁷.

La selección temporal atiende el inicio del proceso de inconstitucionalidad 3-2016 que derivó en la declaratoria de inconstitucionalidad diferida en 2018 por parte de la Sala de lo Constitucional y su aplicación tras la reforma de 2018 con la que la Asamblea Legislativa modificó la pena prevista en atención a tal decisión (ver *supra*).

16. Ver Idalia Patricia Espinosa Leal. Evolución Histórica de la teoría del bien jurídico penal en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Vol. 19 (agosto-diciembre 2022).

17. Asamblea Legislativa, “Decreto No. 90: Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja; 22 de enero de 2007”, *Diario Oficial*, Tomo 374, Número 31 de fecha 15 de febrero 2007.

D. MUESTRA O UNIDADES DE ANÁLISIS

La revisión de fuentes documentales incluyó la consulta alrededor de 70 textos y para el análisis de sentencias se trabajó con 13 sentencias condenatorias emitidas por el delito de “APCAD”, establecido en el artículo 52 de la LERARD, en los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador. Según el dato aportado por dichos juzgados el número de sentencias emitidas por año corresponde a:

JES	2016	2017	2018	2019
JES – Zona Occidental	0	0	0	1
JES “A” – Zona Central	0	1	0	0
JES “B” – Zona Central	1	1	0	1
JES “C” – Zona Central	1	0	2	1
JES – Zona Oriental	0	2	0	2

Cuadro 1: Número de sentencias que integran la muestra por año y juzgado.

CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

La doctrina parece estar de acuerdo con la intervención del Derecho Penal respecto de comportamientos que lesionen o pongan en peligro concreto al bien jurídico; sin embargo, es debatida –y principalmente objetada– la legitimidad de la intervención penal ante comportamientos aparente o presumiblemente peligrosos que no llegan a poner en una situación de peligro concreto algún bien jurídico.¹⁸

El eje central de este debate suele ser el principio de lesividad (o el denominado principio de antijuridicidad material). No obstante, a efectos de la presente investigación se estima pertinente no solo abordar tales principios sino también aquellos que operan como principios legitimadores de la coerción estatal en el Sistema Angloamericano, de los que derivan máximas relevantes y razonablemente extrapolables a nuestro objeto de análisis.

1. *Principio de lesividad.*

Existe un amplio consenso acerca de que el Principio de Lesividad tiene las siguientes implicaciones:

- a. El Derecho Penal protege bienes jurídicos: Según el Principio de Protección de Bienes Jurídicos “solo los intereses humanos (Feuerbach) o, en su caso, los bienes jurídicos (Birnbaur,¹⁹ Von Liszt) pueden ser objeto de protección

18. Objeciones que se enfilan desde la apuesta por un Derecho Penal Mínimo. De allí que MIR PUIG, sugiere que, en coherencia con una fundamentación utilitarista del Derecho penal, no debe pretenderse “*la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible*”. Ver Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general* (Barcelona, España: Reppertor, 2006), 118.

19. Cabe precisar que Birnbaur se refiere a “bienes” y no a “bienes jurídicos”, pues parte de la idea de que “la legislación penal no crea, sino que encuentra la materia que ministra el sustrato a los delitos”. José Luis Guzmán Dalbora, “Estudio Preliminar” en Johann Michael Franz Birnbaur,

por el Derecho Penal”,²⁰ dentro de ellos pueden incluirse “los intereses sociales que por su importancia puedan merecer protección del derecho”²¹ y los “determinados por un sistema de valores de raigambre constitucional”.²² En todo caso, las ideologías y valores morales o religiosos deben quedar excluidos de protección penal.²³ Tal como lo ha mencionado Mir Puig, este principio es para el Derecho Continental, el equivalente al “Harm Principle” de H.L.A. Hart.²⁴

- b. El Derecho Penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o peligro²⁵ para concretos bienes jurídicos.²⁶ Aunque, como se ha apuntado antes, el Derecho Penal puede proteger bienes jurídicos, no todos los bienes

Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito (Montevideo – Buenos Aires, Uruguay - Argentina: B de F Ltda – Euros Editores S.R.L., 2010), 24.

20. Winfried Hassemer, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, trad. Francisco Muñoz Conde (España: DOXA, 1990), 179. La vaguedad en algunas propuestas del concepto de bien jurídico es criticada por Hassemer porque “cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y cuantos más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el Derecho penal cumple su función preventiva”. Así, en Winfried Hassemer, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en Varios Autores, *Pena y Estado*, trad. Elena Larrauri (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1995), 23-36.

21. Mir Puig, *Derecho penal...*, 119.

22. Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilar, *En los linderos del Ius Puniendi*. (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2005), 304.

23. Así, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ana Pérez Cepeda y Laura Zúñiga Rodríguez, *Lecciones de Derecho Penal: Introducción al Derecho Penal* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016), 102. Señala que “[e]l axioma de la lesividad conlleva que el Estado solo puede proteger bienes jurídicos, no puede por tanto proteger directamente ni ideologías políticas, ni valores meramente morales o religiosos, no elevar a la categoría de delitos meras desobediencias o infracciones formales, ni intereses del funcionamiento del sistema que no incidan en las posibilidades de participación en la vida social”.

24. Santiago Mir Puig, “Legal goods protected by the law and legal goods protected by the criminal law as limits to the state’s power to criminalize conduct” en *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 11, No. 3 (Summer 2008), 409.

25. En opinión de Enrique Bacigalupo, la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta solo aquellas acciones que representen por lo menos un peligro objetivo de lesión del bien, prescindiendo, por lo tanto, al menos inicialmente, de la dirección de la voluntad del autor: mientras no haya una acción que represente un peligro para un bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del derecho penal. La tarea del derecho penal para este criterio comenzaría con el peligro real para el bien jurídico protegido. Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal: parte general* (Santa Fe de Bogotá, Colombia: TEMIS S.A., 1996), 4.

26. Berdugo Gómez de la Torre, 102.

jurídicos merecen protección del derecho penal. En ese sentido, Mir Puig, sostiene que:

Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental.²⁷

- c. El Derecho penal solo debe intervenir ante los ataques más graves a los bienes jurídicos que protege: Debido a la vinculación entre el principio de lesividad y el carácter fragmentario del Derecho Penal,²⁸ su intervención debe circunscribirse a responder ante las modalidades de ataque más lesivas o más peligrosas²⁹ y, en consecuencia, al momento de crear tipos penales se debe tener especial cuidado de no sancionar ataques insignificantes que puedan razonablemente contrarrestados con medidas de distinta naturaleza como sanciones de carácter administrativo y civil.³⁰

2. Principio de antijuridicidad material.

El principio de lesividad no solo debe ser observado por quien legisla sino también por las autoridades judiciales. Tal afirmación, se fundamenta en el artículo 3 del Código Penal salvadoreño, donde como efecto del principio de lesividad del bien

27. Mir Puig, *Derecho penal...*121. Véase también, Mir Puig, *Legal goods protected by...*, 410.

28. Berdugo Gómez de la Torre, 105, sostiene que los principios de necesidad de la intervención, subsidiariedad, **fragmentariedad** y proporcionalidad están “todos ellos contruidos sobre el principio de lesividad”.

29. Así, Mir Puig, *Derecho penal...*, 118. También Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 76-77.

30 En opinión de Guzmán Dalbora, 31, “nunca ha sido ni será el norte del Derecho penal tutelar bienes, porque esa exigencia corresponde a las normas jurídicas y, por ende, a las ramas constitutivas del Derecho. El fin de los preceptos punitivos lo pronuncia su propio nombre: castigar con la sanción más grave los atentados de especial magnitud contra los bienes jurídicos más importantes para una comunidad dada”.

jurídico se establece que: “no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”.

Así las cosas, podría decirse que de la interrelación del principio de protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad, surge un tercero: el principio de antijuridicidad material.

Según Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en términos prácticos, el examen de antijuridicidad equivale a la confrontación entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico por medio de un juicio valorativo,³¹ donde por “razones de método primero debe mirarse si hubo daño al bien jurídico tutelado, para luego, si es positivo lo anterior, verificar si ese daño se causó justificada o injustificadamente”.³²

Esta categoría goza de dos dimensiones *material* y *formal*,³³ distinción resultante del enfrentamiento entre positivismo jurídico y positivismo sociológico, dado que el primero entendía a la antijuridicidad como concepto legal (contradicción de la conducta con el orden legal) y el segundo como concepto sociológico (daño).³⁴ En ese sentido, en el juicio de antijuridicidad, la conducta humana puede considerarse: conforme a derecho cuando se actúa amparado por causa de justificación (legal o suprallegal); antijurídica cuando no lo está y existe daño (relevante e injustificado), y “jurídicamente indiferente” cuando “falta la antijuridicidad material como consecuencia de no haber lesión, o haberla de ínfima entidad”.³⁵ Esta última

31. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, “El principio de la antijuridicidad material: regulación y aplicación” 3ª ed. 1ª reimp. (Medellín, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003), 44. Este autor agrega que el juicio ha de ser positivo y negativo, verificando si la conducta causó o no “daño” y si no hubo amparo de causa de justificación, respectivamente.

32. Gómez Pavajeau, 54. Aunque rechaza la discusión sobre si la antijuridicidad material obra o prevalece por encima de la formal, razona que “poco importa si se actuó o no amparado por una causal de justificación cuando la conducta no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado”(53).

33. Gómez Pavajeau, 46.

34. Gómez Pavajeau, 46.

35. Gómez Pavajeau, 130.

categoría corresponde al “terreno de indiferencia de la conducta para con el sistema penal”.³⁶

Siguiendo al finalismo, se reconoce dentro de la estructura de la teoría del delito y específicamente, dentro del segundo nivel de análisis que corresponde a la antijuridicidad, la subcategoría de antijuridicidad material. Es precisamente en esta subcategoría que cobra relevancia la consideración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y, por ende, la observancia del principio de lesividad del bien jurídico por parte de las autoridades judiciales.³⁷ Desde esta postura, puede hablarse del principio de antijuridicidad material como equivalente al principio de lesividad observable por el órgano judicial.

Así las cosas, la corroboración de la antijuridicidad formal es insuficiente, siendo necesario que la conducta lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, es decir, la antijuridicidad material y, en consecuencia:

(...) el pronunciamiento judicial será ilegítimo cuando se estructure a partir de un simple juicio de antijuridicidad formal, con prescindencia de la vulneración o puesta en peligro del bien de tutela, o cuando tenga como soporte una vulneración levísima e insignificante, o cuando soporte el juicio de desvalor desde la mera intención o daño del agente, pues en tales hipótesis no se satisface a plenitud las exigencia materiales, para que con justicia pueda estructurarse el desvalor antijurídico predicable de la conducta.³⁸

36. Gómez Pavajeau, 130.

37. La teoría de la peligrosidad general o de la peligrosidad como motivo de quien legisla, resulta inadmisibles si se parte de una estructura de la teoría del delito que incluye la “antijuridicidad material” como subcategoría de análisis, en razón de que –como ha sido señalado por **Mendoza Buergo, “Límites dogmáticos y político criminales...”**, 80– esta teoría “no ofrece una explicación plausible sobre el contenido del injusto del concreto comportamiento del autor”. Claramente conformarse con la presunción general del legislador (ex ante) supone que las autoridades judiciales han de renunciar al análisis de la antijuridicidad material.

38. Hernando Barreto Ardilla y Blanca Nérida Barreto Ardilla, *Principios de Derecho Penal: Límites a las funciones legislativas y judicial*, 2da ed., (Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997), 81 – 82.

Fernando Tocora sugiere que una posición contraria que estime la antijuridicidad formal como suficiente presta sus servicios al autoritarismo, solo puede partir de la negación de quienes integran la sociedad como ciudadanos, sujetos de derechos, y les identifica como meros súbditos que deben obedecer sin más los designios de una autoridad,³⁹ por lo que el mero desacato a la norma puede ser entendido como delito.

Asimismo, partiendo de la protección de bienes jurídicos como finalidad del derecho penal, se cuestiona la posibilidad de justificar la necesidad de la pena ante la mera concurrencia de la antijuridicidad formal.⁴⁰ Efectivamente, la propia formulación del principio de proporcionalidad de la pena y su directa referencia al bien jurídico resulta relevadora.⁴¹

Dicho lo anterior, la pregunta central del presente trabajo obliga a identificar qué aspectos deben ser considerados por las autoridades judiciales para cumplir con su labor de constatar la antijuridicidad material de la conducta.

Sobre lo anterior, vale la pena referirse a la propuesta de Gómez Pavajeau quien ha identificado una serie de categorías que deberían ser analizadas por las autoridades judiciales al desarrollar el juicio de antijuridicidad, aunque sin hacer una clara separación entre valoraciones propias del análisis de antijuridicidad formal y

39. Fernando Tocora, *Principios Penales Sustantivos*, (Bogotá. Colombia: Editorial Temis, 2002), 148.

40. Tocora, 147.

41. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos bajo el principio de proporcionalidad de la pena ha estimado que respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. En ese mismo sentido, ha sugerido que aquellos que afectan más severamente los bienes de máxima importancia individual y social, merecen el reproche más enérgico y la sanción más severa. Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 196; y Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 70.

el análisis de antijuridicidad material. Dentro de tales categorías de análisis se enlistan las siguientes:

- i) *Sustancia*: supone la esencia de la antijuridicidad material y está constituida por “el daño en el delito, ya sea a través de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado o de su lesión”.⁴²
- ii) *Cualidad*: importa que el daño aparezca de forma tangible desde el punto de vista material o susceptible de determinación valorativa (principalmente cuando se trata de peligro), es decir, que sea perceptible o comprensible. En esa línea, se rechazan los delitos de peligro presunto que se fundamentan en una apreciación *a priori* de quien legisla y se afirma que quien juzga realice *a posteriori* debe imponerse, negando la presunción del peligro. Tal posicionamiento tiene como consecuencia, el rechazo de tipos penales de narcotráfico como delitos de peligro presunto por parte del autor,⁴³ aunque sostiene que pueden mantenerse con la condición de que se admita prueba en contrario que refute la peligrosidad en el ámbito de la antijuridicidad material.
- iii) *Cantidad*: requiere valorar la significancia o insignificancia, es decir, si la lesión o peligro de lesión tiene una suficiente entidad que justifique la consideración de la conducta como antijurídica.
- iv) *Relación*: implica la consideración del bien jurídico entorno en la relación social concreta aplicando una “máxima de equidad” (cosas desiguales deben ser tratadas en forma desigual). En esa línea, el autor señala que “no es lo mismo el hurto de cinco manzanas al vendedor ambulante de la esquina, que el hurto de igual cantidad a una explotación industrial de

42. Gómez Pavajeau, 131.

43. Gómez Pavajeau, 134 – 135.

grandes proporciones”.⁴⁴ Agrega que en esta categoría podrían incorporarse conceptos de la teoría de las normas de cultura y la de adecuación social, pero especialmente la de significación social.⁴⁵

- v) *Lugar, tiempo, situación, modo (de ser), acción y pasión*: aunque no entra a detalles, el autor afirma que son aspectos a considerar respecto de las causas de justificación.

A efecto del presente trabajo, nos resultan útiles las primeras cuatro categorías, sin embargo, resulta conveniente formular algunas observaciones.

En relación con la cantidad, el autor no desarrolla parámetros para determinar la suficiencia de la lesión o el peligro de lesión para el bien jurídico. A fin de resolver este vacío, podrían resultar útiles los parámetros desarrollados por Feinberg como máximas mediadoras para la aplicación del *Harm Principle*, a fin de aplicar el Principio de Lesividad –en su dimensión de Principio de Antijuridicidad Material– en el Derecho Continental; así como el Standard Harm Analysis (o estándar de análisis de daños) al que se refiere Andrew Von Hirsch. A tales propuestas dedicaremos más adelante un apartado especial.

Por otra parte, a la recepción de la teoría de las normas de cultura y la adecuación social⁴⁶ en el análisis de antijuridicidad material, pueden oponérsele las mismas

44. Gómez Pavajeau, 139.

45. Gómez Pavajeau, 140.

46. La teoría de la adecuación social de Hans Welzel tiene sus antecedentes en la teoría de las normas de cultura de Max Ernst Mayer y ambas establecen un fuerte vínculo entre el injusto positivizado y la valoración social de los comportamientos, incorporando la comprensión acerca de que aquellas conductas que corresponden a lo considerado como socialmente común no puede ser juzgado como ilícito y, en consecuencia, el contexto social condiciona el significado penalmente relevante. Cfr. Jordi Casas Hervilla, “El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción” (Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona, s.f.), 142-144.

críticas que –según el mismo Gómez Pavajeau- se han perfilado cuando se ha propuesto su consideración en el análisis de tipicidad.⁴⁷

Sin perjuicio de las observaciones antes apuntadas, otro aspecto destacable del planteamiento de Gómez Pavajeau, es el desarrollo de una serie de subprincipios derivables del principio de “antijuridicidad material”, a saber:

- i. Subprincipio formal: según el cual, los tipos penales deben proteger bienes jurídicos y estos deben encargar principios, valores y derechos fundamentales.
- ii. Subprincipio material: que se traduce en la regla de que no se deben tipificar conductas que no sean idóneas para proteger bienes jurídicos y en ese ejercicio, quien legisla debe tener en cuenta la necesidad de protección real de bienes jurídicos.
- iii. Subprincipio real: Exige una incidencia “real” en el bien jurídico, lo que supone que el grado de afectación sea significativo. En todo caso, a pesar de sostener que no son admisibles *presunciones iures et de iure* de afectación del bien jurídico tutelado, admite las presunciones *iuris tantum*, dejando indemne la posibilidad de defensa.
- iv. Subprincipio de funcionalidad
 - a. Funcionalidad externa: la conducta debe poner en peligro o lesionar necesaria e indefectiblemente al bien jurídico tutelado donde se encuentre ubicado en la parte especial del Código Penal de país del que

47. La vaguedad e imprecisión, así como su consideración como fuente de politización de la antijuridicidad material, han sido las principales críticas a la teoría de las normas de cultura. Cfr. Gómez Pavajeau, 51.

se trate, de manera que aun cuando vulnere otros intereses si no lesiona o pone en peligro el bien que (según su ubicación en el CP) protege no existirá antijuridicidad material. En consecuencia, cuando se trate de tipos pluriofensivos lo determinante será que se ponga el peligro o se lesione el interés que quien legisla quiso proteger al tipificar.

- b. Funcionalidad interna: requiere que la acción produzca la lesión o el peligro para el bien jurídico que la norma estaba destinada a prevenir y al igual que Vargas Pinto,⁴⁸ propone que incorporar los parámetros de imputación objetiva respecto del resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico:

Allí debemos establecer: a) Si el resultado está vinculado prohibitivamente con la creación de un riesgo jurídicamente relevante; b) Si un resultado es producto de un aumento de riesgo; c) Si el resultado es producto de la disminución de un riesgo. Por ello, como tal, el principio de lesividad o vulneración, concretado dogmáticamente por la categoría dogmática de la antijuridicidad material, puede representarse en la estructura de la tipicidad como “tipo material” (...).⁴⁹

- v. Subprincipio social de la antijuridicidad material: Mas allá del daño particular exige que se haya producido un daño social, de manera que quedan excluidas las conductas que producen resultados insignificantes. Tal dañosidad no se admite sin la mediación de un bien jurídico.⁵⁰

48. Vargas Pinto, 433.

49. Gómez Pavajeau, 226.

50. Gómez Pavajeau, 230.

De los antes enlistados, resultan de especial relevancia los subprincipios real y social, por su énfasis en la consideración de la gravedad y significancia del daño para el análisis de antijuridicidad material, dejando en evidencia la insuficiencia de la mera constatación de su existencia y la necesidad de un análisis cualitativo y cuantitativo del mismo.

Precisamente este tipo de análisis es el que se dificulta cuando se trata de delitos de peligro abstracto, ante la proclamada innecesariedad de comprobación de la peligrosidad por parte de las autoridades judiciales⁵¹ y la criminalización de comportamientos que no solo *ex post* sino también *ex ante*, carecen de forma evidente de peligrosidad.⁵²

3. Principios legitimadores de la coerción estatal en el Sistema Angloamericano

Existen dos importantes propuestas, desde una perspectiva liberal, sobre el o los principios que han de constituirse como justificación y límite a la intervención del Derecho Penal. En esa línea, estos principios son considerados *liberty-limiting principles* y a su vez, principios limitadores del ejercicio del poder punitivo a través del Derecho Penal.

Feinberg y Persäk identifican cuatro principios legitimadores de la coerción estatal, con amplio respaldo, a saber: principio de ofensividad, paternalismo legal, moralismo legal, y principio de daño.⁵³ La aceptación de uno/s u otro/s principios resulta determinante para la selección de comportamientos cuya criminalización ha de considerarse legítima.

51. Blanca Mendoza Buergo, "Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos abstracto" (Granada, España: Editorial Comares, 2001): 82

52. Mendoza Buergo, 85.

53. Joel Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Harmless wrongdoing*, vol. 4 (Nueva York, Estados Unidos: Oxford Univ, 1990), ix. Nina Persäk, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, 1ª ed. (New York, United States: Springer, 2007), 16 – 22.

El liberalismo radical sostiene que el único principio adecuado para legitimar la intervención del derecho penal es el Principio de Daño (*Harm Principle*), que es equiparable pero no precisamente equivalente al Principio de Lesividad en el Derecho Penal Continental. Una posición menos radical del liberalismo admite que además del Principio de Daño, el Principio de Ofensividad (*Offense to Others Principle*) ofrece un adecuado marco de legitimidad a la criminalización de determinadas conductas. Es precisamente Joel Feinberg, quién sostiene: “*the criminal law may legitimately criminalise conduct only where it causes harm or serious offence*”.⁵⁴

A pesar del rechazo de los dos principios restantes por parte de muchos liberales, –como bien lo señala Persäk– son los únicos que podrían servir para argumentar la supuesta legitimidad de ciertos tipos penales que proscriben conductas autorreferentes (que implican un daño para la propia persona que las ejecuta) o consentidas, como es el caso de criminalización de la eutanasia, la venta de los propios órganos, zoofilia, etc.,⁵⁵ en un sin número de legislaciones.

En todo caso, sea cual sea el o los principios –de los antes mencionados– que se decida seguir, existen otros principios, como el de *ultima ratio*, que suponen un límite a la criminalización. En esa línea, se habla de principios de criminalización “positivos” y “negativos”, para diferenciar entre los que habilitan al Estado para criminalizar ciertos comportamientos sobre la base de una justificación específica y aquellos que lo obligan a abstenerse de criminalizar o incrementar la intervención. Los cuatro identificados por Feinberg y Persäk son precisamente del primer tipo,

54. William Wilson, *Central issues in criminal theory* (Oxford, Inglaterra: Hart, 2002), 20. Traducción propia: el derecho penal puede tipificar legítimamente como delito una conducta sólo cuando cause un daño o una infracción grave.

55. Persäk, 17 y 21.

mientras que el de *ultima ratio* tiene una naturaleza “negativa” pues “*don’t show us ‘what’ to criminalise, but instead, what not to, or rather, where to stop*”.⁵⁶

a) Principio de Daño (*Harm Principle*)

El principio de daño, que en sus inicios se vinculó al principio de utilidad, se relaciona inexorablemente con el concepto material de delito.⁵⁷ Según este principio, el ejercicio del poder punitivo a través del Derecho Penal solo se justifica en la medida en que sea necesario para la prevención del daño a terceros. Esta es la idea principal de su formulación por parte de John Stuart Mill, en su ensayo “On liberty”:
“*The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community against his will is to prevent harm to others*”.⁵⁸

Dicha formulación parte de la necesidad de proteger la libertad y autonomía individual, sin perjuicio de admitir que la misma no es absoluta y puede ser susceptible de restricciones en determinadas circunstancias. En síntesis, los individuos deben estar autorizados para hacer lo que deseen siempre que esto no cause un daño a otros.

Lo anterior, fue replanteado por Feinberg, quien en lugar de entender el *Harm Principle* en sentido negativo⁵⁹, le otorga un carácter positivo: el “daño” respalda la criminalización.

56. Persák, 22. Traducción propia: no nos muestra qué criminalizar, sino que no [criminalizar] o, en su caso, donde parar.

57. Albin Eser, The principle of “harm” in the crime concept: A comparative analysis of the criminality protected legal interests (Thesis for the degree of Master of Comparative Jurisprudence, New York University, 1962), 16 – 25

58. John Stuart Mill, *On liberty*, Reimp. (Maryland, Usa: Wildside Press, 2008), 212. Traducción propia: El único propósito por el cual el poder puede ejercerse legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad es para evitar daños a otros.

59. La formulación del *Harm Principle* en la obra de Mill tiene carácter negativo (en ausencia de “daño” no se debe criminalizar)

En ese mismo sentido, la formulación de Mill basada en el respeto a la libertad individual se dirige a la sociedad y como límite ante cualquier tipo de intervención, mientras que la de Feinberg se enfoca más en la criminalización como forma de intervención estatal.⁶⁰

En cuanto al concepto de daño, en sentido no-normativo, es entendido por Feinberg como una frustración, entorpecimiento o menoscabo a intereses (*thawrting, setback or defeating of interests*) o, en un sentido normativo, donde daño significa *wrong* (agravio)⁶¹ y este se entiende como una violación a los derechos de las personas resultante de un comportamiento injustificable e inexcusable.⁶²

De acuerdo con la conceptualización de Feinberg, el término daño y lesión (corporal) no deben confundirse, pues, aunque el segundo es una especie del primero, el “daño” supone una afectación a intereses legalmente protegidos mientras que la “lesión” refiere a un detrimento material y tangible.⁶³ Para ilustrar que el daño físico o material no siempre es equivalente a un menoscabo de intereses, resulta conveniente retomar el ejemplo ofrecido por Wilson: un cirujano produce una lesión con el bisturí en el cuerpo del paciente, sin embargo, tratándose de una intervención encaminada a salvarle su vida o para mejoría de su salud, no es posible afirmar que existe un menoscabo a los intereses de quién es intervenido.⁶⁴

El daño relevante para el *Harm Principle* es solo aquel causado indebidamente con dolo o, al menos, con imprudencia, por ejemplo, cuando el acto u omisión ha tenido como intención la producción de un efecto adverso en los intereses del otro.⁶⁵

60. Persak, 37.

61. Así se ha traducido en Fernando Miró Llinares, “La Criminalización de conductas ‘ofensivas’: A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho Penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 17 – 23 (s.l., 2015), 15.

62. Feinberg, *Harmless wrongdoing...*, xi.

63. Joel Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Harm to others*, vol. 1. (New York, United States: Oxford Univ. Pr., 1984), 106.

64. William Wilson, *Central issues in criminal theory* (Oxford, England: Hart, 2002), 21.

65. Feinberg, *Harm to others*, 107 – 108.

Asimismo, para los daños producidos por conductas autorreferentes o consentidas, se considera aplicable la máxima de Volenti (*non fit injuria*), de acuerdo con la cual “no se comete injusto contra quien consintió”⁶⁶ y, por tanto, no constituiría un daño relevante bajo el *Harm Principle*. No obstante, no todos los partidarios del *Harm Principle* coinciden en excluir el daño propio, autorreferente o consentido, como es el caso de H.L.A Hart y Joseph Raz⁶⁷.

En cuanto a la criminalización de situaciones de riesgo o puesta en peligro, Persak opina que esta resulta problemática bajo el *Harm Principle*, en sentido estricto. En esa línea, sostiene que es preferible aceptar abiertamente que su criminalización se hace sobre la base de consideraciones paternalistas antes que considerar como “daños” situaciones de riesgo bastante alejadas o improbables, abusando del *Harm Principle*.⁶⁸

En contraste, desde una posición menos radical, tanto la propuesta de Mill como la de Feinberg admiten la criminalización no solo sobre la base del daño sino también la posibilidad de daño, dando lugar a discusiones sobre que supuestos pueden entenderse incluidos y cuáles no.

En consecuencia, el *Harm Principle* ha sido utilizado para justificar la intervención encaminada a la prohibición de actividades peligrosas o conductas que crean un

66. Feinberg, *Harm to others*, 115.

67. Kai Ambos explica que “Hart no es totalmente claro en este punto, pero parecer ser que acepta a regañadientes la necesidad de una criminalización paternalista de aquellas conductas que causan daño a sí mismo. Hart crítica el principio de Mill basado en el libre albedrío y consentimiento como ‘fantástico’[...] ya que existe un ‘rechazo general a la creencia de que los individuos conocen mejor sus intereses’. Por esta razón la teoría de Mill ha sido modificada al punto que ‘dañar a otros es algo que aún podemos pretender prevenir mediante el uso del derecho penal, incluso cuando existe consentimiento de la víctimas de participar o ayudar en actos que son dañinas para ellas [...] Raz sigue a Hart en que entiende que el principio del daño en un sentido más amplio, incluyendo el daño a uno mismo [...]”. Cfr. Kai Ambos, “Bien Jurídico y Harm Principle; Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional”, en *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2013), 444, nota 58.

68. Persak, 33.

potencial riesgo de lesión, debido a la falta de consenso acerca de que tan grave debe ser un daño para que su criminalización resulte legítima, además de la facilidad de algunos para reconceptualizar este principio logrando ampliar su sentido de manera que es posible incluir comportamientos en sí mismo inocuos pero considerados como una antesala a situaciones que produzcan un riesgo, es decir, *remote harms*. Supuestos donde la criminalización intenta verse justificada en la esperanza, muchas veces carente de sustento empírico, de que con ello se lograra una reducción en las posibilidades de que tales comportamientos sirvan en un momento ulterior para lesionar intereses públicos o privados.⁶⁹

Ante la pregunta sobre qué clase de posibilidad de daño puede ser legítimamente criminalizada, la doctrina se ha inclinado por prescribir ciertas formulas encaminadas a determinar la seriedad y podemos citar, al menos, dos propuestas acerca de cómo evaluar las conductas en aras a determinar su grado de gravedad, de manera, que sea posible juzgar la conveniencia de su criminalización.

En primer lugar, cabe mencionar el método propuesto por Feinberg que se centra en el menoscabo de intereses y la pérdida de oportunidades u opciones por parte de la víctima. La ecuación de Feinberg, para casos que no involucran ataques directos, sopesa: i) la gravedad del daño y la posibilidad de su ocurrencia, en relación con ii) el valor social de la conducta y el grado de interferencia que su criminalización supone para la libertad individual. En todo caso, Feinberg adelanta que quedan excluidos las decepciones transitorias, lesiones físicas y mentales mínimas y una serie de estados mentales de disgusto, como ansiedad y aburrimiento, etc.⁷⁰

En segundo lugar, como se detalla en otro apartado, similares elementos integran el “Standard Harm Analysis” (o estándar de análisis de daño) de Hirsch; aunque se

69. Wilson, 28.

70. Feinberg, *Harm to others*, 215 – 216.

incluye la noción de “*fair imputation*” (imputación justa) para responder a las preguntas sobre si es posible justificar la imputación del daño a quien solo crea su riesgo.

En tanto Von Hirsch y Jareborg proponen que la valoración del daño atienda la afectación o la reducción de la calidad de vida,⁷¹ han identificado cuatro dimensiones genéricas de intereses que pueden verse afectados por los delitos: (i) integridad física, (ii) sustento material y comodidades (iii) libre de humillación, y (iv) privacidad/autonomía, respecto de los cuales identifican distintos grados de afectación que pueden suponer los delitos y que se traducen como menoscabo a la calidad de vida del individuo. Así, existen delitos que afectan: (i) la subsistencia de la persona, lo que es igual a la mera supervivencia; (ii) el bienestar mínimo, equivalente a mínimos niveles de comodidad y dignidad de la persona; (iii) bienestar adecuado, es decir, el mantenimiento de niveles adecuados de comodidad y dignidad; o (iv) el bienestar *standard*, que supone el mantenimiento de una vida de plena calidad.⁷²

Finalmente, Knowles (citado por Persak),⁷³ sostiene que un peligro es suficientemente sustancial y serio para justificar la criminalización, cuando se conoce que el grado de riesgo que implica el comportamiento peligroso y el daño futuro es “catastrófico”, pues en caso de que sea “serio” pero no “catastrófico” otras vías – distintas a la criminalización- resultarían más apropiadas.

Aun cuando estos enfoques ofrecen criterios relevantes el ejercicio de ponderación podría verse afectado por la subjetividad.

71. Wilson, 20 – 24.

72. Persak, 62.

73. Persak, 44.

Sin perjuicio de las dificultades para llegar a un consenso acerca de que tan grave debe ser un daño para que su criminalización resulte legítima o el método a seguir para determinarlo; es innegable la utilidad del *Harm Principle* como parámetro orientador de la criminalización. Por una parte, se constituye como un principio *in dubio contra delictum*, con las siguientes implicaciones: (i) en caso de que quien legisla tenga duda acerca de si debe criminalizar o no, debe inclinarse por no hacerlo, (ii) quien legisla no debe criminalizar una conducta sin tener pruebas de que aquel proceder es necesario, y (iii) la carga de persuadir, así como de aportar evidencia de dicha necesidad recae sobre aquellos que proponen la criminalización de la conducta.⁷⁴ Por otra parte, el *Harm principle* también permite la clasificación de los delitos en razón de la gravedad del daño y, por ende, puede servir como parámetro para la determinación abstracta del rango de pena a imponer.

De cualquier manera, el *Harm Principle* debe ser complementado con otros principios al momento de decidir sobre la criminalización de la conducta, es decir, aunque el daño o probabilidad de daño es necesario, no es suficiente para criminalizar.⁷⁵

i. Máximas mediadoras para la aplicación del *Harm Principle*⁷⁶

Lo más interesante de la propuesta de Feinberg para responder a la pregunta sobre cuando el riesgo o peligro de daño es suficiente para justificar la criminalización de un comportamiento, son las máximas que han de mediar la aplicación del *Harm Principle* en casos donde el tipo de conducta no es perfectamente inocua (no lesiva) ni directa y necesariamente dañosa, pero crea un cierto grado de riesgo. Según este

74. Persak, 76.

75. Persak, 91.

76. *Mediating maxim* es el nombre utilizado por Feinberg para referirse a guías para la aplicación de un *liberty-limiting principle* (principio limitador de la libertad) en contextos prácticos de carácter especial y en condiciones de incerteza, y máximas de justicia que sirven como guías para marcar límites morales.

autor, quienes legislan en aplicación de este principio deben usar las siguientes “reglas de juego” (*rules of thumb*) de la mejor manera que puedan:

- Mientras mayor sea la gravedad del posible daño, menos necesaria es la probabilidad de su ocurrencia para justificar la prohibición de la conducta que amenaza con producirlo;
- Mientras mayor sea la probabilidad de daño, menos grave necesita ser el daño para justificar la coerción;
- Mientras mayor sea la magnitud del riesgo de daño, menos razonable es la aceptación del riesgo;
- Mientras más valiosa (útil) sea la conducta peligrosa, tanto para el actor como para otros, más razonable es aceptar el riesgo de las consecuencias dañosas, y cuando se trate de conductas extremadamente valiosas será razonable correr riesgos hasta el punto en que se tenga un peligro claro y presente;
- Mientras más razonable sea el riesgo de daño (el peligro), menos justificación existe para prohibir la conducta que lo crea⁷⁷.

ii. *Harm Principle* y la regla de *minimis*.

El Derecho Angloamericano admite como defensa la regla de *minimis*, la cual opera cuando la conducta no causa o crea el riesgo de daño o mal que se pretende evitar con el establecimiento del tipo penal o lo hace únicamente de forma demasiado trivial como para justificar una condena. En esa línea, la aplicación de esta regla en sede judicial supone que para condenar los jueces y juezas han de constatar la existencia de un daño mínimamente significativo.⁷⁸

77. Feinberg, *Harm to others...*, 216.

78. Persak, 63 y 73.

La regla antes apuntada, resulta coincidente con los postulados de la “teoría de la insignificancia” en el Derecho Continental, según la cual para la imposición de una pena:

- Debe existir lesión de un bien jurídico en forma real.
- Aunque no existen delitos insignificantes, puede detectarse “la insignificancia residente en los hechos, que considerados particularmente se estima que no alcanzan a vulnerar el bien jurídico, ni que merecen que se enerve la jurisdicción en pos de su investigación y ulterior castigo”.⁷⁹
- Un bien jurídico nunca podrá ser insignificante en sí mismo, sino que lo insignificante será el grado en que se la haya afectado. No cualquier afectación será suficiente para legitimar la injerencia del Estado y menos del ámbito penal.⁸⁰

En todo caso, cabe destacar que no existe consenso sobre la ubicación del criterio de insignificancia en la teoría del delito, y como ha sido resaltado por Cornejo, se identifican –al menos– tres posiciones: (i) lo insignificante es atípico (Zaffaroni); (ii) lo insignificante no es antijurídico, y (iii) la insignificancia como eximente de pena (posición a la que se adhiere el citado autor).⁸¹ Esta última parte de la idea que “[e]l principio de insignificancia encuentra sustento, por último, en la justificación ética de la pena”.⁸²

b) Principio de Ofensividad (*Offense to Others Principle*)

En lo que respecta al Principio de Ofensividad, Feinberg señala que en un sentido general la noción de “ofensa” incluye una miscelánea de estados mentales de disgusto. Sin embargo, a efectos de este principio resulta adecuada una noción más

79. Abel Cornejo, *Teoría de la Insignificancia*, 1ª ed. (Buenos Aires, Argentina: AD-HOC – S.R.L., 1997), 34.

80. Abel Cornejo, 51.

81. Abel Cornejo, 91.

82. Abel Cornejo, 80.

específica que se limite a aquellos estados mentales de disgusto provocados por comportamientos incorrectos (violadores de derechos) de otros.⁸³

Feinberg ha prescrito parámetros para sopesar la seriedad del inconveniente causado al ofendido con la razonabilidad de la conducta del ofensor, como base para la aplicación del principio de ofensividad:

The seriousness of the offensiveness must be determined by (1) the intensity and durability of the repugnance produced, and the extent to which repugnance could be anticipated to be general reactions to the conduct that produced it; (2) the ease with which unwilling witnesses can avoid the offensive display; and (3) whether or not the witnesses have assumed the risk themselves of being offended. These factors must be weighted as a group against the reasonableness of the offending party's conduct as determined by (1) its personal importance to the actor himself and its social value generally; (2) the availability of alternative times and places where the conduct would cause less offense; and (3) the extent, if any, to which the offense is caused by spiteful motives.⁸⁴

En esa línea, “ofensa” en el marco del Principio de Ofensividad debe entenderse integrada por una condición objetiva y otra subjetiva. La primera exigencia es que el estado mental de disgusto sea causado por una conducta cometida con dolo, o al menos, con imprudencia; y la segunda, que el acto ofensivo sea tomado por la

83. Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Offense to others*, vol. 2 (Nueva York, Estados Unidos: Oxford Univ. Pr., 1985), 1 – 2. También en Feinberg, *Harmless wrongdoing...*, xi-xii.

84. Traducción propia: La seriedad de la ofensividad debe determinarse a partir de (1) la intensidad y durabilidad de la repugnancia producida, y hasta qué punto dicha repugnancia podría preverse como una reacción general ante la conducta que lo produce; (2) la facilidad con la que el testigo involuntario puede evitar el despliegue ofensivo; y (3) si o no los testigos han asumido por sí mismos el riesgo de ser ofendidos. Estos factores deben sopesarse como un grupo en relación con la razonabilidad de la conducta de la parte ofensora determinada a partir de (1) su personal importancia para el actor y su valoración social general; (2) la disponibilidad de momentos y lugares alternativos donde la conducta podría causar menos ofensa; y (3) hasta qué punto, si aplica, la ofensa es causada por motivos espurios. Cfr. Feinberg, *Harmless wrongdoing...*, xiii. Más detallado en Feinberg, *Offense to others...*, 26.

persona ofendida como algo que le hace mal con independencia de que sea así o no.

A lo anterior, se agrega que la condición subjetiva se cumple cuando la persona ofendida sufre un estado de disgusto, atribuye dicho estado a la mala conducta del otro, y resiente del otro su papel al provocarle experimentar ese estado.⁸⁵ Partiendo de que la ofensividad es algo menos serio que el daño, se reconoce que la ley no debería tratar las ofensas como si fuesen tan serias como los daños, sin embargo, se reconoce que la ofensividad constituye un principio que puede servir para legitimar la criminalización de determinados comportamientos, pues en muchos casos otras vías, como la administrativa, pueden resultar insuficientes para controlar estos comportamientos.

En todo caso, en opinión del citado autor, si se tienen que criminalizar comportamientos inofensivos, las penas deben ser menores y aunque la penalidad puede ser severa cuando el comportamiento sea ofensivo y a la vez dañoso, ello ha de ser una reacción ante el carácter dañoso del comportamiento, no por su ofensividad.⁸⁶

En esa línea, Feinberg presenta una serie de ejemplos, incluidas supuestos de desnudez pública y formas perfectamente aceptables de obtener placer sexual en privado y cuestiona: *“Why should conduct perfectly acceptable in itself become “indecent” when performed in public?”*⁸⁷

85. Feinberg, *Offense to others...*, 2: “In the strict and narrow sense, I am ofended (or “take offense”) when (a) I suffer a disliked state, and (b) I attribute that state to the wrongful conduct of another, and (c) I resent the other for his role in causing me to be in the state”.

86. Feinberg, *Offense to others...*, 3 – 4.

87. Feinberg, *Offense to others...*, 17. Traducción propia: ¿Por qué una conducta perfectamente aceptable en sí misma debería convertirse en “indecente” cuando se realiza en público?

De cualquier forma, sugiere que la respuesta está vinculada a una serie de aspectos psíquicos, pues la base primaria del “*ofended state*” (estado de ofendido) es esta tensión entre fuerzas atrayentes y represivas, contra un trasfondo psíquico de total fascinación, una combinación que puede ser a la vez, emocionante, disgustante y producir ansiedad⁸⁸.

Las reglas para determinar la seriedad de la ofensa pueden resumirse en las siguientes normas: i) estándar de la extensión de la ofensa (*extend of offense standard*), ii) estándar de la evitabilidad razonable (*reasonable avoidability standard*) y iii) el estándar de *Volenti*. Feinberg abandona el absolutista “estándar de universalidad” y adopta el “*extend of offense standard*”, según el cual existen fuertes razones para prohibir cuando una ofensa causada por una acción resulta previsiblemente ofensiva para virtualmente cualquier persona a la que le pueda ocurrir o, en el caso de una ofensa dirigida de forma más concreta, cuando se estime que podría ofender a casi cualquier persona que se encuentre a sí mismo como el objetivo de semejante afrenta. Esto, aunque la universalidad de la respuesta no sea necesaria ni considerada, en sí misma, como suficiente para una prohibición legítima.⁸⁹

Pese a ello, el referido autor considera que la poderosa sanción de la opinión pública es suficiente para brindar protección ante comportamientos bizarros que parecen ofender a cualquiera. Por ende, Feinberg señala la paradoja que constituye el “*extend of offense standard*” pues en una importante cantidad de situaciones: “*the more universal and severe a form of offensiveness, the less danger there is that it will occur, and the less we need rely on criminal sanctions to deter it*”.⁹⁰

88. Feinberg, *Offense to others*, 18.

89. Feinberg, *Offense to others*, 30-31.

90. Feinberg, *Offense to others*, 31. Traducción propia: Mientras más universal y severa sea una forma de ofensa, existe menor riesgo de que ocurra y menor necesidad de recurrir a sanciones criminales para prevenirla.

Adicionalmente, se enfatiza la necesidad de imponer una restricción adicional al principio de ofensividad, específicamente, un requisito que es paralelo a una máxima mediadora para la aplicación del principio de daño y según el cual, la seriedad de la ofensa ha de descontarse en la medida que sea producto de susceptibilidades anormales.⁹¹ Esto implica que “*the more fragile our sensitive sufferer’s psyche, the less protection he can expect from the criminal law*”.⁹²

La segunda máxima establece que mientras más fácil sea evitar una ofensa particular, o terminar una vez ocurre, sin inconveniencia para uno mismo, menos seria será la ofensa, de manera que nadie tiene derecho a exigir protección del Estado frente a experiencias ofensivas si puede fácil y efectivamente evitarlas sin que ello signifique un esfuerzo o inconveniencia irrazonable.

Finalmente, de conformidad con el estándar de *Volenti*, para los efectos de un principio de ofensividad plausible, ofensas voluntariamente sufridas no cuentan como ofensas en absoluto, y riesgos de ofensa voluntariamente asumidos vuelven inadmisibles las subsecuentes quejas de que dicho riesgo de ofensa se ha materializado.⁹³

En esa línea, Feinberg resume las reglas para la determinación de la seriedad de la ofensa de la siguiente manera:

- i. Magnitud de la ofensa: a mayor intensidad, duración y extensión de la ofensa, más seria es. La extensión es entendida como sinónimo de la generalidad de la susceptibilidad ante determinado tipo de ofensa.

91. Feinberg, *Offense to others*, 33.

92. Feinberg, *Offense to others*, 34. Traducción propia: mientras más frágil sea la psiquis de nuestro paciente, menor protección puede esperar del derecho penal.

93. Feinberg, *Offense to others*, 32.

- ii. Estándar de la evitabilidad razonable: mientras más difícil sea evitar una determinada ofensa sin que ello signifique un inconveniente serio para uno mismo, más seria es.
- iii. La máxima de *Volenti*: Estados de ofendido/a en los que voluntariamente se caiga, o el riesgo de lo que ha sido voluntariamente asumido por la persona que lo experimenta, no cuentan como ofensas en absoluto en el marco de la aplicación legislativa del principio de ofensividad.
- iv. Descuento de susceptibilidades anormales: en la medida que los estados de ofendido/a ocurran como consecuencia de la susceptibilidad anormal de la persona, la seriedad de la ofensa debe tenerse por descontada en el marco de la aplicación legislativa del principio de ofensividad.

Para determinar la seriedad de la ofensa, Feinberg no incluye un estándar sobre la razonabilidad de la ofensa para impedir que quien legisla u otras autoridades estatales (incluidas las administrativas y judiciales) asuman la prerrogativa de ellos mismos determinar la razonabilidad de las estados o sensibilidades emocionales, lo que considera como un peligroso poder en una democracia,⁹⁴ contrario a principios liberales.⁹⁵

Una vez determinada la seriedad de la ofensa, corresponde evaluar la razonabilidad de la conducta y a tal efecto, Feinberg propone una serie de máximas que han de mediar el desarrollo de esta tarea tanto en sede legislativa como judicial:

- i. Mientras más importante sea la conducta ofensora para el actor, medida a partir de las propias preferencias del actor y de la vitalidad de aquellos intereses del mismo que estén en condiciones de prosperar, más razonable es la conducta.

94. Feinberg, *Offense to others...*, 35.

95. Feinberg, *Offense to others...*, 37.

- ii. A mayor utilidad social de ese tipo de conducta, más razonable es la conducta del actor. Como corolario de esta y la máxima anterior, se presume que las expresiones de opinión, especialmente cuando se refieren a políticas públicas, tienen la mayor importancia en virtud de la gran utilidad social de libertad de expresión y discusión.
- iii. A mayor número de alternativas de tiempo y espacio, igualmente satisfactorias para el actor y sus compañeros (de ser el caso) pero inofensivas para otros, menos razonable es la conducta realizada en las circunstancias que la tornaron ofensiva para otros.
- iv. La conducta ofensora es irrazonable en la medida en la que el motivo impulsor es malintencionado o malicioso.
- v. La conducta ofensiva realizada en vecindarios donde es común, y generalmente conocida como común, es menos irrazonable de lo que sería en vecindarios donde es rara e inesperada.⁹⁶

Por otra parte, Feinberg hace una distinción entre las que denomina *profound offenses* y *offensive nuisances merely*. De cualquier manera, considera que en ambos casos ha de mediar un *balancing test* que incluya la consideración de las máximas apuntadas *supra*.⁹⁷ Asimismo, respecto de la aplicación del principio de ofensividad se formulan interrogantes sobre hacia quien ha de ser la ofensa que puede considerarse por quien legisla como legitimadora de la creación de una disposición que prohíba el comportamiento que la produce. Como respuesta, Feinberg excluye a quienes voluntariamente han asumido el riesgo de ofensa y aquellos que fácilmente pueden escapar de ella.⁹⁸

Acerca del debate sobre si el Principio de Ofensividad puede servir como fundamento para criminalizar *bare-knowledge offenses*, es decir, comportamientos

96. Feinberg, *Offense to others*, 44.

97. Feinberg, *Offense to others*, 64.

98. Feinberg, *Offense to others*, 60 – 61.

que no producen daño ni son observados pero que el conocimiento sobre su posible ejecución es experimentada como ofensiva, sostiene que el Principio de Ofensividad (en su formulación liberal) implica que el Derecho Penal no ha de intervenir para proteger a las personas de cualquier estado de ofensa sino solamente de lo que él denomina *wrongful offense*, es decir, cuando el estado mental de ofendido ha sido provocado dolosamente o, al menos, de forma imprudente por otro/s en detrimento de sus derechos.

En esa línea, señala que no basta que el comportamiento sea doloso/imprudente y que sea experimentado como ofensivo, sino que, además, el comportamiento causante de la ofensa debe constituir un mal (violación de sus derechos) para la parte que se experimenta como ofendida.

En consecuencia, cuando se trata de comportamientos secretos que no dañan a otros, los sentimientos de indignación, repulsión y desagrado, por parte de quien experimenta la posibilidad de que el comportamiento se esté ejecutando como ofensivo, son el resultado de sus propios principios morales y no impuestos en su perjuicio por quien ejecuta secretamente el comportamiento, por lo que el único principio en virtud del cual se podría punir dicha conducta es el Moralismo Legal y no en el Principio de Ofensividad –salvo algunas excepciones–⁹⁹ de manera que no existe un argumento, compatible con una posición liberal, que legitime la punibilidad de *bare-knowledge offenses*.¹⁰⁰

c) Diferencia con los principios del Derecho Continental

99. En todo caso, reconoce que hay algunas excepciones, donde la prohibición de este tipo de comportamientos no habría de requerir apelar al Moralismo Legal. En esa línea, cita la adquisición de cuerpos para llevar a cabo investigaciones sin el consentimiento de los parientes, pues, por ejemplo, en el caso de la viuda que sabe que el rostro de su ex esposo está siendo deshecho en pedazos en un experimento científico, aunque no lo presencie, sufre un agravio personal. Sin embargo, en estos casos, la protección habría de proporcionarse a través de la acción civil en lugar de recurrir al derecho penal. Feinberg, *Offense to others*, 69-70.

100. Feinberg, *Offense to others*, 60 – 71, 93 – 96.

Los cuatro identificados como *liberty-limiting principles* no son principios del Derecho Continental, en opinión de Persák. Ello se debe a que, tanto en los sistemas de influencia alemana como francesa, no se han invertido muchos esfuerzos en el estudio de las bases legitimadoras para la criminalización o, más ampliamente, de la intervención estatal y sugiere que en este sistema no se encuentra un principio que permita especificar la naturaleza o características de la conducta que debe ser legalmente proscrita o criminalizada justificadamente.¹⁰¹

Pese a lo anterior, en la propuesta de Ferrajoli encontramos, como respuesta a la pregunta de “¿cuándo prohibir?”, la prescripción de los principios de necesidad, lesividad, materialidad y responsabilidad personal.¹⁰² Los dos primeros principios derivables del principio de utilidad penal formulado por autores de la ilustración,¹⁰³ resultan comparables con el *harm principle*. En todo caso, la limitación de ambos principios para determinar lo que ha de prohibirse, ha sido reconocida por el mismo autor: “ni el principio de necesidad ni el de lesividad pueden determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria, en cada caso, la prohibición jurídica. O, más específicamente, la penal y, aún más específicamente, la que toma forme de delito y no de simple contravención”.¹⁰⁴

El problema de la imprecisión sobre lo que puede considerarse “lesivo” viene aparejado del riesgo que conlleva todo juicio valorativo: la discrecionalidad.¹⁰⁵ En todo caso, usualmente se reconoce dentro de lo lesivo tanto el daño como el peligro, aunque la discusión surge cuando se trata del peligro abstracto.

101. Persák, 23.

102. Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, 463.

103. Grocio, Hobbes, Puffendorf, Beccaria y Bentham.

104. Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, 466.

105. En palabras de Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, 467: “Palabras como «lesión», «daño» y «bien jurídico» son claramente valorativas. Decir que un determinado objeto o interés es un «bien jurídico» y que su lesión es un «daño» es tanto como formular un juicio de valor sobre él; y decir que es un «bien penal» significa además manifestar un juicio de valor que avala la justificación de su tutela recurriendo a un instrumento extremo, cual es la pena.”

Así, tenemos posiciones, como la de Ferrajoli, que se pronuncia a favor de la exclusión de los delitos de peligro abstracto, pues su propuesta del derecho penal mínimo exige una lesividad concreta,¹⁰⁶ en contraste con la de Francisco Castillo quien, siguiendo a Jescheck, justifica la existencia de delitos de peligro abstracto, entendiendo que “la acusación de *una situación de peligro* para el bien jurídico desmejora su situación”.¹⁰⁷

En todo caso, lo cierto es que los principios del Derecho Continental no operan como “principios para la criminalización” (*principles for criminalisation*) sino más bien como “principios contra la criminalización” (*principles against criminalisation*), ya que delimitan lo que el Estado debe abstenerse de criminalizar (ej. “no hay delito sin lesión”), mientras que los *liberty-limiting principles* pretenden ofrecer criterios para la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados.¹⁰⁸

En opinión de Persak la ausencia de principios para la criminalización en el Derecho Continental, ha tenido como consecuencia –citando el caso de Slovenia- que los proponentes de nuevas leyes o reformas en derecho penal sean políticos con una agenda enfocada en conseguir votos suficientes para su reelección.¹⁰⁹

Para corregir esta situación, propone la recepción del *Harm Principle* en el Derecho Continental con la finalidad de ofrecer un marco para guiar la decisión legislativa de criminalizar conductas indeseadas.¹¹⁰ Sin embargo, no comparte la necesidad de admitir el principio de ofensividad pues si bien podría servir para evitar la ampliación de lo que ha de considerarse un “daño” a afectos de justificar la criminalización de

106. Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, 472 - 479.

107. Francisco Castillo González, *El bien jurídico penalmente protegido* 1. ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008), 79.

108. Persak, 26.

109. Persak, 27.

110. Persak, 59.

ciertos comportamientos bajo el *harm principle*, los resultados podrían ser los mismos al proporcionar a quien legisla una nueva vía (“canal”) para criminalizar.¹¹¹

Cabe destacar que Persak, en su intento por encontrar un principio equivalente al *Harm Principle* en el Derecho Continental, sostiene que la noción de Bien Jurídico cumple funciones similares al *Harm Principle*, pues ambos se estructuran entorno a “intereses”, sin embargo, para el *Harm Principle* lo relevante son los intereses de “otros” (terceros). Debido a ello propone que la noción de bien jurídico sea complementada con la de intereses de “otros”, identificando como bienes jurídicos solo aquellos intereses de “otros” (terceros) legalmente protegidos.¹¹²

Otra de las diferencias encontradas entre el principio de protección de bienes jurídicos y el *Harm Principle*, es que, en el Derecho Continental, al atribuir al “honor” el carácter de bien jurídico, el primero sirve para justificar la criminalización de delitos como la injuria, que si bien supone una afrenta al honor no podría considerarse como “daño” en los términos del *Harm Principle*.

Esto resulta relevante solo desde la perspectiva del liberalismo radical, según la cual el *Harm Principle* sería el único principio que debe ser atendido para criminalizar conductas, pues desde una posición más moderada, la injuria supondría una “ofensa” cuya criminalización estaría justificada bajo el *Offense to Others Principle*.¹¹³ En consecuencia, la adopción del *Harm Principle* angloamericano como el único principio en que puede fundamentarse la criminalización de comportamientos, supondría dejar fuera la criminalización de delitos como la injuria, lo que supondría una deflación del ámbito punible.

111. Persak, 32.

112. Persak, 104 – 106.

113. Persak, 114.

No está de más reconocer que en el Derecho Penal Continental, el principio de lesividad, en lugar de constituirse como un límite, es en muchos casos instrumentalizado para justificar la intervención del Derecho Penal bajo el argumento de que es necesario prevenir daños y que, para tal fin, resulta conveniente la criminalización de conductas que suponen el desencadenamiento de cursos causales de los que puede derivar un peligro para el bien jurídico en determinadas circunstancias, aunque este rara vez se materialice.

Esto usualmente ocurre en contextos sociales donde los niveles de criminalidad colocan a quienes legislan en una atmósfera que les empuja a proporcionar “respuestas rápidas” ante la perceptible ola criminal. De igual manera, la presión ejercida por actores externos para lidiar con armas y drogas ha derivado en la hipercriminalización de *remote harms*.

Sin perjuicio de lo anterior, una recepción del *Harm Principle* en el Derecho Continental tampoco lograría revertir la tendencia a instrumentalizar principios originalmente diseñados para contener el ejercicio del poder punitivo para justificar una mayor anticipación de la tutela penal.

4. Ausencia de diferenciación entre lesión, daño y ofensa en el Derecho Continental

En el Derecho Continental, se mezcla el concepto de lesión, daño y ofensa. En esa línea, se observa que Jescheck (citado por Gómez Pavajeau) afirma que “la lesión del bien jurídico supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso”.¹¹⁴

114. Gómez Pavajeau, 52.

Otro ejemplo, son las palabras de Tulio Ruiz (citadas por Gómez Pavajeau) quien considera que el juicio de valor del acto para determinar su carácter antijurídico consiste en si “el juez lo encuentra ofensivo o lesivo de un bien jurídicamente tutelado”;¹¹⁵ empleando ambos términos como equivalentes.

De igual forma, Francesco Antolisei, Muñoz Conde y Jiménez Huerta -citados por el mismo autor- utilizan “ofensa” a un bien jurídico o intereses tutelados por la norma para referirse al contenido de la antijuridicidad material (o sustancial),¹¹⁶ mientras que Gómez Pavajeau, utiliza como sinónimo “daño” y “ofensa”, al afirmar que “el daño entraña una ofensa a un interés o a un valor debidamente protegido”,¹¹⁷ aunque no queda claro si lo mismo sucede a la inversa, es decir, si entiende que la ofensa siempre entraña un daño. Curiosamente, subdivide tanto al daño como a la ofensa en lesión y peligro para el bien jurídico.¹¹⁸

También Salgado Suarez al referirse a la antijuridicidad en la falsedad documental, afirma “será inofensiva la falsedad que carezca de poder ofensivo” pero refiriéndose a la verificación de lesión o potencialidad de quebrantar el interés objeto de tutela.¹¹⁹

Los ejemplos antes indicados son solo una muestra de la ausencia de diferenciación de los conceptos “daño” y “ofensa” y como ambos términos se utilizan para referirse a la lesión del bien jurídico, lo que contrasta con la clara línea trazada entre uno y otro en el Derecho Penal Angloamericano.

5. El bien jurídico y su lesión (o puesta en peligro)

115. Gómez Pavajeau, 99.

116. Gómez Pavajeau, 53 y 96.

117. Gómez Pavajeau, 54.

118. Gómez Pavajeau, 131 y 134.

119. Gómez Pavajeau, 98.

Pese a muchos esfuerzos para consolidar un concepto de bien jurídico, la falta de consenso al respecto sigue siendo evidente. A lo largo del desarrollo dogmático relativo a la teoría del bien jurídico, las posiciones se han dividido entre quienes identifican los bienes jurídicos con: (i) los derechos subjetivos que deben ser respetados conforme al contrato social (Feuerbach); (ii) bienes naturales garantizados por el poder del Estado, es decir, dados por la naturaleza y resultado del desarrollo social (Birnbäum); (iii) bienes ínsitos en la norma, es decir, la creación de quien legisla, de manera que lo relevante para el delito es la negación del querer de la autoridad o en otras palabras la lesión de la obediencia (Binding); (iv) intereses vitales del individuo o de la comunidad que son preexistentes a la valoración del legislador y que son protegidos por el ordenamiento jurídico (Franz Von Liszt); (v) intereses de quienes logran alcanzar el poder (vi); fin reconocido por quien legisla en un precepto jurídico particular (Honig); objeto de protección –por la ley penal– y ataque (Edmund Mezger); (vii) estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones e identificable con valores vitales de la comunidad (Hans Welzel); (viii) condiciones necesarias para el correcto funcionamiento del sistema social (Mir Puig); (ix) necesidades de existencia, es decir, condiciones necesarias para la conservación de la sociedad (Terradillos Basoco);¹²⁰ o (x) presupuestos esenciales que la persona precisa para el desarrollo de su personalidad en la colectividad (Bages).¹²¹

A pesar de que el principio de lesividad admite que el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos y responder no solo ante la lesión, sino también ante su puesta en

120. Luis Fernando Niño, *El bien jurídico como referencia garantista*, 1ª ed. (Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 2006), 3 – 35. Este autor también subdivide las teorías constitucionalistas sobre el bien jurídico en dos: (i) las que identifican bienes jurídicos con derechos fundamentales y cuya relevancia radica en constituirse en un criterio de interpretación teleológica de un tipo (Franco Bricola y Hans Joachim Rudolph), y (ii) las que parten de la Constitución como marco de referencia sin identificar el bienes jurídicos con derechos fundamentales (Ignacio Berdugo, Luis Arroyo Zapatero, Nicolás García Rivas, Juan Carlos Ferré Olivé y José Ramón Serrano-Piedecabras). Las primeras son denominadas por el autor como Teorías Constitucionalistas Estrictas y las segundas como Teorías Constitucionalistas Amplias.

121. Joaquim Bages Santacana, *Principio de Lesividad en los delitos de Peligro Abstracto* (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018)163.

peligro,¹²² las objeciones aparecen cuando lo que se pone en peligro son bienes colectivos, universales o supraindividuales¹²³ y se configuran delitos de peligro abstracto.

Con los bienes jurídicos colectivos la problemática radica en la imposibilidad de constatar su lesión a partir de un comportamiento individual, así como la alegada contrariedad de los “delitos cumulativos o de acumulación”¹²⁴ con el principio de culpabilidad (responsabilidad individual).

La creación de distintos bienes jurídicos de carácter universal con considerable amplitud y vaguedad,¹²⁵ ha sido para responder a los nuevos “retos” de la

122. Guzmán Dalbora, 24 – 25, resalta que a partir de la obra de Birnbaum se “obtiene una clara distinción de las formas que puede asumir el resultado delictivo general, como lesión o peligro de lesión (...) la exigencia de ofensividad en las contravenciones, porque también en ellas debe haber bienes afectados”.

123. Bages Santacana, 123, define intereses jurídicos supraindividuales como “intereses predominantes en una determinada sociedad carentes de titulares específicos por pertenecer al conjunto de la misma”.

124. Interesante, en relación con la criminalización de conductas que ejecutadas de manera aislada resultan inocuas pero que de ejecutarse de manera colectiva resultarían dañosas, es la opinión de Feinberg, *Harm to others*, 244: “(...) legislators should acquire the best empirical information they can get about the readiness of persons to engage in the conduct in question. Then the conduct should be permitted if in fact the likely number of persons who will engage in it falls below the threshold of harm, unless all have the interest in engaging in the conduct, but sufficient numbers refrain out of moral scruple or civic spirit to keep below the threshold of public harm. In the latter case, the conduct is “harmless” only because of unfair sacrifices, and should be prohibited. That the avoidance of accumulative harm should not be made to depend on the sacrificial forbearances of the virtuous to the greater advantage of the selfish is a mediating maxim for the application of the harm principle”. Traducción propia: los legisladores deben adquirir la mejor información empírica que puedan obtener sobre la disposición de las personas para participar en la conducta en cuestión. Entonces la conducta debe permitirse si el número probable de personas que participarían en ella cae por debajo del umbral de daño, a menos que todas tengan interés en participar en la conducta, pero un número suficiente se abstenga por escrúpulos morales o espíritu cívico para mantenerla por debajo del umbral de daño público. En este último caso, la conducta es “inofensiva” solo por los sacrificios injustos, y debe prohibirse. Que la evitación del daño acumulativo no deba depender de la indulgencia sacrificial de los virtuosos en beneficio de los egoístas, es una máxima mediadora para la aplicación del principio del daño.

125. Para enfrentar el fenómeno de la espiritualización o desmaterialización del concepto de bien jurídico, Alcácer Guirao, 72, 95 - 96, propone la adopción de un concepto liberal de bien jurídico que tenga un carácter personalista, es decir, se centre en la persona y sus intereses como consecuencia del reconocimiento de una prioridad axiológica de estos frente a intereses suprapersonales reconducibles al mantenimiento de determinada “estructura” o “función” social, de manera que sea “más resistente” a la “moralización del Derecho Penal”. El carácter personalista del concepto propuesto no presupone una concepción basada en sujetos aislados, sino que parte de la

modernidad,¹²⁶ dando lugar a un característico Derecho Penal en la moderna “sociedad de riesgo”,¹²⁷ donde el principio de protección de bienes jurídicos, que en momento fue criterio para descriminalizar conductas, es ahora utilizado para justificar la criminalización de meros riesgos.¹²⁸

Sin perjuicio de lo anterior, Bages Satacana propone abandonar el dogma del Derecho Penal nuclear, dejando de “limitar el radio de acción del Derecho Penal a la tutela de bienes jurídicos individuales frente a su lesión”¹²⁹ y en su lugar, estructurar los delitos de peligro abstracto como delitos de lesión de un interés supraindividual y de abstracta puesta en peligro de un interés individual.¹³⁰ En ese sentido afirma postula que todos los delitos tendrían una doble dimensión: individual y social. En esa línea, propone que la admisibilidad de bienes jurídico penales supraindividuales esté condicionada a que el interés sea socialmente preferente y a que disponga de un referente individual.¹³¹

En un intento por trazar los límites de la legitimidad de bienes jurídicos colectivos, Roland Hefendehl (citado por Niño), ha dividido los bienes jurídicos colectivos entre

noción de contrato social, de manera, siguiendo a Kindhäuser, “protección de bienes jurídicos significa la protección de las bases para el libre desarrollo de individuo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo”. Pese a ello, el autor deja claro que “una concepción personalista no está reñida con la legitimación de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, cuya titularidad no pertenezca a la persona individual sino a la sociedad o al Estado”.

126. En palabras de Hassemer, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, 181: “el interés por «combatir» con toda celeridad y urgencia los «problemas» más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que, por eso, son sentidos por la opinión pública como amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas, etc.”.

127. Así, Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo* (Madrid, España: CIVITAS, 2001), 24.

128. Aunque debe admitirse que en determinados momentos de la Historia la confusión de bien jurídico con intereses comunes ha servido para expandir el derecho penal a conductas moral o ideológicamente contrarias a valores del “pueblo” o el régimen, como sucedió en Alemania en la época del nacional socialismo.

129. Bages Santacana, 43.

130. Bages Santacana, 47 y 170. En ese sentido, afirma el autor que “el injusto de los delitos de peligro abstracto contra bienes supraindividuales consiste en el menoscabo efectivo (lesión) de los presupuestos que sirven a la seguridad del bien jurídico individual”.

131. Bages Santacana, 48.

reales y aparentes. Entendiendo a los primeros como “aquellos de cuyo uso nadie puede ser excluido, los que pueden ser usufructuados por todos y los que no pueden ser divididos en porciones y distribuidos”.¹³² En esa línea, califica como bienes jurídicos aparentes aquellos “en los que se advierte un encabalgamiento entre bienes jurídicos individuales y los [aparentes bienes jurídicos colectivos]”,¹³³ entre ellos, señala la salud pública a la que se apela como bien jurídico cuando se trata de la criminalización de comportamientos relacionados con las drogas.¹³⁴

La “salud pública” es precisamente un bien jurídico colectivo que está innegablemente conectado con la “salud” como bien jurídico individual. Las dificultades que supone afirmar una lesión a la “salud pública” trae aparejada la preferencia por el empleo de la técnica legislativa de peligro abstracto en la tipificación de conductas pretendiendo su protección. Ello se ve reflejado en que casi la totalidad de delitos relativos a las drogas previstos en la LERARD son delitos de peligro abstracto.

La noción de bien jurídico solo tiene sentido si logramos la consolidación de un concepto material que le permita cumplir con su función limitadora, es decir, que le permita operar como verdadero límite político-criminal. En caso contrario, no solo el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos sino también el principio de lesividad, dejan de constituirse como parámetros para la juzgar la razonabilidad del Derecho Penal y pierden real utilidad.

La ausencia de consenso sobre el concepto de bien jurídico ubica al principio de lesividad en desventaja frente al *harm to others principle* del Derecho Angloamericano, ya que este último tiene como punto de referencia a (otras)

132. Niño, 44.

133. Niño, 44.

134. Niño, 44.

personas; evitándose el problema que supone la definición de bienes jurídicos y la intromisión punitiva en las conductas autorreferentes.

a) Corroboración *ex ante* o *ex post* del peligro para el bien jurídico

Sin profundizar en la amplia discusión dogmática sobre el concepto de peligro penalmente relevante, podemos agrupar las posiciones doctrinarias en dos: (i) las teorías objetivas del peligro y (ii) las teorías subjetivas del peligro.

Las primeras, parten de la existencia del peligro en el mundo real, entendiendo que en el juicio de peligro solo se constata su existencia (declarativo), a partir del carácter generalmente peligroso de la conducta o de la probabilidad *ex ante* de producción de un peligro concreto o lesión del bien jurídico basado en las leyes causales o en atención a todas las circunstancias concurrentes. Para las segundas, el peligro solo existe en la mente hombre (medio) como una imagen basada en la experiencia y no en el mundo real; de manera que el juicio de peligro tiene carácter constitutivo.¹³⁵

A las teorías objetivas que parten del carácter generalmente peligroso de la conducta, se les opone la crítica acerca de que “el concepto de peligro no puede ser meramente una probabilidad estadística establecida por quien legisla sobre la peligrosidad de determinadas modalidades de conducta con carácter general”¹³⁶, lo que equivale a una presunción *iure de iure*, inaceptable desde la óptica del principio de presunción de inocencia. En consecuencia, solo podemos estar de acuerdo con requerir una situación de peligro objetivo para bienes jurídico-penales individuales que sea constatable en el caso particular.

135. Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999), 31 – 40.

136. Corcoy, 37.

En coherencia con lo anterior, resulta acertada la propuesta de Corcoy Bidasolo de adoptar un concepto normativo¹³⁷ de peligro (como situación) que supere las teorías objetivas y subjetivas, diferenciando entre: (i) situación de peligro; (ii) grado de peligro y (iii) juicio de peligro.

En esa línea, se define el peligro como la probabilidad de lesión de un bien jurídico, cuya relevancia penal depende de que tenga una entidad tal que debe de rozar en la seguridad de lesión (grado de peligro). En ese orden de ideas, el juicio de peligro supone “verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación, y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por parte del autor”.¹³⁸ En este juicio también cobra relevancia el riesgo permitido¹³⁹ para hablar de peligro normativo.¹⁴⁰

Si bien quien legisla no puede ir contra las leyes estadísticas y calificar como peligrosos comportamientos que la experiencia ha demostrado como objetivamente inidóneos para producir una lesión; estas pueden nunca ser suficientes para el juicio de peligro y lo más importante “para el Derecho Penal, ni tan siquiera como indicio, es válido un peligro objetivo estadístico analizado en abstracto respecto de una determinada clase de conductas”.¹⁴¹

137. Como consecuencia del abandono de una noción ontológica del peligro, el peligro objetivo que sea conocido por el autor con posterioridad a los hechos carece de relevancia para el juicio de peligro.

138. Corcoy, 52.

139. Para la determinación del riesgo permitido, la profesora Corcoy 101- 108, sugiere tener en cuenta el coste y el beneficio de la conducta, incluyendo en esto último: (i) la utilidad social; (ii) utilidad socio-económica; (iii) utilidad socio-cultural y personal; y (iv) evitación de un coste social y personal mayor al coste que supone el peligro para el bien jurídico. También, agrega que puede tenerse en cuenta si tal comportamiento peligroso ha sido prohibido por otras ramas del ordenamiento jurídico, reglas especiales técnicas (*lex artis*) y principios político-criminales de utilidad, intervención mínima y ultima ratio.

140. La profesora Corcoy, 57 y 61, incluye en el juicio de peligro también aspectos como la capacidad del autor, los conocimientos técnico-científicos del momento, el consentimiento de la víctima, la utilidad social, condicionantes socio-económicos, así como la alarma y adecuación social. Asimismo, la capacidad del autor para evitar o no el resultado lesivo y la capacidad de la víctima para eludir el peligro cuando sean reconocibles *ex ante*.

141. Corcoy, 53.

Lo aquí afirmado resulta aplicable a los tipos de peligro, tanto concreto como abstracto, subsistiendo la diferencia en cuanto a la perspectiva que haya de adoptarse para el juicio de peligro: *ex post* o *ex ante*.¹⁴² En todo caso, a efectos de la presente investigación resulta relevante exclusivamente la perspectiva que deba seguirse en el juicio de peligro en los delitos de peligro abstracto.

En relación con los delitos de peligro abstracto, Bages Santacana destaca la necesidad de una interpretación restrictiva y teleológica¹⁴³ de los mismos para dotar al injusto de un contenido material, de forma compatible con principios del sistema penal considerados como irrenunciables, *inter alia*: mínima intervención, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad.¹⁴⁴

En esa línea, entiende que no tiene por qué caer fuera del ámbito de control jurisdiccional la consideración acerca de la corrección o incorrección de la valoración de peligrosidad hecha por quien legisla. Por ende, apela a la comprobabilidad de una carga mínima de lesividad que equivale a la objetiva capacidad *ex ante* de la conducta para lesionar o poner en una situación de concreto peligro al bien jurídico tutelado.¹⁴⁵ A efectos prácticos, de comprobarse la ausencia

142. En síntesis, la perspectiva *ex post* supone que han de tomarse en cuenta todas las circunstancias que posteriormente se hayan determinado como concurrentes aun cuando no se conocieran al momento del hecho. En contraste, la perspectiva *ex ante* implica incluir en la valoración únicamente las circunstancias que resultaran reconocibles al momento del hecho. Un peligro se considera no reconocible *ex ante* cuando no existen los conocimientos científicos necesarios para reconocerlo o cuando se trata de peligros que el sujeto no tiene el deber de prever.

143. Bages Santacana, 30, en relación con la consecuencia de una interpretación teleológica de los delitos de peligro abstracto sostiene que “si se parte de que el fin de protección de todos los tipos penales esta articulado alrededor de la evitación de lesiones a los bienes jurídicos que tutelan, ninguna interpretación meramente formal de los delitos de peligro abstracto puede ser viable, lo que impide estimar que en ellos se castiga la mera infracción de la norma de conducta formalmente positivizada, ya sea porque el comportamiento no se pone en relación con el interés tutelado, o porque esa relación se presume en la medida que queda excluida del tipo en su condición de simple motivo político-criminal de la incriminación del hecho”.

144. Bages Santacana, 25.

145. Bages Santacana, 31.

ex ante de objetiva idoneidad para lesionar el correspondiente interés individual, se excluye la tipicidad.¹⁴⁶

En coherencia con lo antes apuntado, rechaza el castigo de conductas formalmente coincidentes con el tipo que no sean materialmente peligrosas desde un juicio *ex ante*; es decir, “hechos desde un inicio inofensivos para el correspondiente bien jurídico protegido”.¹⁴⁷ Asimismo, el autor admite el peligro abstracto solo respecto de intereses de carácter individual¹⁴⁸ o supraindividuales con referente individual, pues solo en ese caso:

(...) sería posible equiparar la estructura del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto consumados con la de tentativa inidónea, toda vez que en ambas modalidades delictivas la imputación objetiva se fundamentaría en la realización de una conducta en el momento de actuar objetivamente capaz de lesionar un bien jurídico-penal individual. En ambos casos el interés individual sería identificable, aunque no sería necesario que alguno de sus posibles objetos materiales entrara en el radio de eficacia causal de la conducta.¹⁴⁹

Desde una posición garantista del principio de lesividad, lo ideal es que aun cuando se trate de delitos de peligro abstracto exista un criterio objetivo para confirmar *ex post* el riesgo para el bien jurídico y el consecuente carácter materialmente antijurídico de la conducta.¹⁵⁰

146. Bages Santacana, 116.

147. Bages Santacana, 33 y 114. Por ausencia de ofensividad inicial de los hechos, el autor se refiere a la ausencia de “aptitud para lesionar el bien jurídico –o dicha aptitud es escasa, en el sentido de resultar como socialmente adecuada o insignificante–”.

148. Bages Santacana 48 y 114.

149. Bages Santacana, 115. En contraste, el mismo autor advierte que bienes supraindividuales sin referente individual, determinan la posibilidad de consumación del tipo sin necesidad de que la conducta sea *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar algún valor individual y como consecuencia, no existiría ninguna garantía de que el Derecho Penal evite castigar actos inofensivos desde la óptica de la libertad individual por no comprometer las posibilidades de desarrollo de la ciudadanía en el seno del sistema social.

150. En opinión de Enrique Gimbernat Ordeig: “La puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos exige una modificación en el mundo exterior”. Ver Prólogo de Enrique Gimbernat Ordeig (2002) en Rafael Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el*

Sin embargo, esta confirmación *ex post* no excluye que la posibilidad que el juicio sobre el peligro se realice desde una perspectiva *ex ante*,¹⁵¹ que no responde a la apreciación de quien legisla al momento de tipificar sino a la de un observador medio al momento acción.

En consecuencia, estaremos de acuerdo con Bages en que, cuando se trate de delitos de peligro abstracto, no basta la mera puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa por quien legisla, sino que se requiere una “prognosis a posteriori sobre lo que *ex ante* podría haber sucedido”¹⁵² por parte de la autoridad judicial, es decir, un “juicio de pronóstico o previsibilidad acerca de la posibilidad de producción de una lesión o concreta puesta en peligro del correspondiente bien jurídico”.¹⁵³

El defecto de la tesis de Bages es que parte de la posibilidad de punir la tentativa inidónea para luego compararla con los delitos de peligro abstracto, afirmando que “en un Derecho Penal basado en las finalidades preventivas de la pena, y por ende en el carácter imperativo de las normas primarias, nada impide que la conducta *ex ante* objetivamente peligrosa para el bien jurídico exprese completamente la parte objetiva del injusto, como demuestra la punibilidad de la tentativa inidónea”.¹⁵⁴

concepto material del delito, (Barcelona, España: Atelier, 2003), 11. Incluso los partidarios de la perspectiva *ex ante*, como Rodríguez Montañés (citado por Alcácer Guirao, 26), reconocen que la exigencia de *antijuridicidad material* equivale a exigir un peligro *real* para bienes jurídicos, lo que “se traduce en la exigencia de la efectiva peligrosidad *ex ante* de la conducta”. Tal posición resulta coherente con la teoría de la insignificancia, expuesta por Cornejo, 56: “(...) la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta solo aquellas acciones que representen, por lo menos, un peligro objetivo de lesión del bien, prescindiendo, al menos inicialmente, de la dirección de la voluntad del autor: mientras no haya una acción que represente un peligro para el bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del derecho penal. La tarea del derecho penal, según este criterio, comenzara solo con el peligro real para el bien jurídicamente protegido”.

151. En este sentido también se pronuncia Corcoy, 58.

152. Bages Santacana, 119.

153. Bages Santacana, 119.

154. Bages Santacana, 171

El artículo 25 del Código Penal salvadoreño prevé la impunidad de la tentativa inidónea (delito imposible); de manera que la justificación expresada por Bages, sobre las similitudes entre la tentativa inidónea con los delitos de peligro abstracto, para fundamentar la legitimidad de punir los segundos resulta inadmisibles para el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Además, en la tentativa inidónea tampoco existe una objetiva capacidad, al momento de actuar, para lesionar o poner en una situación de concreto peligro al bien jurídico tutelado; precisamente porque esta se caracteriza por la falta de idoneidad del medio empleado, del sujeto que realiza la acción o por inexistencia del objeto.

Sin perjuicio del defecto antes apuntado, lleva razón el argumento de Bages acerca de los fines preventivo-generales de la pena, para afirmar la legitimidad de punir comportamientos objetivamente aptos para poner producir un peligro concreto o una lesión al referente individual del bien jurídico supraindividual, según las circunstancias del caso concreto.¹⁵⁵

La posición que aquí se defiende parte de definir peligro como aptitud para producir el resultado de lesión y de requerir la corroboración *ex post* (en sede judicial) de la concurrencia de tal característica desde una perspectiva *ex ante* en el caso en concreto.

Por ende, se afirma que el referido peligro (abstracto) no puede presumirse, sino que debe comprobarse en el caso concreto, en atención al principio de lesividad del bien jurídico establecido como principio básico en la parte general del Código Penal salvadoreño (art. 4), el cual literalmente dice: “No podrá imponerse pena o medida

155. Bages Santacana, 171.

de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”.

No debe olvidarse que los principios previstos en la parte general del Código Penal salvadoreño resultan aplicables a todo el catálogo de delitos, de manera que la no referencia a la puesta en peligro en la descripción típica, no excluye a las autoridades judiciales del deber de observar el principio de lesividad del bien jurídico, en los términos del artículo 3 del mismo cuerpo normativo.

Finalmente, resulta apropiada la propuesta de Corcoy de separar el juicio de peligro en dos: (i) juicio sobre el peligro objetivo y (ii) juicio de peligro subjetivo.¹⁵⁶ Si bien ambos han de realizarse *ex post* desde una perspectiva *ex ante*, la diferencia radica en que en el primero tal valoración se hace a partir de la posición de un espectador objetivo y el segundo desde la posición del mismo espectador objetivo pero situado en la posición del autor, de manera que han de considerarse los conocimientos personales del autor sobre la situación de peligro objeto del juicio objetivo.¹⁵⁷

b) La criminalización de los estadios previos a la lesión del bien jurídico según Jackobs

Desde la posición de Jackobs, la criminalización de los estadios previos a la lesión del bien jurídico, se ha visto motivada por las siguientes razones: i) argumentos preventivo – policiales, que descansan en la idea de que en la medida en que existe una anticipación se concede a la policía la posibilidad de intervenir en el “momento propicio para hacerlo”; ii) el principio de protección de bienes jurídicos como exclusivo punto de partida y la consecuente creencia de legitimación de todo

156. La citada autora ubica el juicio de peligro a nivel de tipicidad; sin embargo, tal como se señala en otros apartados, la tesis que aquí se defiende parte de ubicar la valoración sobre el peligro para el bien jurídico a nivel de antijuridicidad material. En todo caso, se reconoce que la discusión sobre la ubicación de tal valoración en la estructura de la teoría del delito excede el alcance de la presente investigación.

157. Corcoy, 108-109.

aquello que puede constituir un peligro para el bien jurídico,¹⁵⁸ dando lugar a la posibilidad de anticipar el comienzo de ese peligro sin límite alguno.

En consecuencia, parece ubicar la punición de conductas como la proposición y conspiración, en el denominado Derecho Penal de Enemigos, al caracterizarlo como aquel que “optimiza la protección de bienes jurídicos”, en contraste con el Derecho Penal de Ciudadanos que “optimiza las esferas de libertad”. Asimismo, entiende que al “ciudadano” –en contraposición al “enemigo”– se le reconoce un ámbito privado denominado como “esfera civil interna” y precisamente “la relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación social y como cualquier conducta que recaiga en el ámbito privado”¹⁵⁹. En todo caso, admite tal posibilidad como legislación de excepción.

Es en coherencia con lo antes apuntado, que Alcácer Guirao afirma que Jakobs niega el carácter liberal a la teoría del bien jurídico.¹⁶⁰ Por su parte, frente a la atribución de consecuencias antiliberales a la teoría del bien jurídico, Mir Puig (también citado por Alcácer) sostiene que “más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir a la función de límite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es a falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión”.¹⁶¹ En esa línea, para apostarle a un derecho penal liberal (mínimo) la teoría del bien jurídico es por sí mismo insuficiente.¹⁶²

158. La afirmación no deja de tener sentido al observar la espiritualización, evaporación o desmaterialización que ha sufrido la noción de bien jurídico, situación que en algunos momentos de la historia ha llevado –como ha sido indicado por Guzmán Dalbora, 27– a “pasar legalmente, con el digno nombre de bienes jurídicos, caprichos irracionales como la pureza de la sangre o el honor del pueblo”.

159. Soledad Barber Borusco, *Los actos preparatorios del delito: Conspiración, Proposición y Provocación*, (Granada, España: Comares, 2004), 121- 122. Cabe destacar que el Derecho Penal del Enemigo descansa en la idea sobre la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a individuos que no ofrecen “garantías cognitivas” de que se van a comportar como personas, con la “bondad” de que no sería necesario “contaminar” el Derecho Penal de los Ciudadanos.

160. Alcácer, 67.

161. Alcácer, 68.

162. En opinión de Alcácer Guirao, 74, incluso “un bien jurídico conceptualmente espiritualizado podría perfectamente acoger un programa liberal de lo merecedor de protección”.

Por su parte, Mendoza Buergo tras reconocer que la evitación de peligros concretos o la lesión efectiva del bien jurídico ha sido utilizada como argumento para fundamentar la necesidad de la técnica de peligro abstracto, sostiene que “el fin propuesto de maximizar la tutela, minimizando las lesiones o peligros para los bienes jurídicos, solo puede ser realizado dentro de determinados márgenes, a veces estrechos, advirtiendo pues sobre lo «limitado de los mecanismos de solución de conflictos propios del Derecho Penal»”.¹⁶³

No se omite mencionar que la razón por la que se habla de una adopción del *harm to others principle*, propio del derecho angloamericano, a pesar de contar con el principio de lesividad, radica en que este último también ha servido, en su momento, para justificar la sanción de conductas autorreferentes y/o consensuadas, de manera que la libertad del individuo no resulta potenciada sino restringida con motivo de su aplicación, en determinados supuestos (consumo de drogas, eutanasia, etc.)

- c) La determinación de la existencia del peligro como requisito típico (tipicidad conglobante)

En opinión de Gimbernat Ordeig, “una conducta, por mucho que formalmente sea abarcada por la descripción legal, no será materialmente típica cuando, en el caso concreto, el interés tutelado no resulte lesionado ni puesto en peligro”.¹⁶⁴ De acuerdo con Zaffaroni en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y en caso negativo no es admisible la tipicidad objetiva. Cabe destacar que, en razón de que las teorías que suelen servir de fundamento de los delitos de peligro abstracto prescinden de la verificación o consideración del peligro en el caso en concreto, esto tiene a su vez consecuencias en el plano del

163. Mendoza Buergo, “Límites dogmáticos y político criminales...”, 347.

164. Gimbernat Ordeig (2002) en Alcácer Guirao, 13.

tipo subjetivo, generándose un amplio debate sobre el dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto.

Por un lado, se afirma que en los delitos de peligro abstracto no se requiere que el autor obre con dolo de peligro¹⁶⁵ ni la imprudencia tiene que referirse a él debido a que el peligro no pertenece a la descripción típica (Bockelmann y Weber citados por Rodríguez Montañés),¹⁶⁶ mientras que por otro lado se sostiene que es necesario que el autor conozca que provoca un peligro o considerar la acción como peligrosa.

Ubicado en esta última posición, Finger (citado por Rodríguez Montañés) sostiene que el autor debe realizar la acción prohibida cumpliendo con dos requisitos: i) conociendo las circunstancias previstas en la ley y ii) conocimiento de que, conforme la apreciación de quien legisla, la misma da lugar a la existencia de un peligro. En caso contrario, estima que es un supuesto de ausencia de consciencia de antijuridicidad.¹⁶⁷

B. CONSIDERACIONES TEÓRICO-DOCTRINARIAS

No existe unanimidad sobre la legitimidad o no de la punición de los actos preparatorios, de la proposición y conspiración, por lo que cabe mencionar lo sostenido por algunos de los doctrinarios más destacados sobre los aspectos esenciales, antes de tomar una posición.

1. Consideraciones teórico-doctrinarias sobre actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas

165. Rodríguez Montañés, 246.

166. Rodríguez Montañés, 247.

167. Rodríguez Montañés, 245. Rodríguez Montañés, 249, crítica que “el hecho de que esa peligrosidad no sea abarcada por el dolo y la imprudencia, siendo irrelevante el error del autor sobre la misma supondría una violación del principio de responsabilidad subjetiva, faltaría también el desvalor subjetivo de la acción respecto de la peligrosidad fundamentadora del injusto”.

La doctrina española ha aportado importantes definiciones de las figuras que aquí se estudian. Así, Rosario de Vicente Martínez sostiene que:

“[l]a proposición viene caracterizada por la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una ayuda o colaboración para la material realización y a tal fin invita a otras personas en la plasmación del proyecto”.¹⁶⁸

La legislación salvadoreña ofrece una definición similar en el artículo 23 inciso 1 del Código Penal.¹⁶⁹ Por otra parte, según la doctrina, la conspiración “existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, sin que sea necesario que se llegue a la ejecución material, siquiera mínima, del delito”¹⁷⁰ y en similares palabras, lo define el artículo 23 inciso 2 del Código Penal salvadoreño prescribe que “[h]ay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

En la doctrina la discusión sobre la naturaleza de la conspiración y proposición se ha zanjado entre quienes afirman que se trata de “resoluciones manifestadas”¹⁷¹ y quienes los conciben como actos preparatorios.¹⁷² Asimismo, se encuentran quienes consideran la conspiración como coautoría previa y quienes la entienden

168. Rosario de Vicente Martínez, “Tipos de autoría y tipos de participación”, en *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental: 2016), 322.

169. “Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”.

170. Vicente Martínez, 320.

171. Jiménez de Asúa negó –en un primer momento- la posibilidad de considerar la proposición y conspiración como actos preparatorios en razón de que “no hay ninguna manifestación externa en ello, solo la mera proposición”, en lugar de actos externos y materiales, se trata de actos “meramente verbales”, dándoles la denominación de “resoluciones manifestadas”. Pese a ello, años más tarde admitió la posibilidad de entenderlos como “actos preparatorios” en un sentido amplio. A este criterio se le suele oponer la crítica de que aun en esas resoluciones existiría una preparación externa de la actividad.

172 Silvela (citado por Barber, 51) habla de actos preparatorios morales y materiales, quedando incluida la conspiración y la proposición en la última categoría.

como acuerdo para la co-ejecución (no necesariamente como coautores). De igual forma, algunos hablan de proposición como autoría previa y otros como inducción previa.

La conspiración entendida como coautoría previa, surge del planteamiento de que los sujetos intervinientes en la conspiración se reservan el papel de coautores en el delito que pretenden cometer, lo que tendría como consecuencia que la conspiración solo podría referirse a aquella “conducta de aquellos que deciden llevar a cabo un delito realizando actos ejecutivos”.¹⁷³ Esta posición tendría como consecuencia que quien no se reserva intervención alguna no puede ser castigado como conspirador.

Según la doctrina, tal planteamiento tendría como consecuencia que “respecto a la posibilidad de ser conspirador regirán las mismas reglas que deciden la posibilidad de ser coautor”,¹⁷⁴ lo que significa que cuando se trate de delitos especiales propios, solo podrá considerarse conspirador quien reúna las cualidades personales señaladas en el tipo.¹⁷⁵

La principal crítica que opone Díaz y García Conlledo (citado por Barber), es que se pueden realizar actos ejecutivos que no sean nuclearmente típicos, de manera que “entre esos futuros ejecutores habría auténticos coautores, pero también cooperadores ejecutivos”.¹⁷⁶ Para otros, aunque el nucleó de la conspiración del delito siga siendo que “resuelven ejecutarlo”, es irrelevante el tipo de papel que se reservan los intervinientes.¹⁷⁷

173. Barber, 60.

174. Barber, 61.

175. Barber, 66.

176. Barber, 67.

177. Por ejemplo, Cuello Contreras.

Para establecer qué ha de entenderse como actos preparatorios, conviene recordar que el *iter criminis*¹⁷⁸ tiene una fase interna y la fase externa puede dividirse en tres: preparación, consumación y agotamiento. En la fase de preparación pueden incluirse los actos preparatorios.

El presente trabajo, se adscribe al sector de la doctrina que identifica la conspiración y proposición como actos preparatorios, aunque también se comparte lo afirmado por Velasco/Molina Blázquez (citado por Barber), acerca de que con ambas figuras lo que se prepara no son los objetos para cometer el delito sino los sujetos.¹⁷⁹

Pese a entender la conspiración y proposición como actos preparatorios, debe observarse que el art. 52 de la LERARD hace una separación entre actos preparatorios, y los conceptos de proposición y conspiración, por lo que una definición que nos conduzca a reducir los actos preparatorios a la conspiración y la proposición no resultaría adecuada. En tal sentido, conviene partir de un concepto más amplio, entendiéndolos como “un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial”,¹⁸⁰ o como los define Sánchez García de Paz:

[U]n comportamiento que establece las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, teniendo en cuenta que debe, al menos, sobrepasar la mera planificación interna del hecho y que, como límite máximo, no debe

178. Eduardo Demetrio Crespo, “Tipos de imperfecta realización”, en *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental: 2016), 247-248, sostiene que “[e]l concepto de “*iter criminis*” proyecta la imagen de la progresión de la vida del delito, desde la ideación hasta la consumación”.

179. Barber, 51. La proposición y conspiración también han sido entendidas como causa de extensión de la tipicidad, lo que tiene como consecuencia que no se pueden aplicar las normas relativas a las formas imperfectas de ejecución (tentativa y frustración), así como las relativas a la participación.

180. Mir Puig, *Derecho penal...*, 338.

haberse dado comienzo a la inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, lo que constituiría ya una conducta de tentativa.¹⁸¹

Para establecer que ha de entenderse por asociación delictiva, conviene traer a cuenta el paralelismo que, según la doctrina, existe entre la asociación delictiva o ilícita con la conspiración:

La conspiración y el delito de asociación ilícita con fines delictivos tienen en común la existencia de un acuerdo previo para delinquir, por lo que la diferencia hay que hallarla en el hecho de que la asociación ilícita presupone una mayor estabilidad y permanencia y una menor concreción en los delitos a cometer.¹⁸²

De la redacción del artículo 52 de la LERARD no se deriva el requisito de cierto grado de estructuración ni estabilidad en el tiempo para la “asociación delictiva”, a diferencia de lo dispuesto para el delito de Agrupaciones Ilícitas (Código Penal: art. 345). Por tanto, de la redacción del tipo penal establecido en el art. 52 de la LERARD, es posible advertir que la asociación delictiva a la que se refiere es la resultante del acuerdo de voluntades propio de la proposición, conspiración o “concertar” el delito, es decir, se trata de una asociación transitoria.

a) Actos preparatorios, proposición y conspiración punibles

Como hemos apuntado antes, existen posiciones encontradas sobre la legitimidad de la punibilidad de los actos preparatorios, proposición y conspiración, principalmente porque mientras un sector de la doctrina afirma que de conformidad con el principio de lesividad no habrían de ser punibles tales actos por estar alejados

181. María Isabel Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Salamanca, España: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999), 57.

182. De Vicente Martínez, “Tipos de autoría y tipos de participación”, 321.

de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico,¹⁸³ otros, como Rosario de Vicente Martínez, al referirse a la proposición han estimado que:

Tanto el desvalor de la acción, en lo que supone el propósito mismo de que un delito se cometa llegando a invitar a tercer persona a participar en él, como el desvalor del resultado, con el peligro evidente y efectivo de que el ilícito llegue en realidad a cometerse, justifican plenamente la previsión legal y el castigo para esta clase de conductas, en especial en los casos de atentados contra los más importantes bienes jurídicos, y, por ende, más dignos de protección intensa, como es el caso paradigmático de las infracciones contra la vida.¹⁸⁴

Por otra parte, se encuentran quienes admiten la legitimidad de la punición de los actos preparatorios solo en casos excepcionales, cuando bastan para producir la alarma social¹⁸⁵ o quienes apelan a la idea de –Groizard (citado por Barber)— acerca de que “la resolución de cometer un delito importa peligro para la sociedad”,¹⁸⁶ aunque deba tenerse en cuenta si de ello puede resultar más daño que utilidad.¹⁸⁷ Saldaña (citado por Barber) habla de peligro de ejecución, peligro de participación y peligro de imitación, como justificación para la punición de actos preparatorios de todos los delitos.¹⁸⁸

La Sala de lo Constitucional de El Salvador, se ha limitado a reiterar una y otra vez que los actos preparatorios pueden ser punibles de forma excepcional, sin hacer ningún tipo de desarrollo adicional sobre cuales son tales supuestos “excepcionales”, más allá de afirmar que:

183. Así, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana Isabel Pérez Cepeda, “Derecho Penal y Constitución”, en *Lecciones de Derecho Penal: Introducción al Derecho Penal*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016), 105.

184. De Vicente Martínez, “Tipos de autoría y tipos de participación”, 323.

185. Barber, 101 cita como ejemplo a Vizmanos y Álvarez Martínez.

186. Barber, 101.

187. Barber, 103.

188. Barber, 104

En un Derecho Penal de corte eminentemente preventivo lo relevante no son los resultados disvaliosos producidos, sino las conductas que impliquen de antemano una peligrosidad potencial determinable *ex ante* de acuerdo con datos cognoscibles por un observador medio. Si para el legislador estos datos revelan una idoneidad suficiente para generar una situación de riesgo respecto de un bien jurídico determinado –como sucede con la exteriorización de una manifestación delictiva ante otros para solicitar su co-ejecución o co-participación– ellos pueden ser tipificados como actos preparatorios punibles.¹⁸⁹

En otras palabras, todo lo que el buen juicio de quien legisla estime como generador de una situación de riesgo para el bien jurídico puede ser tipificado como actos preparatorios, con lo que palidece la reiterada afirmación de la misma Sala de lo Constitucional salvadoreña sobre su excepcional punibilidad.

En contraste, la tesis del presente trabajo es que debe hacerse una diferenciación entre los actos preparatorios de delitos de resultado lesivo y actos preparatorios de delitos de peligro, haciendo los correspondientes matices entre los que constituyen una preparación de delitos de peligro concreto y los que preparan la comisión de delitos de peligro abstracto.

b) Teorías sobre la punición de los actos previos

La justificación de la punibilidad de los actos previos a la fase de ejecución podemos encontrarla desde distintos puntos de vista, algunos muy o nada convincentes. Dependerá entonces, de la posición que se adopte respecto de si es legítimo o no anticipar la barrera de la tutela penal a estos actos.

i. Teoría objetiva

189. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”. Consultado 29 de agosto, 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/3-2016.PDF>

Feuerbach atribuye al derecho penal una función preventiva, entendiendo que este, al igual que la pena, cumple una función de motivación de la colectividad a no realizar aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, función que cumpliría a través de la coacción psicológica que la promesa de sanción contenida en la norma penal produce. Desde esa óptica, siendo la justificación del castigo la puesta en peligro de los bienes jurídicos regiría el “principio de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva)”.¹⁹⁰

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de quienes fundamentan la punibilidad de los actos preparatorios en el incremento de peligro para el bien jurídico protegido por el delito que se pretende cometer, encontramos a quienes identifican el peligro con la puesta en marcha de un curso causal o con desencadenar un acontecimiento. Usualmente, esta idea viene conectada al criterio de pérdida de control (o dominio) pleno, que solo sería aplicable a las preparaciones colectivas (como sucede en la conspiración y proposición) y no a las individuales (donde el autor mantiene el exclusivo control sobre el resultado y la posibilidad de interrupción del proyecto criminal depende solo de su voluntad).¹⁹¹

Al final, todo se reduce a las supuestas mayores posibilidades de ejecución del delito que se conspira, propone o concierta derivada de la intervención de varios sujetos que unen su voluntad y se comprometen. En todo caso, para los efectos de la presente investigación cabe observar que en el artículo 52 de la LERARD que conforma nuestro objeto de análisis, no solo quedan incluidos los actos preparatorios colectivos sino también individuales, al referirse en general a “actos preparatorios”, además de proposición y conspiración.

190. Mir Puig, *Derecho penal...*, 338.

191. Barber, 105 – 108, cita dentro de esta posición a Sachäfe y Dreher.

Coincidiendo con la idea de que la intervención de varias personas supone un mayor peligro que una actuación individual, Letzgus (citado por Barber) se centra en la posibilidad de sugestión de las personas entre sí, para afirmar que en estos supuestos donde existe una influencia mutua existe un aumento del contenido de convicción lo que hace más difícil la posibilidad de desistimiento.¹⁹²

Barber, igualmente se enfoca en la intervención de varias personas para fundamentar el contenido de peligro de la conspiración y proposición para justificar la punibilidad de estos. Así, afirma que en la proposición una vez efectuada la propuesta, “el proponente ya no posee el dominio, en el sentido de control, (al menos indiviso o en exclusiva) del acontecimiento delictivo puesto en marcha”¹⁹³ e igualmente aduce como fundamento “la mayor contribución que proponente e invitado puede aportar al plan de acción si lo situamos en comparación con una resolución y preparación individual”.¹⁹⁴

Sobre el fundamento de la conspiración, plantea que el contenido de peligro que fundamenta su punición deriva de “la mayor potencialidad de realización que este compromiso de ejecución puede contener, en la medida en que traslado al plano objetivo pueden significar esfuerzos conjuntos dirigidos a la consecución del plan delictivo un peligro mayor que si el plan es puesto en marcha por un sujeto individual”.¹⁹⁵

Asimismo, retoma el argumento de que “en las preparaciones individuales siempre depende de un solo sujeto la decisión de interrumpir y abandonar el plan, y (...) que al no haber sido comunicado este plan, desde la perspectiva de un espectador objetivo, nunca se tendrá la certeza acerca de a qué clase de actividad se orienta

192. Barber, 113.

193. Barber, 115.

194. Barber, 115.

195. Barber, 115.

la preparación del sujeto”,¹⁹⁶ pues parte de la idea de que es la comunicación a terceros lo que permite el conocimiento inequívoco de que se están realizando acciones preparatorias.

En ese orden de ideas, son las decisiones conjuntas las que, según Barber, incrementan el peligro de lesión del bien jurídico protegido, sea por la influencia psicológica entre los intervinientes, o por las más altas posibilidades de realización.

Contrario a las posiciones que intentan justificar la sanción de los actos preparatorios a partir de que el sujeto activo implica a otras personas en el plan y con ello la supuesta pérdida de dominio de la decisión de abandono o ejecución, se erige la opinión de Campo Moreno, para quien la debilidad de tal planteamiento radica en la insuficiencia del peligro que representan agresiones futuras, *per se*, para justificar la punibilidad de actos preparatorios.¹⁹⁷ En ese sentido, convencido del riesgo de generalizar su punibilidad a partir de tal criterio, delinea al menos dos aspectos que podrían justificar el adelantamiento de la tutela penal de forma excepcional, a saber: el especial carácter de ciertos bienes jurídicos que por sus características puedan verse amenazados por actos de índole preparatoria y que el medio empleado sea de tal naturaleza que llegue a determinar con una probabilidad rayada en certeza, la ejecución ulterior.¹⁹⁸

ii. Teoría subjetiva.

Desde esta óptica, el derecho penal se encargaría de responder a la manifestación de la voluntad contraria al Derecho (o rebelde) y por tanto se reducen los actos preparatorios impunes, pudiendo justificarse la sanción de algunos de ellos por constituir una manifestación externa de una finalidad (intención o voluntad) criminal

196. Barber, 115.

197. Juan Carlos Campo Moreno, *Los actos preparatorios punibles*, (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2000), 27.

198. Campo Moreno, 28.

de lesionar aquello que el derecho protege. Mir Puig, ha afirmado que “[e]ste punto de vista subjetivo se defendió en Italia por la Escuela Positiva (Garófalo) y, en parte, gracias al finalismo de Welzel”,¹⁹⁹ sin embargo, el mismo Welzel pareciera calificar como “discutible” la punibilidad de estos actos al expresar que:

[...] en el campo de las acciones preparatorias punibles, casos antes impunes; [se] pena el ofrecimiento verbal y su aceptación, aun cuando no estén ligadas con la concesión de ventajas; **pone bajo pena también el acuerdo para el delito, y hasta la mera entrada en negociaciones serias sobre él.** Conduce con ello, **con criterio muy discutible,** a un derecho penal del sentir, que pena, no solamente manifestaciones de voluntad, sino manifestaciones del sentir dirigidas a acciones futuras²⁰⁰ [El resaltado no corresponde al original].

Resulta pues que, según la posición de Welzel, la punibilidad de actos preparatorios no sería una manifestación del Derecho Penal de Voluntad, sino de un Derecho penal “del sentir”. Según Garrido Montt, con esta teoría se “posibilita igualar la sanción del delito intentado y la del consumado; la lesión del bien protegido aparece como secundaria, además permite que la tentativa inidónea absoluta pueda castigarse”.²⁰¹

iii. Teoría Mixta.

Es concebida como una teoría ecléctica,²⁰² según la cual los actos preparatorios serán punibles o no dependiendo de sus efectos en la comunidad, es decir, la mayor o menor conmoción que en ella genere:

199. Mir Puig, *Derecho penal...*, 339.

200. Hans Welzel, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra (Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor, 1956), 131.

201. Mario Garrido Montt. *Derecho Penal: Parte general*. Tomo II (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005), 345.

202. Así, Garrido Montt, 346. Mir Puig, *Derecho penal...*, 339, se refiere a ella como “teoría de la impresión o conmoción”.

En este caso se parte de una combinación de las teorías objetivas y subjetivas. Lo determinante, además de la voluntad criminal exteriorizada del sujeto, es un desvalor de acto que signifique una impresión o conmoción en la colectividad o al ordenamiento jurídico en general ya que asegura JESCHECK, “sólo merece ser castigada una manifestación de voluntad que pueda minar la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico” (...) en cuanto a los actos preparatorios, únicamente se deben castigar los que producen conmoción al ordenamiento jurídico.²⁰³

En esa línea, para Jescheck (citado por Barber), el fundamento de la punibilidad de la conspiración, -como acto preparatorio de carácter no individual- también deriva de “la especial peligrosidad que representan las uniones conspirativas que se originan con la implicación de otras personas en la resolución de cometer el hecho” siendo esto determinante para “el fortalecimiento de la resolución del presunto autor”.²⁰⁴ En similar sentido, Bottke (citado por Barber) entiende como fundamento de la punibilidad de estos actos, “la voluntad contraria al Derecho del participante en el hecho”, la cual “pone en funcionamiento la amenaza para el bien jurídico y la conmoción de la confianza (teoría de la impresión)”.²⁰⁵

iv. Toma de posición

Tal como ha sido indicado en el artículo de mi autoría sobre este mismo tema,²⁰⁶ en relación con la justificación de la punibilidad de los actos preparatorios incluidos la

203. Rafael Rebollo Vargas, “La provocación y la apología en el nuevo Código Penal: la exteriorización de la voluntad delictiva” (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 1997), 24. Consultado el 12 de octubre, 2018, https://books.google.co.cr/books?id=NQsTcrJZiu8C&pg=PA24&dq=teoria+de+la+conmoci%C3%B3n+jescheck&source=bl&ots=R0QoiyAhUj&sig=LEjur2q7xH8D1UktgRF8pQqWolY&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi--Ymo1YLeAhWnwFkKHYm9D_gQ6AEwAAnoECAUQAQ#v=onepage&q=teoria%20de%20la%20conmoci%C3%B3n%20jescheck&f=false

204. Barber, 111.

205. Barber, 113.

206. Lady Carolina Guzman Marenco, “Principio de lesividad y el delito de “actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas” en la Ley Reguladora de las

proposición y conspiración, tanto la Teoría Subjetivista como la Mixta (o ecléctica) no resultan satisfactorias. La primera por llevarnos a un derecho penal de voluntad o “del sentir”, y la segunda porque, aunque incorpora el criterio la “conmoción” social, justifica la punibilidad de los actos preparatorios en la necesidad de calmar la conciencia social, mantener la confianza en el ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad de la colectividad, más que en el principio básico de protección exclusiva de bienes jurídicos, lo que resulta incompatible en un Estado Democrático de Derecho.

En coherencia con lo anterior, es la teoría objetiva la que nos ofrece una posición acorde al Modelo Cognitivo-Garantista. A pesar de ello, no parece correcto generalizar la afirmación de que los actos preparatorios estén excesivamente alejados de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sin atender las particularidades del delito que se esté preparando (proponiendo o conspirando). Ello puede observarse en delitos de resultado, como el homicidio, donde los actos preparatorios efectivamente conllevan una cierta peligrosidad²⁰⁷ (aunque mínima y a futuro) para la vida.

Con lo antes apuntado, resulta tentador aceptar el principio de impunidad de los actos preparatorios como regla general y considerar admisibles algunas excepciones, cuando tales comporten una mínima peligrosidad para el bien jurídico que los haga merecedores de conminación penal.²⁰⁸ Sin embargo, se asoma la

Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 11 (San José, Costa Rica, 2019), Consultado 8 de junio, 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

207. Es importante traer a cuenta lo sostenido por Mir Puig, *Derecho penal...*, 340, acerca de que la “[p]eligrosidad objetiva no significa que, tal como han ido las cosas en el caso concreto, los actos preparatorios o ejecutivos hayan podido producir la consumación, pero sí que en otras circunstancias hubieran podido conducir a ella”.

208. Tal como parece sugerirlo la Cámara Especializada de lo Penal, al justificar la punibilidad de actos preparatorios afirmando que: «nuestro sistema penal no sanciona “malos pensamientos”, es por ello que por regla general los actos preparatorios son impunes y solo de forma excepcional los sanciona el legislador, simplemente en algunos supuestos ha adelantado la barrera de protección sancionando actos preparatorios, en razón de salvaguardar el bien jurídico protegido y aun cuando no hay jerarquía de bienes jurídicos, por razones de política criminal nuestro

inquietante situación de que, como efectivamente sucede en El Salvador, se sancione penalmente por la proposición y conspiración en el delito de robo agravado, mientras que, de iniciar el autor los actos de ejecución, sin existir conspiración ni proposición, y desistir voluntariamente queda excluido de responsabilidad penal por tal delito.²⁰⁹

2. Consideraciones Teórico-Doctrinarias sobre delitos de peligro abstracto

En la doctrina existen distintas definiciones de delitos de peligro abstracto, que conducen a conclusiones similares. Vargas Pinto, hace referencia a delitos de peligro abstracto como tipo sin resultado lesivo o delitos que se presentan como “forma legislativa que permite el castigo de conductas que se suponen peligrosas, pues generalmente producen consecuencias dañinas para bienes jurídico-penales”.²¹⁰

Asimismo, se han elaborado definiciones que parten de la diferenciación con los delitos de peligro concreto, afirmando que los de peligro abstracto “constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto al bastar para su punibilidad la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos”.²¹¹ Se suele identificar los delitos de peligro abstracto con los de mera actividad.²¹² sin embargo, algunos admiten que los delitos de peligro abstracto pueden ser delitos de resultado material.²¹³

legislador ha preferido reforzar la tutela de algunos de ellos como es el bien jurídico vida humana independiente”. Cámara Especializada de lo Penal, 402-APE-2014.

209. Ver artículos 23, 26, 212 y 214-C del Código Penal de El Salvador.

210. Vargas Pinto, 254.

211. Crespo et al., 109.

212. Esa es la posición de Rosario de Vicente Martínez, “La tipicidad” en *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016), 109.

213. Así, Vargas Pinto, 185: “*Es perfectamente posible que exista un delito de peligro abstracto que sea, a la vez, un delito de resultado material. Así el incendio se produce la efectiva*

En coherencia con lo anterior, se identifican dos grandes teorías para fundamentar los delitos de peligro abstracto: la teoría de la peligrosidad general y la teoría de la peligrosidad abstracta. La primera, se basa en el argumento de que “el legislador quiere prohibir conductas «generalmente», «típicamente» peligrosas, según señala la experiencia”²¹⁴ remitiéndose a la probabilidad estadística de que dicha clase de acciones provoquen un resultado lesivo. La segunda, se basa en la consideración de la conducta como peligrosa por poseer “condiciones mínimas suficientes para causar un daño”, lo que se denomina: idoneidad.²¹⁵

Blanca Mendoza Buergo también clasifica las teorías que fundamentan la punición de delitos de peligro abstracto en dos: (i) la teoría de la presunción del peligro y (ii) la teoría de la peligrosidad general o peligrosidad como motivo del legislador.²¹⁶ La primera admite la presunción legislativa del peligro general y sus partidarios se han subdividido entre quienes admiten una presunción *iuris et iure* y aquellos que, para subsanar las críticas, proponen que se trata de una presunción *iuris tamtun*.

Siguiendo la primera posición se ha llegado a afirmar que en los delitos de peligro abstracto el peligro no es un elemento que deba ser verificado por las autoridades judiciales en el caso en concreto; mientras que la segunda, permitiría la verificación de tal peligro solo cuando el imputado incorpore prueba negativa (prueba en contrario) sobre la existencia de tal peligro.

Cabe destacar que las presunciones *iuris et iure* en el derecho penal resultan incompatibles con el principio de presunción de inocencia, de manera que

destrucción de un objeto, que –según su magnitud– puede afectar o no el bien penal (más allá del daño al objeto incendiado)”.

214. Teresa Rodríguez Montañés, “Delitos de peligro, dolo e imprudencia” (Madrid, España: Centro de Estudios Judiciales, 1994), 238.

215. Rodríguez Montañés, 241.

216. Blanca Mendoza Buergo, “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos abstracto” (Granada, España: Editorial Comares, 2001): 67 – 80.

argumentar en favor de estas resulta inadmisibles desde una perspectiva respetuosa de los derechos humanos y de los límites constitucionales del derecho penal. En esa línea, puede citarse el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso en el *Caso Salabiaku Vs. Francia*.²¹⁷

En tal decisión, el Tribunal describió su enfoque de la permisibilidad de las presunciones de hecho o de ley que operan en todos los sistemas legales, incluso en el ámbito del derecho penal. Al respecto, estableció que tal posibilidad opera bajo la condición de que los Estados confinen tales presunciones "dentro de límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y mantengan los derechos de la defensa"²¹⁸ centrándose en la posibilidad de rebatir la presunción en cuestión.

Por otra parte, los partidarios de la segunda teoría²¹⁹ —es decir, de la peligrosidad general o peligrosidad como motivo de quien legisla—, apelan a que la decisión de incriminar tales conductas radica en que se trata de comportamientos que pertenecen a una categoría que de modo general o típico conducen a la afectación de bienes jurídicos.

En consecuencia, se considera irrelevante cualquier valoración sobre la peligrosidad del comportamiento concreto, al no ser parte de los elementos del tipo, excluyendo la posibilidad de comprobación del peligro y de la alegada peligrosidad de ese tipo de comportamientos por parte de las autoridades judiciales.

217. TEDH, Caso Salabiaku Vs. Francia, petición no. 10519/83, Sentencia del 7 de octubre de 1988, consultado 9 de marzo de 2020, <http://echr.ketse.com/doc/10519.83-en-19881007/view/>

218. TEDH, Caso Salabiaku Vs. Francia, petición no. 10519/83, Sentencia del 7 de octubre de 1988, consultado 9 de marzo de 2020, <http://echr.ketse.com/doc/10519.83-en-19881007/view/>

219. Mendoza Buergo, "límites dogmáticos y político criminales...", 78; señala que esta teoría sigue manteniendo vigencia tanto en Alemania, Italia como España, citando como referentes de la misma a Roxin, Jackobs y Jescheck.

Como puede verse, esta teoría responde a la pregunta sobre cuál ha sido el motivo de quien legisla para incriminar el comportamiento, reconduciendo el argumento a la prevención de evitación de peligros concretos o lesiones para bienes jurídicos, pero la clarificación de la finalidad de la incriminación resulta insuficiente para fundamentar su legitimidad a la luz del principio de necesaria lesividad y el carácter fragmentario del Derecho Penal.

a) Antijuridicidad material y delitos de peligro abstracto

Uno de los principales problemas de los delitos de peligro abstracto en relación con el principio de lesividad queda en evidencia cuando se sostiene que el empleo de tal técnica legislativa supone la no constatación del peligro para el bien jurídico protegido –ni siquiera desde una perspectiva *ex ante*–, lo que es equivalente a eximir a las autoridades judiciales del análisis de antijuridicidad material.

La jurisprudencia salvadoreña ha admitido que cuando se trata de delitos de peligro abstracto, el delito “se consume con cualesquiera de las conductas específicas en el precepto, sin necesidad de producción de resultados lesivos y concretos”²²⁰ y bajo esa lógica ha alentado a la mera presunción de la situación de peligro “en razón de que los legisladores fijaron la necesidad de penalizar estos hechos”.²²¹ En otras palabras, relega la función de las autoridades judiciales a verificar la contradicción formal de la conducta con la norma y con ello, la anulación del principio de lesividad en sede judicial.

b) Intentos por superar las críticas

220. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. “Sentencia de Casación: 421-CAS-2004; 14 de diciembre, 2004, 10 horas”. Consultado 5 de abril, 2017, <http://jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EAaBzrF13NApnd7r4MmCX/5ycfTZO10u15AZ66ZEtXgEpKYd63X0M6nJnInytwspkzbc8JQJhmnGlliHG6xiZelzQaiiA7WaC0HvTErryr6IS78jAzm5OhgyMKW5vgcKplw0y4m3l/7rXU65mKGXRC90TQTNCaGF+6FW7jxbMxWobJbY2t4ymo/WrWF7B2NIw==>

221. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia “Sentencia de Casación: 486-C-2017; 28 de junio, 2018, 8:45 horas”. Consultado el 19 de agosto, 2021, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2010-2019/2018/06/CFA78.PDF>

i. Admisión de prueba negativa

Como una alternativa para compatibilizar los delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad, desde la doctrina se ha propuesto abandonar una concepción de los delitos de ellos como delitos formales (o de mera desobediencia), donde se admita la posibilidad de comprobar la ausencia de todo peligro (prueba negativa).²²²

En esa línea, puede mencionarse la propuesta de Rabl y Schröder (citados por Rodríguez Montañés) sobre la “presunción refutable”. Así, el primero de ellos, sostiene que “en los delitos de peligro abstracto, el peligro concreto es un elemento típico no escrito, que se presume por el legislador, pero esa presunción necesita ser probada y es refutable”,²²³ mientras que el segundo, con el objeto de evitar la consagración de delitos de “mera desobediencia” propone la admisión de prueba en contrario, es decir, sobre la no peligrosidad en el caso en concreto.²²⁴

Sin embargo, subsisten las dudas de su legitimidad por afectar el principio de presunción de inocencia. Así, ante la Sala de lo Constitucional de El Salvador, ya se ha planteado la incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de presunción de inocencia, al examinar la constitucionalidad del delito de conducción de mercadería de dudosa procedencia, establecido en el artículo 214 B- del Código Penal salvadoreño. No obstante, dicha sala ha concluido que no existe tal incompatibilidad, proponiendo una “interpretación conforme” del mismo, en el siguiente sentido:

222. Véase Vargas Pinto, 264-265.

223. Rodríguez Montañés, 268.

224. Idem., Rodríguez Montañés aclara que, según el citado autor, este criterio no sería aplicable a todos los delitos de peligro abstracto, excluyendo aquellos de peligro abstracto “indeterminado”, tales como: los de tráfico o tenencia ilícita de armas o sustancias explosivas.

[...] cabe efectuar una interpretación conforme del artículo 214-B C. Pn., -aun y cuando lo demandantes enfilen su pretensión en que la disposición impugnada como un delito de sospecha- como la descripción de un comportamiento típico en el que no puede presumirse legalmente la culpabilidad del infractor, sino que resulta obligado para el órgano acusador aportar los elementos que demuestren la irregularidad de la tenencia o conducción de mercaderías, sin la justificación legal correspondiente.

[...] Por consiguiente, al no ser comprobado tal extremo –como puede acontecer con otros elementos del tipo- a raíz de la insuficiencia probatoria de los elementos de cargo, la duda favorece al imputado como lo establece el art. 7 C. Pr. Pn. En conclusión, al admitir una interpretación constitucional razonable el art. 214- B C. Pn., en la medida que no dispensa de actividad probatoria alguna al órgano acusador, sino que le obliga a establecer cada uno de los elementos de la descripción típica conforme a la estructura del proceso penal constitucionalmente configurado, cabe desestimar la pretensión de inconstitucionalidad en este punto también²²⁵.

Si bien es apreciable el intento por compatibilizar los delitos de peligro abstracto con el principio de presunción de inocencia, la Sala de lo Constitucional salvadoreña se limita a prescribir que corresponde al ente acusador “establecer cada uno de los elementos de la descripción típica”, pero nada dice sobre el verdadero problema que representan los delitos de peligro abstracto: la prueba de la concurrencia o ausencia un peligro relevante para el bien jurídico. Subsiste entonces la problemática de hacer recaer en el acusado la carga de la prueba negativa, manteniéndose la idea de que una vez comprobada la realización de la conducta típica se presume el peligro para el bien que el derecho penal dice proteger.

Gómez Pavajeau, sostiene que una de las implicaciones del principio de lesividad es la necesidad de un juicio de valoración ex post de la conducta típica, para verificar

225. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de Inconstitucionalidad 54-2005; 5 de octubre de 2011, 8:20 horas”. Consultado 9 de mayo, 2017, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/10/93E4D.PDF>

“si en realidad se presenta la exigida lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado”; sin embargo, cuando se trata de delitos de peligro abstracto (o presunto), plantea que como consecuencia del principio de lesividad, debe abandonarse la presunción *iuris et iure*²²⁶ y admite una presunción *iuris tantum* derivada de la adecuación típica de la conducta, que puede ser rebatida en el análisis de antijuridicidad material, de manera que el autor debe tener la posibilidad de aportar prueba en contrario.²²⁷

Tal postura tiene coherencia con el precedente establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Salabiaku Vs. Francia*. En tal decisión, el tribunal describió su enfoque de la permisibilidad de cierta inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, como se ha indicado antes, tal posibilidad opera bajo la condición de que los Estados confinen tales presunciones "dentro de límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y mantengan los derechos de la defensa".²²⁸

ii. Prueba positiva y constatación de la aptitud e idoneidad

Por otra parte, la doctrina ha propuesto la necesidad de prueba positiva en delitos de peligro abstracto como una forma de resolver la problemática que tal formulación legislativa provoca, según lo cual sería necesario constatar la peligrosidad de la conducta o la “aptitud como elemento material del tipo de delito”.²²⁹

226. La apuesta por la presunción *iuris et de iure* ha pretendido obviar dificultades probatorias para acreditar el peligro. Véase: Rodríguez Montañés, 241. En todo caso, como ha sido expresado por la Profesora Corcoy Bidasolo, 34, este planteamiento no puede ser aceptado porque no existen conductas que en abstracto sean siempre peligrosas “puesto que la peligrosidad de una conducta depende no solo de la modalidad de conducta sino, en concreto, de todas las circunstancias concurrentes en el caso que, en modo alguno, pueden ser previstas por el legislador”.

227. Gómez Pavajeau, 229.

228. TEDH, “Caso Salabiaku Vs. Francia: no. 10519/83; 7 de octubre de 1998”.

229. Vargas Pinto, 282 y 285, al referirse a las propuestas de Gómez Pavón y Torío López.

Cramer (citado por Rodríguez Montañés) concibe el peligro abstracto como probabilidad de peligro concreto, para cuya constatación ha de recurrirse a la “general aptitud para producir un resultado lesivo”²³⁰ como elemento típico no escrito.²³¹ Meyer (también citado por Rodríguez Montañés) fundamenta el desvalor de resultado de estos delitos en la peligrosidad, considerada como “juicio acerca de su capacidad lesiva” *ex ante*, en el que hay que tomar en cuenta “todas las circunstancias presentes en el momento de la acción, *inter alia*: posibles conocimientos del autor, leyes de la naturaleza, leyes de probabilidad estadística conocidas en el momento de la acción”.²³²

Es interesante, en el mismo sentido, la subclasificación entre delitos de peligro abstracto formales y delitos de peligro abstracto materiales, a través de la que se diferencian las conductas que no afectan ningún bien jurídico y los de peligro hipotético o idóneo, como el delito de posesión y tenencia de drogas con fines de tráfico. Sin embargo, ello no resuelve la problemática, como ha sido apuntado para el caso costarricense por el Dr. Llobet:

[...] se admite que en los delitos de peligro abstracto se requiere la idoneidad del peligro, de modo que se admite la prueba en contrario de que el bien jurídico protegido no corrió peligro. Esa ha sido la forma que se ha ideado para tratar de constitucionalizar los delitos de peligro abstracto de contenido material, aunque debe reconocerse que no dejan de ser problemáticos, debiendo criticarse además la proliferación de delitos de peligro abstracto que se ha ido dando en los últimos tiempos, todo dentro de las tendencias actuales

230. Rodríguez Montañés, 271.

231. En la propuesta de Wolter (citado por Rodríguez Montañés, 286), se subdividen los delitos de peligro abstracto en: propios e impropios. Los primeros (usualmente los delitos de tráfico o relativos al medio ambiente) no requieren de un concreto riesgo o peligro, aunque se exija “la posible comprobación de su posible aptitud lesiva”, mientras que, para los segundos, requiere la creación imprudente de un riesgo adecuado de lesión o la creencia de provocar tal riesgo (imprudencia + real peligrosidad / dolo + supuesta peligrosidad).

232. Rodríguez Montañés, 294.

del Derecho Penal Moderno, Derecho Penal Máximo o Derecho Penal del Riesgo.²³³

En El Salvador, al examinar la constitucionalidad del delito de Posesión y Tenencia establecido en el art. 34 (incisos 1 y 2) de la LERARD, la Sala de lo Constitucional, para evitar la expulsión de dicha norma del ordenamiento jurídico, sugirió una interpretación conforme, incorporando como elemento (no escrito) del tipo el “ánimo de tráfico” y prescribiendo la necesidad de un análisis judicial orientado a determinar la aptitud de la conducta.²³⁴

En todo caso, aunque disminuye la intensidad de la crítica, la solución no es satisfactoria “si se entiende que la ofensividad real del bien jurídico-penal no se produce con la sola aptitud de la conducta, ni siquiera si ella es concreta”.²³⁵ A pesar de ello, los partidarios de verificar la aptitud e idoneidad de la conducta rechazan la renuncia del análisis de la antijuridicidad material, y sostienen que “[e]l hecho de que una conducta sea típica no implica que constituya delito, pues aún resta determinar si también es antijurídica y culpable, factores que en ningún caso puede ‘presumir’ el juzgador a partir de la mera tipicidad, sino que es al acusador a quien le corresponde su demostración concreta en el proceso”.²³⁶

Además, si bien es útil la propuesta antes apuntada se trata de delitos de peligro abstracto con cierto contenido material. En la legislación salvadoreña existen delitos

233. Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial San José. Goicoechea, “Voto Salvado del Dr. Llobet: en voto N° 2002-1021; 19 de diciembre de 2002, 11 horas. Boletín Jurisprudencial No. 16 -03. Consultado 9 de mayo, 2017, http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/boletines_jurisp/2003/JUR16-2003.pdf

234. Para más detalle, véase Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007; 16 de noviembre de 2012, 9 horas”. Consultado 9 de mayo, 2017, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormix/pdf/Inconst70-2006.pdf>

235. Vargas Pinto, 288.

236. Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial San José. Goicoechea, “Casación: voto N° 2002-1021; 19 de diciembre de 2002, 11 horas. Boletín Jurisprudencial No. 16 -03. Consultado 9 de mayo, 2017, http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/boletines_jurisp/2003/JUR16-2003.pdf

de peligro abstracto formales que sancionan meras inmoralidades, como el delito de exhibición establecido en el artículo 46 de la LERARD, que prescribe: “El que en un lugar público o expuesto al público o en lugar privado se exhibiere realizando actos relacionados con el uso o consumo de drogas, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de uno a cien salarios mínimos mensuales urbanos vigentes”.

iii. Criterio de “incontrolabilidad”

Un sector de la doctrina ha propuesto que delitos de peligro abstracto como el tráfico ilícito de drogas requieren la verificación de la existencia de un peligro, lo cual implicaría que “para determinar el tráfico punible no basta la mera ejecución del comportamiento típico, sino que aquel ha de suponer un riesgo o capacidad de «difusión incontrolada» de las drogas prohibidas”.²³⁷

Para estas tesis es importante que se cree una situación de incontrolabilidad donde “efectivamente se pierda el dominio de la situación concreta de un modo relevante para el bien jurídico-penal. Se manifiesta como un estado tal que, sin exigir que un bien ingrese en el ámbito de riesgo de un comportamiento peligroso, puede «alcanzar» a cualquiera que se le acerque”.²³⁸

Para determinar la existencia de una situación de incontrolabilidad en el tráfico ilícito y el delito de posesión y tenencia de drogas deben considerarse las circunstancias del hecho, como cantidad, calidad, condiciones en que se realiza la conducta, lugar, cantidad de dinero encontrado de donde pueda deducirse el riesgo de difusión incontrolada. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en relación con el delito de posesión y tenencia ha indicado que:

237. Vargas Pinto, 259.

238. Vargas Pinto, 393.

[...] 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.²³⁹

Esta propuesta tiene como ventaja que no exige una prueba negativa del peligro a cargo del imputado.

iv. Propuesta de conversión en delitos de peligro concreto o lesión

Mientras se plantea la necesidad de constatar la peligrosidad concreta o aptitud e idoneidad de la conducta, frente a las dificultades que se presentan en tales intentos, se ha recomendado el abandono de la técnica de peligro abstracto, transformándolos en tipos de lesión o peligro concreto. Ferrajoli²⁴⁰ y Bustos Ramírez, son algunos de los que acompañan tal propuesta, aunque admiten que en algunos casos no es posible. También Binding con su apuesta por ampliar el bien jurídico pretende la configuración de estos tipos penales como de delitos de lesión.²⁴¹

239. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007; 16 de noviembre de 2012, 9 horas”. Consultado 9 de mayo, 2017, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/Inconst70-2006.pdf>

240. Para mayor detalle, véase Ferrajoli, 479.

241. Al respecto, Vargas Pinto, 299. Esta última propuesta no resulta satisfactoria, teniendo en cuenta que la de Binding de ampliar el bien jurídico penal, deja tal concepto merced de la voluntad de quien legisla, de manera que como ha resultado Guzmán Dalvora, 25: “El bien jurídico, un instrumento muy idóneo para poner coto a la arbitrariedad legislativa, pierde con Binding, jurista que aborrecía de la doctrina de la naturaleza de la cosa y secuaz de un normativismo a ultranza, sus contornos trascendentes al sistema penal”.

Si bien la conversión de los delitos de peligro abstracto es deseable, debe tenerse el cuidado de delimitar el bien jurídico que se ha de proteger y evitar la creación de bienes jurídicos anticipados. En este sentido, Bustos Ramírez al sugerir la conversión a tipos de lesión o de peligro concreto, acepta la posibilidad de lesión o puesta en peligro de bienes colectivos y para ello es necesario que sus contornos estén bien definidos, aunque con referencia personal. Según Bustos (citado por Vargas Pinto), admitir que exista un vínculo entre los bienes colectivos y los individuales “no significa que los delitos que protegen bienes colectivos deban estructurarse en relación con bienes individuales”.²⁴² Ello es importante, porque una excesiva vinculación con bienes individuales puede llevar a la elaboración de bienes anticipados divisibles en bienes individuales, lo que solo sirve para esconder delitos de peligro abstracto.

3. Consideraciones sobre el delito de “asociaciones delictivas”

A efecto de determinar qué ha de entenderse por “asociaciones delictivas”, es importante traer a cuenta la decisión adoptada por la Sala de lo Constitucional de El Salvador en un caso donde se atribuía al imputado, además del delito de Tráfico Ilícito (consumado), el delito de actos preparatorios de proposición, conspiración y asociaciones delictivas según lo establecido en el art. 52 de la LERARD, respecto de un mismo suceso. En dicho caso la Sala concluyó que no existía una violación a la garantía del *ne bis in ídem* porque:

[...] el procesamiento del imputado por dos delitos obedece a dos hechos fácticos diferentes: el de tráfico ilícito, por haber realizado determinadas acciones en casos específicos de transporte y exportación de drogas hacia Estados Unidos; y el de asociaciones delictivas para cometer el delito de tráfico ilícito, por ser jefe de una organización dedicada al traslado de sustancias ilícitas. Es decir que se trata de dos imputaciones delictivas que se

242. Vargas Pinto, 116.

fundamentan en hechos disímiles –aunque relacionados evidentemente con el tráfico de drogas– y por lo tanto no se ha transgredido la prohibición constitucional de doble persecución contenida en la parte final del inciso 1º del artículo 11.²⁴³

La Sala de lo Constitucional salvadoreña parece haber entendido la figura de “asociaciones delictivas” como un delito de pertenencia a una organización o estructura criminal, sin embargo, ello no es convincente porque la asociación delictiva a la que se refiere el artículo 52 de la LERARD es en realidad un acto preparatorio que no exige cierto grado de permanencia, estructuración u organización, a diferencia del delito de Agrupaciones Ilícitas establecido en el art. 345 del Código Penal de El Salvador, donde se establece una pena mayor para los “jefes”. De la redacción del art. 52 LERARD es posible advertir que se utiliza la frase “asociación delictiva” para referirse a la resultante de proponer, conspirar o concertar el delito.²⁴⁴

Como muestra de lo anterior, antes de la reforma del año 2018 con motivo de la inconstitucionalidad 3 - 2016, no se establecía una pena específica para tal delito, sino que se remitía a la prevista para el delito que se estuviera preparando, proponiendo, conspirando o concertando. Asimismo, con la reforma de 2018, omitió

243. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Habeas Corpus 250-2009/252-2009; 11 de noviembre de 2011, 12:08 horas”. Consultado 9 de abril, 2017, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/11/94171.PDF>

244. **Actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas (Art. 52 LERARD):**

Los actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en esta ley, la proposición, conspiración con el mismo fin, o el que concertare con una o más personas, realizar una conducta sancionada como delito; o realice sola o con ayuda de otra persona, por lo menos un acto de cumplimiento del objetivo convenido, independientemente de que ese acto sea por lo demás lícito en sí mismo, sin necesidad de que exista un acuerdo formal; serán sancionados con la pena que este prevista por el delito por el que estaban preparando, proponiendo conspirando o concertado.

En los casos dispuestos en los incisos que anteceden no constituye excluyente de responsabilidad penal que el delito para el cual haya sido creada la asociación delictiva se haya consumado; de igual forma se considerara que existió conspiración cuando el delito para el cual haya sido creada la asociación delictiva no se haya consumado.

fijar una sanción para la “asociación delictiva”, a pesar de conservar la frase “asociaciones delictivas” en el *nomen iuris* del tipo penal.

En síntesis, existen al menos tres razones para no confundir la “asociación delictiva” a la que se refiere la LERARD, con las agrupaciones, asociaciones u organizaciones ilícitas a las que se refiere el art. 345 del Código Penal salvadoreño:

- No se exige en el art. 52 LERARD que la “asociación delictiva” este conformada por tres o más personas, a diferencia del delito de agrupaciones ilícitas. Es decir, podría bastar que dos personas se pongan de acuerdo.
- A diferencia del delito de Agrupaciones Ilícitas, no se exige que la “asociación delictiva” posea algún grado de estructuración.
- Las agrupaciones, asociaciones y organizaciones ilícitas, según el art. 345 del Código Penal de El Salvador, deben ser de “carácter temporal o permanente”, lo que según la jurisprudencia nacional implica “que ese grupo no sea circunstancial para una ocasión, sino que haya existido un mínimo de tiempo que han formado tal agrupación”.²⁴⁵ En contraste, ello no se exige para las “asociaciones delictivas”.

Por tanto, aunque excede el objeto de la presente investigación, es posible afirmar que lo establecido en el inciso 2 del artículo 52 LERARD (no declarado inconstitucional) resulta incompatible con la garantía del *ne bis in ídem*, al establecer que “[e]n los casos dispuestos en los incisos que anteceden [actos preparatorios, proposición, conspiración o concertar] no constituye excluyente de responsabilidad penal que el delito para el cual haya sido creada la asociación delictiva se haya consumado”, permitiendo imputar por un mismo hecho delictivo dos delitos: uno por los actos preparatorios y el delito consumado que estaban preparando.²⁴⁶ Tampoco

245. Cámara Especializada de lo Penal, “Resolución de recurso de apelación contra autos: 402-APE-2014; 24 de marzo 2015”.

246. Tal como ha sido explicado por Barber, 86: “Si atendemos a la perspectiva del *iter criminis* (proceso que va desde la ideación del delito hasta su consumación), se afirma que las fases

es cierto que se con el art. 52 de la LERARD se buscara sancionar la pertenencia a una estructura criminal, puesto que quien legisla ya ha previsto el delito de Agrupaciones Ilícitas en el artículo 345 del Código Penal salvadoreño.

Una organización criminal de narcotráfico puede estar también destinada a cometer distintos delitos relativos a las drogas, cada uno con penas diferentes, por lo que sería un contrasentido afirmar que el art. 52 de la LERARD buscaba sancionar la pertenencia a la misma, pues en tal caso habría sido prácticamente imposible determinar la pena a imponer, por hacerla depender de la que estuviera prevista para el delito que se estaba preparando, proponiendo, conspirando o concertado. La incoherencia antes apuntada se ve confirmada cuando encontramos en el tipo penal la siguiente frase: “el delito para el cual haya sido creada la asociación delictiva se haya consumado”. ¿Acaso las organizaciones criminales de narcotráfico se crean para cometer un solo delito?²⁴⁷

De lo antes indicado, podemos concluir que las agrupaciones ilícitas tienen como finalidad “una actividad genérica a delinquir”,²⁴⁸ mientras que las “asociaciones delictivas”, la comisión de delitos concretos. Lo relevante para el tema que nos ocupa es que la asociación delictiva a la que se refería el art. 52 LERARD es la que antecede a la comisión de un delito como acto preparatorio del mismo y no un delito de pertenencia a una organización criminal. En tal sentido, pueden plantearse las mismas objeciones que a actos preparatorios como la proposición y conspiración.

Aunado a lo anterior, para algunos autores los delitos de asociación son figuras en los que basta la mera realización del comportamiento para imponer una sanción

de actuación externa previas (a la consumación) en la medida en que se atraviesan etapas, los hechos pertenecientes a fases anteriores quedan excluidos del castigo, o si se quiere, **quedan consumidos en las actuaciones posteriores**”.

247. En otras legislaciones la conspiración puede ser “para delinquir”, de manera que queda cubierto el concierto para varios delitos. Ver Campo Moreno, 42 – 43.

248. Tribunal de Sentencia de Chalatenango, “Sentencia de Primera Instancia: P0901-27-2008, 17 de abril 2008, 8:45 horas”.

penal²⁴⁹ y se afirma su incompatibilidad, al igual que otros delitos de peligro abstracto, con el principio de lesividad. En tal sentido, Ferrajoli, al referirse a los *sistemas subjetivistas* y específicamente a los *sistemas y normas «sin ofensa»*, señala como ejemplo los *delitos de peligro abstracto o presunto* y los *delitos de asociación* y agrega que:

[...] el esquema puede ser cumplido no solo por la vía legal, sino también por la vía judicial: piénsese en el abuso jurisprudencial en las macro-instrucciones contra la criminalidad organizada, en las figuras del concurso moral y del delito asociativo, consideradas a veces, a falta de cualquier hecho específico, solo conforme al historial de los imputados o a su colocación o identidad social y política.²⁵⁰

C. LESIVIDAD Y ACTOS PREPARATORIOS DE DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

1. *Lesividad y actos preparatorios*

En la doctrina es posible encontrar el abordaje sobre la legitimidad del castigo de los actos preparatorios en relación con el principio de lesividad, por ejemplo, Berdugo y Pérez, han apuntado que:

[E]l principio de lesividad actúa también como límite para fundamentar el no castigo de los actos preparatorios, en cuanto que por su distancia de la fase de ejecución no entrañen peligro alguno para el bien jurídico protegido el castigo, y únicamente puede intentar explicarse desde la “mala intención” con que se realizan determinados comportamientos.²⁵¹

249. En ese sentido, la afirmación de Vargas Pinto, 306-307.

250. Ferrajoli, 101.

251. Berdugo Gómez de la Torre, 105. En similar sentido, en su tesis de maestría, Albin Eser sostuvo que la punición de la fase preparatoria va demasiado lejos como parte que sea compatible con el *harm principle* del derecho angloamericano. Cfr. Albin Eser, 133 – 134.

Sin embargo, no resulta convincente la generalidad del argumento, sin distinguir entre actos preparatorios de delitos de resultado y de peligro (concreto y abstracto).

En contraste y pese a admitir que “la doctrina penal mayoritaria rechaza el sistema de castigo general de los actos preparatorios, tanto por sus defectos jurídicos y políticos cuanto por su inoperancia real”, la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha sugerido que pueden ser punibles de manera excepcional,²⁵² a pesar de reconocer los señalamientos de la doctrina respecto de su incompatibilidad con el principio de lesividad:

Todavía, de forma más alejada de la consumación, se encuentran los actos de preparación del delito o denominados también *actos preparatorios*. Estos son los primeros actos exteriores luego de la ideación criminal y son incalculables *a priori*, pues se encuentran en función del plan o modo de actuación del sujeto. De estos, la mayor parte de los ordenamientos penales castiga a dos por su particular importancia: la *proposición* y la *conspiración*.

Actualmente, la doctrina penal rechaza el sistema de castigo general de los actos preparatorios, tanto por sus defectos jurídicos y políticos cuanto por su inoperancia real, sin perjuicio de que se admitan ciertas excepciones.

Así, tal reticencia de la doctrina a su uso legislativo se debe entre otras razones a que: (a) se encuentran demasiado alejados de la consumación para conmover seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad; (b) la voluntad criminal no se manifiesta todavía de modo decidido y existe posibilidad de

252. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas. Consultado 5 de abril, 2017, http://www.dplf.org/sites/default/files/el_salvador_-_proceso_de_inconstitucionalidad_5-2001_et_al.pdf; Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de inconstitucionalidad 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007; 24 de agosto 2015, 15:22 horas”. Consultado 4 de abril, 2017, <https://es.calameo.com/read/0007076143f423c7bb1b7>

abandono del proyecto; y (c) si se penalizan en forma general pueden violentar el principio de lesividad.

Por todas estas razones, se conviene que su inclusión en los estatutos penales deba ser **excepcional**, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido y a la **gravedad del ataque a los mismos**, salvaguardando en lo posible el principio de mínima intervención.²⁵³ [Resaltado no corresponde al original]

El fenómeno de anticipación de la barrera de protección penal obedece a la atribución de una función preventiva (principalmente prevención general) al Derecho Penal y al incremento de las exigencias de seguridad de la sociedad, ante el apareamiento de nuevas modalidades de daño altamente destructivas, que requieren, según algunos, no esperar a que los bienes jurídicos se vean lesionados, porque el daño ya sería irreparable, sino adelantar el control social formal a su puesta en riesgo.

En tal sentido, a pesar de las críticas que pueden enfilarse contra la punibilidad de los actos preparatorios, proposición y conspiración, no podemos cerrar los ojos ante realidades como el terrorismo, donde un solo ataque puede significar la pérdida irreparable de la vida de centenares de personas, asomándose entonces la **justificación consecuencialista** sobre la necesidad de sancionar no solo los actos consumados de terrorismo, sino también los actos preparatorios, su proposición y conspiración. Tal afirmación no se fundamenta en un mero enfoque *prospectivo* de la posibilidad de riesgo sino en el reconocimiento de que los actos de terrorismo suponen una lesión efectiva para los bienes jurídicos protegidos y, por ende, su preparación ya constituye un riesgo para el bien jurídico que razonablemente puede ser administrado desde el derecho penal. En todo caso, no puede afirmarse lo mismo cuando se trata de actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto.

253. *Ibidem.*, pág. 65.

Por tanto, no satisface la crítica generalizada que, apelando al principio de lesividad, propone dejar fuera de sanción los actos previos a la ejecución del delito (preparatorios, proposición y conspiración), debiendo entonces buscar un matiz y precisar cuándo es legítimo, y cuando no, anticipar la tutela penal.

2. Críticas y defensa a los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto no requieren de resultado ni de una concreta puesta en peligro de los bienes jurídicos, por lo que han sido criticados y calificados como anticipaciones arbitrarias de tutela penal respecto de la lesión.²⁵⁴ En particular, se destaca la falta de real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material, el hecho de que la peligrosidad no sea abarcada por dolo o la culpa y la no constatación del peligro en el caso en concreto.²⁵⁵ Frente a ello, se ha optado por la elaboración de delitos de lesión o peligro concreto. Sin embargo, cuando se protegen bienes jurídicos colectivos y abstractos bajo los que se esconden bienes individuales, aunque se diga que el tipo penal es de peligro concreto o de lesión, se trata en realidad de delitos de peligro abstracto disfrazados.

Si bien lo que se pretende es negar una anticipación ilegítima de la tutela penal, es evidente que se trata de una falsa apariencia, existiendo un adelantamiento de la protección penal respecto de los bienes (individuales) que realmente se quieren proteger.²⁵⁶ En todo caso, las objeciones antes apuntadas han sido respondidas por Vargas Pinto, de la siguiente forma:

254. Juan Ignacio Piña Rochefort, *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 161, señala que “precisamente se encuentra la vinculación entre el peligro abstracto y la anticipación, pues la intervención punitiva se anticipa a un estado previo en que el bien jurídico (en sentido tradicional) sufra una lesión e, incluso, hasta antes que se vea efectivamente puesto en peligro”.

255. A tales críticas se refiere Bages Santacana, 123.

256. En opinión de Tatiana Vargas Pinto, *Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente irrelevante* (Santiago de Chile: ARANZADI, 2007), 42: “No cabría hablar de adelantamiento de la tutela penal respecto del objeto tutelado, si el bien

[...] no es aceptable reconducir todo resultado penalmente relevante a la lesión de bienes jurídico-penales. Este efecto no es el único que interesa al Derecho Penal, como tampoco los bienes individuales son las únicas situaciones que se tutelan. La clásica declaración de que todo peligro constituye una anticipación de tutela penal solo cabe en una concepción de injusto anclada en la idea de lesión (material-física de bienes individuales). Toda la protección de bienes colectivos constituiría también una anticipación semejante. Es necesario definir que es un bien colectivo y su necesidad de tutela penal. Si esta necesidad se acepta, es difícil considerarlos como bienes adelantados.²⁵⁷

La técnica de creación de delitos de peligro abstracto se ha convertido en la predilecta para la protección de bienes jurídicos supraindividuales o de carácter colectivo (puro)²⁵⁸ y con justa razón, ante las dificultades para afirmar la posibilidad real de su lesión. Sobre esto, algunos han propuesto los denominados delitos cumulativos o de acumulación, afirmándose la posibilidad de lesión del bien supraindividual o colectivo (puro) gracias a una diversidad de comportamientos del mismo tipo realizados por distintas personas que, al sumarse, lesionan visiblemente el bien que se quiere proteger.

Aunque esto podría, en cierta medida, salvar las objeciones en relación con el principio de lesividad, se sacrificaría el principio de culpabilidad, que tiene entre sus sub-principios: la personalidad o “propiedad” de la acción, siendo ilegítimo responsabilizar a la persona por comportamientos ajenos.²⁵⁹ Corresponde entonces

colectivo no se pone en relación con bienes individuales y la norma penal se ocupa de su perturbación. [...] Lo importante es no poner por objeto de tutela bienes que en el hecho no existen o no se perturban. [...] Así entendido, toda anticipación vinculada con el objeto que se dice tutelar (objeto de la norma penal) debe rechazarse”.

257. Vargas Pinto, 43.

258. Ello particularmente cuando el bien jurídico es de naturaleza inmaterial como el Orden Público.

259. Así, Chinchilla Calderón y García Aguilar, 326, indican que el “*principio de responsabilidad penal o personalidad, exige que la persona responda penalmente por hechos*

preguntarse si la única posible alternativa es dejar que el Derecho Penal se encargue tan solo de aquellas acciones que, por sí mismas, puedan significar una lesión (aunque parcial) significativa al bien colectivo o supraindividual y delegar a otras áreas del derecho la protección de otras modalidades de ataque menos significativas, renunciando a las nociones de delitos cumulativos o de acumulación.

Otra crítica que se ha enfocado en contra de los delitos de peligro abstracto es que al no requerir de una lesión o perjuicio para el bien jurídico protegido, no es necesario demostrar la causalidad, lo que para algunos tendría un impacto negativo en el derecho de defensa. Así Madrigal (2015), afirma que:

[...] al prescindir del perjuicio o lesión, se prescinde también de demostrar la causalidad. Por ello, basta solo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado, por lo que el trabajo del juez queda así facilitado extraordinariamente.

Con esta reducción de los presupuestos del castigo, utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto, disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo.²⁶⁰

Pese a ello, sin negar que el derecho de defensa pueda verse eventualmente impactado negativamente, el presente trabajo estima que el mayor impacto en realidad recae sobre la presunción de inocencia, puesto que nada impide al imputado y a su defensa técnica aportar elementos de prueba para desvirtuar la peligrosidad que se presume a partir del mero *datum legis*, aunque innegablemente esto implica una cierta inversión de la carga de la prueba.

propios y no ajenos. La responsabilidad penal, como derivación del principio de culpabilidad, alcanza a la propia acción ejecutada por el sujeto”.

260. Javier Madrigal Navarro, “*Delitos de peligro abstracto: Fundamento, crítica y configuración normativa*”, Revista Judicial N° 115 (San José, Costa Rica, marzo 2015): 186.

En todo caso, la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se ve aún más cuestionada cuando se interpretan de manera que impliquen una renuncia al análisis de antijuridicidad material.²⁶¹ Si admitimos que las normas penales tienen necesariamente una dimensión directiva o imperativa y otra valorativa, lo correcto habría de ser entender que el análisis hecha por quien legisla, no debe excluir la actividad jurisdiccional de valorar el comportamiento teniendo en cuenta lo que la norma quiere proteger, es decir el bien jurídico y, por tanto, corroborar *ex post* –si se quiere desde una perspectiva *ex ante*– el peligro del mismo.

A pesar de las críticas de la doctrina a los delitos de peligro abstracto por llevar aparejada la flexibilización o total desconocimiento del principio de lesividad,²⁶² los retos que enfrentan determinadas sociedades convulsionadas por fenómenos como la delincuencia organizada, el narcotráfico, etc., han llevado no solo al legislativo sino también al judicial a sugerir que la existencia de delitos de peligro abstracto y la mera pertenencia a una organización delictiva se encontraría justificada en la necesidad de salvaguardar intereses de la colectividad. Dicha posición parece ser la adoptada por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, al afirmar que:

La creación y mantenimiento de una estructura organizada criminal, supone un incremento significativo del peligro para los bienes jurídicos de los habitantes de una nación y de la misma configuración democrática de los Estados modernos. Por ende, su combate –principalmente mediante el Derecho penal– está más que justificado.

261. En ese sentido, Hassemer, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, 23-36, señala que en los delitos de peligro abstracto “[e]l injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es solo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma”.

262. Una descripción detallada sobre las críticas a los delitos de peligro abstracto a la luz del principio de necesaria lesividad es ofrecida por **Mendoza Buergo**, “*Los límites dogmáticos y político criminales...*”, 342 y ss.

a. Por ello es que, en la actualidad, dentro de las medidas que se han adoptado dentro del ámbito penal material se encuentran la modificación de tipos penales o la introducción de algunos nuevos; la reelaboración dogmática de algunas categorías de la teoría del delito, en especial de la autoría y la participación; **y la creación de tipos de peligro abstracto** que conlleven el castigo por la mera pertenencia a una agrupación criminal.²⁶³

Ha sido gracias al funcionalismo radical²⁶⁴ que se justifica la configuración de estos delitos, en tanto se funde la noción de bien jurídico con el respeto a la vigencia de la norma y se le atribuye al Derecho Penal, como finalidad preventiva, garantizar que no se produzcan ataques a bienes, lo que (en un argumento circular) se identifica con la pretensión del titular de que no se vean amenazados, permitiendo una coincidencia entre norma y el bien, al entenderlo como “expectativa garantizada”, pretendiéndose legitimar delitos en los que el ataque o lesión no va dirigido contra el bien jurídico sino contra su propia valoración positiva, es decir el mandato contenido en la norma.²⁶⁵

263. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 6-2009; 19 de diciembre 2012, 16 horas. Consultado 5 de abril, 2017, [http://www.pgr.gob.sv/documentos/Sentencia Ley de Crimen Organizado - versi% c3 % b3 n_final.pdf](http://www.pgr.gob.sv/documentos/Sentencia_Ley_de_Crimen_Organizado_-_versi%c3%b3n_final.pdf)

264. También conocido como funcionalismo normativo – sistémico liderado por Jackobs, según el cual lo importante para el derecho penal no es la afectación de bienes jurídicos sino el aseguramiento de la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico a través de la estabilización del contenido de la norma y la percepción de certeza de las consecuencias que derivan de su violación. En esta línea, la antijuridicidad estaría configurada por la lesión del deber, en lugar de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo también ha construido una teoría general de los delitos de peligro, que busca legitimar tanto los bienes jurídicos supraindividuales como la técnica legislativa de peligro abstracto, partiendo de una concepción funcionalista del Derecho Penal que apela a los principios de utilidad, necesidad y eficacia en la búsqueda de un estado de bienestar que persigue proteger la confianza de las y los ciudadanos en el funcionamiento del sistema; aunque alineada a una “tercera vía” que pretende no olvidar principios garantistas. Véase: Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999).

265. Así lo explica Vargas Pinto, 63-64. Para algunos el funcionalismo de Jakobs no confunde del todo norma y bien, ya que admitiría que existe algo que la norma valora cuando entiende el delito como contradicción de la norma “subyacente”. En ese sentido, también Vargas Pinto, 65 nota 139.

3. Principio de lesividad y actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto

Al ser cuestionable la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad (*supra*), la objeción es aún mayor frente a la punibilidad de los actos preparatorios, proposición, conspiración de delitos de peligro abstracto. Por ejemplo, con relación a los actos preparatorios de Tráfico Ilícito, la jurisprudencia salvadoreña ha indicado que:

“Los actos preparatorios en esta clase de delitos se reducen a que no exista disponibilidad sobre la droga, un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con la decisión firme de llevar a cabo las actividades de tráfico, la no posesión de la droga, en este caso con sólo poseerlas sería un acto consumativo, no haber dado inicio a las verbos rectores que señala”.²⁶⁶

Queda entonces claro que la figura de actos preparatorios sanciona la propuesta y el acuerdo con propósito criminal entre dos o más personas. Si bien, podría intentarse compatibilizar el delito de Tráfico Ilícito con el Principio de lesividad incluyendo en el análisis judicial la constatación de la aptitud, idoneidad, peligrosidad potencial del comportamiento o criterio de “incontrolabilidad”, los actos preparatorios, proposición y conspiración de este delito resultan excesivamente alejados de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

La incompatibilidad es aún peor cuando se trata de los actos preparatorios de delitos como Promoción y Fomento, Propaganda Sobre Uso de Drogas y Exhibición, que aun en su fase consumada constituyen meras desobediencias o inmoralidades.

a) Tesis de Barber:

266. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 421-CAS-2004.

Frente a quienes afirman la compatibilidad de la punición de proposición, conspiración e incluso “provocación” (que no está contemplada en la legislación salvadoreña objeto de la presente investigación), con el principio de lesividad, Barber sostiene que no le parece que se pueda afirmar de forma general que su punición afecte el principio de lesividad, pues esta valoración debe hacerse caso por caso.²⁶⁷ En esa línea, partiendo del principio de protección de bienes jurídicos y reconocimiento la tensión entre las necesidades político-criminales y las exigencias propias de un Estado de Derecho, admite la punición de actos previos a la ejecución en casos excepcionales,²⁶⁸ bajo 3 criterios: i) importancia del bien jurídico; ii) gravedad de su ataque²⁶⁹ e iii) irreparabilidad de las consecuencias que sufriría la víctima de la agresión si el delito que se prepara llegara a concretarse.²⁷⁰

(...) entre los múltiples objetos, intereses, relaciones, etc., que son elevados a la categoría de bienes jurídicos, podrá encontrar legitimación la amenaza de pena en el estadio previo al comienzo de la ejecución solo en la protección de aquellos bienes jurídicos individuales o supraindividuales (o colectivos) que, en sus respectivas esferas de protección, resulten fundamentales para garantizar con un mínimo de dignidad la existencia y el desarrollo de las personas tanto en la esfera privada como social, atendiendo además el hecho de que, en caso de que la conspiración, proposición o provocación llegara a la consumación del delito proyectado, el concreto objeto sobre el que recaiga el ataque no tenga la posibilidad de ser reparado, o de retornar a la situación previa del ataque.²⁷¹

Desde esa posición, justifica la punibilidad de los actos preparatorios de homicidio, lesiones “calificadas”, secuestro y ciertos supuestos de terrorismo. En relación con este último, agrega como justificación “el riesgo especial de sufrimientos y de

267. Barber, 120.

268. Barber, 134

269 Barber, 150, entiende que, aunque los bienes jurídicos protegidos resulten de gran importancia, la entidad del ataque puede no poseer la suficiente gravedad como para anticipar las barreras de punición.

270. Barber, 135, 137 - 138.

271. Barber, 136.

pérdida de vidas humanas”, de manera que entiende como legítima la sanción de la proposición y conspiración (también la provocación) de actos de terrorismo cuando estos consistan en homicidios, lesiones cualificadas, secuestros, incendios y estragos.²⁷²

Respecto a la legitimidad de actos preparatorios, tales como la conspiración, proposición y provocación, de delitos de peligro abstracto, Barber (retomando la posición de Corcoy y Bidasolo) concluye que “el castigo de los actos preparatorios de delitos de peligro no tiene ninguna clase de legitimidad”, citando como ejemplo el caso del tráfico de drogas donde supondría una doble anticipación de la barrera de punición.²⁷³

Similar posición mantiene en relación con el castigo de la conspiración, proposición y provocación de actos preparatorios que han sido tipificados como delitos autónomos. Así, no estima adecuado castigar actos preparatorios de una conducta delictiva que va igualmente dirigida a preparar o favorecer la comisión de otro delito, al plantear una doble problemática de lejanía de afectación al bien jurídico que se pretende proteger.²⁷⁴

La crítica de Barber es aún más categórica frente a la punibilidad de los actos preparatorios de asociación ilícita, como sucede en El Salvador donde su código penal prevé la sanción de la proposición y conspiración del delito de Agrupaciones Ilícitas²⁷⁵.

Asimismo, se sanciona **la proposición y conspiración** para: i) reclutar mediante engaño, violencia, intimidación o amenazas a personas menores de edad²⁷⁶; ii)

272. Barber, 142.

273. Barber, 151.

274. Barber, 148 y 152.

275. Ver inciso 9 del artículo 345 del Código Penal de El Salvador.

276. Ver inciso 9 en relación con el inciso 4 del artículo 345 del Código Penal de El Salvador.

promover, ayudar, facilitar o favorecer la conformación o permanencia en las agrupaciones o asociaciones u organizaciones ilícitas²⁷⁷; iii) solicitar, demandar, ofrecer, promover, formular, negociar, convenir o pactar acuerdos de no persecución criminal o el establecimiento de alguna prerrogativa para dispensar ilegalmente a otro y otros, la aplicación de las disposiciones de la ley o para ofrecer beneficios o ventajas a los miembros de tales agrupaciones, asociaciones u organizaciones ilícitas, así como para participar en calidad de intermediario, negociador o mediador de esas conductas.²⁷⁸

Al respecto, estimamos que pueden oponerse las mismas objeciones que en su momento planteó Barber en relación con la sanción de la proposición y conspiración en supuestos de cooperación a una asociación delictiva en la legislación española:

Nos encontramos también en este supuesto con una conducta de participación elevada a la categoría de tipo autónomo, que no es más que un acto preparatorio del delito de asociación ilícita, por lo que la conspiración, proposición y provocación para realizar una conducta de cooperación de cualquier clase, se encuentra tan alejada de la afectación del bien jurídico protegido, que entiendo no encuentra ninguna clase de fundamento acudir al recurso de una doble anticipación de la punibilidad.²⁷⁹

Coincidiendo con la posición antes indicada sobre la ilegitimidad de una doble anticipación de la tutela penal, es dable afirmar que, en la legislación salvadoreña, no solo carece de legitimidad la **proposición y conspiración** para promover, ayudar, facilitar o favorecer la conformación o permanencia en las agrupaciones o asociaciones u organizaciones ilícitas (triple anticipación), sino también **la proposición y conspiración** para tomar parte en una agrupación, organización o asociación ilícita (doble anticipación). Esto, por su puesto, exceptuando los casos

277. Ver inciso 9 en relación con el inciso 6 del artículo 345 del Código Penal de El Salvador.

278. Ver inciso 9 en relación con el inciso 4 del artículo 345 del Código Penal de El Salvador.

279. Barber, 149.

donde lo que se propone o conspira es la ejecución de actos de violencia de cualquier naturaleza (física, psicológica, etc.) para obligar a otra persona a ingresar a la organización y principalmente, cuando se trate de personas menores de edad, respecto de quienes existe un deber de protección reforzada a cargo del Estado.

b) Tesis de Campo Moreno

En su obra, Campo Moreno se ha referido a la punibilidad de la conspiración de actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos, tomando como ejemplo el delito de colaboración con banda armada en la legislación española. Su análisis le lleva a posicionarse en contra de su punibilidad al concluir que “parece muy forzado pensar que el sistema penal pueda soportar la punición por conspiración de un acto preparatorio, cuando ya por sí mismo y por su propia naturaleza, es excepcional la punición de estos”.²⁸⁰

En respaldo de su conclusión retoma el razonamiento expresado por el Tribunal Supremo español en sentencia de 16 de diciembre de 1992 en la que casó la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 1990:

«en los delitos de mera actividad y de peligro abstracto es sumamente difícil hablar de formas imperfectas de ejecución, por lo que se hace complejo la sanción de la conspiración prevista en el art. 4 CP. Figura que, por si sola, y sin necesidad de aditivos, se encuentra ampliamente desprestigiada en la doctrina y en claro retroceso en las legislaciones positivas. Castigar la conspiración como acto preparatorio consistente en pluralidad de manifestaciones de voluntad coordinadas y orientadas toda ellas en una misma dirección, con referencia a los delitos de mera actividad y de peligro abstracto parece si no imposible, al menos difícil».²⁸¹

280. Campo Moreno, 44.

281. Campo Moreno, 45.

No obstante, cabe notar que en la citada jurisprudencia no se llegó a negar totalmente la posibilidad de punibilidad de la conspiración de delitos de mera actividad y peligro abstracto; aunque se hace depender de la firmeza de ejecutar el propósito.²⁸²

c) El “*Standard Harm Analysis*” y la punición de riesgos remotos

El “*Standard Harm Analysis*” (o estándar de análisis de daño) consta de tres niveles: (i) consideración de la gravedad del eventual daño y la probabilidad de su materialización; (ii) tal consideración ha de ser sopesada con el valor social de la conducta y el grado de intromisión en las decisiones del actor (autonomía) que supone su criminalización; y (iii) la consideración de otros límites (derechos fundamentales) que habrían de impedir su criminalización.²⁸³ Por ejemplo, la infracción de la libertad de expresión²⁸⁴.

Teniendo en consideración que la conducta solo produce un riesgo de daño y que la materialización de este depende de la realización de otras contingencias, Hirsch reformula el *Standard Harm Analysis* por considerarlo insuficiente²⁸⁵ e incluye la noción de “*fair imputation*” (imputación justa) para responder a las preguntas sobre

282. Campo Moreno, 46. También ver Gema Varona Martínez, “Evolución jurisprudencial en la interpretación de los diversos elementos integrantes de los principales tipos delictivos aplicados respecto del terrorismo de ETA” en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigido por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri. (Donostia-San Sebastián, España: Instituto Vasco de Criminología, 2009), 55. Consultado 21 de agosto, 2021, [05+-+Evolucion+jurisprudencial+I.pdf \(ehu.eus\)](#)

283. Andrew von Hirsch, “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputations” en *Harm and Culpability*, editado por A.P. Simester y A.T.H. Smith (Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 1996), 261.

284. Ambos, *Bien Jurídico y Harm Principle...*, 452.

285. Para Hirsch el cumplimiento de los criterios que integran el *Standard Harm Analysis* no obliga en automático a la criminalización de la conducta, de manera que es necesario tomar en consideración otros aspectos, tales como las potenciales dificultades y el costo de su persecución. Asimismo, reconoce que el *Standard Harm Analysis* si bien aborda la vínculo empírico entre la conducta prohibida y el resultado dañoso indeseado, no aborda por qué ni en qué medida quien ejecuta la conducta debe ser responsable por las consecuencias o riesgos remotos. En ese sentido, sugiere que este debe ser complementado por otros principios diseñados para atender los especiales problemas que presenta la criminalización de riesgos remotos. Ver Hirsch, 261 – 262.

si es posible justificar la imputación del daño a quien solo crea su riesgo (por ejemplo, en supuestos de “daño cumulativo”).

Partiendo de la noción de separación de las personas como agentes de decisión, este criterio negaría la legitimidad de la criminalización de conductas que no produzcan consecuencias dañosas por sí mismas, sino que conduzcan a actos posteriores que produzcan daño o creen su riesgo, así como elaboración de tipos de peligro abstracto, donde la justificación no es que el comportamiento sea normalmente peligroso, sino que podría serlo en algunos casos.

La posición de Hirsch es que la justa imputación de daños cumulativos producidos por acciones remotas debe basarse en las obligaciones de cooperación, que todos tenemos, para evitar el daño particular. En esa línea, Peter Ramsay plantea que ante la pregunta: ¿cómo y por qué el eventual daño al bien jurídico ‘seguridad’ puede ser imputado de manera justa a quien prepara un acto terrorista?, podría responderse que: “(...) *the harm may fairly be imputed to someone who knowingly defies the law’s demand that its subjects not contribute to the harm of subjective insecurity that is caused by terrorist preparations*”.²⁸⁶

Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce: i) la falta de responsabilidad de parte del actor por su *intervening-choice* cuando este no se ha involucrado en las elecciones subsecuentes que derivan en la materialización del daño, y ii) en el caso de daños cumulativos, el actor es co-responsable de la acción aun cuando su acción no haya sido, por sí misma, suficiente para producir el daño en cuestión.

286. Peter Ramsay, “Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom” en *The Structures of the Criminal Law* (Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 2011), 218. Traducción propia: el daño puede ser justamente imputado a quien, sabiéndolo, desafía la exigencia por parte de la ley de que sus sujetos no contribuyan al daño a la seguridad subjetiva provocada por los preparativos terroristas.

En todo caso, lo que lo hace atribuible, depende del rol que juegue el actor, por ejemplo, tratándose de “especialistas”, estos tienen –justificadamente– una obligación de abstenerse de contribuir en la producción del daño y consecuentemente, resultan responsables. Pese a todo, si el daño potencial es muy grave y generalizado, el requisito de *fair-imputation* puede ser derogado en razón de su grado y severidad.²⁸⁷

287. Persak, 47.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS O ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

A. DIMENSIÓN TEÓRICA

De la aplicación de fichas y la matriz de sistematización, no se identificaron teorías orientadoras del análisis de antijuridicidad material cuando se trate de delitos de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto de manera que sea compatible con el principio de Lesividad. En contraste, Barber (retomando la posición de Corcoy Bidasolo) concluye que “el castigo de los actos preparatorios de delitos de peligro no tiene ninguna clase de legitimidad”²⁸⁸.

En razón de lo anterior, se ha visto confirmada la hipótesis de la dimensión teórica, acerca de que no es posible compatibilizar desde la práctica judicial el delito de “APCAD”, tipificado en el artículo 52 de la LERARD, con el Principio de Lesividad, porque, al tratarse de la punibilidad de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto, la anticipación de la tutela penal es desmedida y no existen teorías que puedan orientar el análisis de antijuridicidad material en la práctica judicial de manera que sea compatible con el Principio de Lesividad.

B. DIMENSIÓN PRÁCTICA

A pesar de que la investigación pretendía el análisis de la totalidad de sentencias condenatorias por el delito de “APCAD”, emitidas por los distintos Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador; el acceso a las mismas enfrentó una variedad de dificultades²⁸⁹, tornando imposible el cumplimiento de lo inicialmente previsto en el marco de la presente investigación.

288. Barber, 151.

289. Las sedes judiciales no cuentan con un registro de las sentencias dictadas en relación con el tipo penal objeto de la investigación. Por tanto, se tuvo acceso a las sentencias que lograron ser identificadas, sin que pueda afirmarse que corresponde a la totalidad de las sentencias dictadas

Cabe destacar que, ante las dificultades en el acceso a la información, se inició un Procedimiento de Acceso a la Información Pública ante la Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial²⁹⁰, requiriendo información estadística y copias de las sentencias que habrían de someterse al respectivo análisis. A pesar de que, en una primera resolución emitida por el ente obligado, se dispuso que la información sería entregada el 14 de noviembre de 2019; llegada la fecha, se ordenó una prórroga del plazo²⁹¹ y finalmente, se resolvió que no podía entregarse la totalidad de la información por “inexistencia” de la misma en la Dirección de Planificación Institucional, así como en la Unidad de Sistemas Administrativos, ambos de la Corte Suprema de Justicia²⁹².

por el delito de APCAD entre 2016 y 2019. Esto fue confirmado por la Dirección de Planificación Institucional del Órgano Judicial quien informó que los Juzgados Especializados de Sentencia de San Miguel y Santa Ana no cuentan con sistemas de seguimiento de expedientes y que los Juzgados Especializados A, B y C de San Salvador no contaban con tal información.

290. La Ley de Acceso a la Información Pública de El Salvador establece que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información generada, administrada o en poder de las instituciones públicas y demás entes obligados de manera oportuna y veraz, sin sustentar interés o motivación alguna. En esa línea, además de la divulgación oficiosa de cierta información, regula el procedimiento de acceso a la información pública. De acuerdo con tal regulación, cualquier persona o su representante pueden presentar ante el Oficial de Información una solicitud acompañada del documento de identidad. Dicha solicitud debe ser trasladada por el Oficial de Información a la unidad administrativa que tenga o pueda poseer la información, con objeto de que ésta la localice, verifique su clasificación y, en su caso, comunique la manera en que se encuentra disponible. La respuesta a la solicitud de acceso a la información debe ser notificada a la persona interesada en un plazo no mayor de diez días hábiles, siempre que la información requerida no exceda de cinco años de haber sido generada. En caso contrario, el plazo puede ampliarse por diez días hábiles más. En caso de que no pueda entregarse la información en tiempo, por la complejidad de la información u otras circunstancias excepcionales, por resolución motivada puede disponerse de un plazo adicional de cinco días hábiles. En su resolución, el Oficial de Información puede negar el acceso a la información sobre la base una clasificación de reserva preexistente, indicar si la información solicitada es de carácter confidencial, disponer el acceso a la información solicitada o, en su caso, expedir una resolución que confirme la inexistencia de tal información. Para mayor detalle: Asamblea Legislativa, “Decreto No. 534: Ley de Acceso a la Información Pública; 3 de marzo de 2011”, *Diario Oficial*, Tomo 391, Número 70 de fecha 8 de abril 2011.

291. Anexo III. Notificación de Resolución de Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial disponiendo de oficio la prórroga del plazo para entregar la información solicitada.

292. Anexo IV. Resolución de la Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial de El Salvador UAIP 744/RR/1979/2019(1) de las 15:02 horas del 21 de noviembre de 2019.

Curiosamente, la afirmada “inexistencia” no impidió que se remitieran memorandos emitidos por el Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en la Zona Occidental y el Juzgado Especializado de Sentencia “B” con competencia en la Zona Central; que fueron los únicos que cumplieron con dar respuesta a los oficios enviados por la Oficial de Información Interina del Órgano Judicial²⁹³.

Derivado de lo anterior, a efectos de la presente investigación resulta imposible establecer el número de sentencias emitidas por los 5 Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador, entre 2016 y 2018 por el delito de “APCAD”; y, en consecuencia, no puede afirmarse con exactitud el porcentaje de la población, que representan las sentencias a las que se tuvo acceso.

Sin perjuicio de lo anterior, según información proporcionada por el Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en la Zona Oriental de El Salvador, como resultado de una gestión directa realizada en el mes de septiembre de 2018; en el período comprendido entre los años 2016 y 2018, se dictaron tres sentencias relacionadas con el delito de “APCAD”.

En uno de esos casos, la calificación jurídica del hecho se cambió y, en consecuencia, se decidió condenar por el delito de Tráfico Ilícito en lugar de “APCAD”, por lo que quedó fuera de la muestra. Asimismo, se tuvo acceso a un memorando suscrito por el Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en la Zona Occidental, en el que se hace constar que entre 2016 y 2018 no se emitió ninguna sentencia de condena por el delito de “APCAD”, mientras que en 2019 se dictó una sentencia condenatoria por dicho delito²⁹⁴.

293. Anexo V. Memorandos remitidos a Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial de El Salvador.

294. Anexo V. Memorandos remitidos a Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial de El Salvador.

De igual forma, por medio de memorando, el Juzgado Especializado de Sentencia “B” con competencia en la Zona Central hizo constar que entre 2016 y 2019 se dictaron 3 sentencias de condena por el delito en cuestión²⁹⁵.

Producto de una gestión directa, se tuvo acceso a 1 sentencia emitida por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” y 6 sentencias dictadas el Juzgado Especializado de Sentencia “C”, de las cuales dos corresponden a absoluciones²⁹⁶. Según lo expresado por los últimos dos juzgados mencionados, las sentencias a las que se tuvo acceso constituyen la totalidad de las emitidas entre 2016 y 2019.

SENTENCIAS EMITIDAS POR JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE SENTENCIA						
		2016	2017	2018	2019	
Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en Zona Occidental						Nº personas imputadas/condenadas en Zona Occidental
1	2019	53-06-2018/58-02-2018	3 imputados	3 condenados	4 eventos considerados de forma unitaria	3 / 3
Juzgados Especializados de Sentencia con competencia en la Zona Central						Nº personas imputadas/condenadas en Zona Central
“A”						
2	2017	109-A-2016	9 imputados	5 condenados 4 condenados	14 eventos considerados de forma unitaria	9+ / 4 +

295. Anexo V. Memorandos remitidos a Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial de El Salvador.

296. Las sentencias absolutorias quedan fuera de la muestra objeto de análisis.

				con cambio de calificación a tráfico ilícito		
Parcial: 4 personas condenadas por APCAD.						
“B”						
3	2016	14/28/50/75-B-164	5 imputados	4 condenados (al 5to se le condenó solo por tráfico ilícito)	Varios eventos, considerados de forma unitaria	21 + / 19 +
4	2017	88-B-16/06-B-17-3	10 imputados	9 condenados	23 eventos, considerados de forma unitaria	
5	2019	79-103-B-19-7	6 imputados	6 condenados	Varios eventos considerados de forma unitaria	
Parcial: 19 personas condenadas por APCAD.						
“C”						
6	2016	24-C-2015-3/4	21 imputados	15 condenados	26 eventos. 14 de ellos fueron absoluciones por insuficiencia probatoria. Cada uno de los eventos fue considerado como una “acción” distinta	+ 75 / + 40
7	2018	1-C-2018-6	41 imputados	15 condenados	En la sentencia consta:	

					<p>“Cada uno de los eventos se tratarán de forma unitaria, ya que no es posible determinar quiénes son las personas imputadas en cada uno de ellos, esto debido a que en auto de apertura a juicio solamente se hizo referencia al total de procesados a quienes se decretó apertura a juicio por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, a pesar de que en la base fáctica este hecho fue</p>	
--	--	--	--	--	---	--

					dividido" (p. 1402)	
8	2018	43-C-2017-2	6 imputados	3 condenados	3 eventos considerados separadamente	
9	2019	50-C-2018-3	7 imputados	6 condenados	3 eventos considerados separadamente	
Parcial: 40 personas condenadas por APCAD.						105 / 63
Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en Zona Oriental						Nº personas imputadas/condenadas en Zona Oriental
10	2017	18-26-33(02-04-06)/16	57 imputados	42 condenados	44 eventos considerados separadamente	64/48
11	2017	263-45(07)/12-13	2 imputados	2 condenados	Hechos considerados como un solo evento.	
12	2019	04-07(02)/18-A	1 imputado	1 condenado	3 eventos considerados separadamente	
13	2019	30-33-08(06)/18/19	4 imputados	3 condenados	1 evento	
TOTAL: 172 personas imputadas / 114 personas condenadas por el delito de APCAD.						

Cuadro 2: Personas imputadas y condenadas por el delito de APCAD por año y juzgado.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias que integraron la muestra.

A pesar del reducido número de sentencias condenatorias por el delito de APCAD dictadas por los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador, de la muestra a la que se tuvo acceso se desprende que se trata de decisiones que han resultado en la condena en primera instancia, para más de un centenar de personas;

de manera que no puede afirmarse que se trata de un tipo penal carente de aplicación. En todo caso, las cifras de personas condenadas por zona varían considerablemente, como se ilustra a continuación:

1. *Juzgado Especializado de Sentencia con Competencia en la Zona Oriental*

La totalidad de la muestra tomada del Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en la Zona Oriental quedó integrada por cuatro sentencias condenatorias dictadas en el año 2017 y 2019, debido a que no se pronunció ninguna sentencia por el delito de APCAD en 2016, ni en 2018²⁹⁷. Tras la aplicación de una guía de análisis de contenido, se obtuvieron los siguientes resultados:

a) Sentencias dictadas en 2017 (antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y reforma del inciso 1 del artículo 52 LERARD)

Una de las sentencias objeto de análisis se refería a un considerable número de casos (denominados “eventos”) por el delito de “APCAD”, dictándose condena respecto de 40 de ellos. La segunda sentencia analizada se refiere a un solo caso por el delito de “APCAD”. En consecuencia, 41 “eventos” constituyen el 100% de los casos en los que se ha dictado condena por el referido delito antes de la declaratoria de inconstitucionalidad diferida y reforma del artículo 52 LERARD.

Cabe destacar que en la primera sentencia, la mayoría de los imputados son condenados por varios “eventos” de APCAD en “curso real”, lo que aunado a que para la fecha de la emisión de la sentencia, la pena a imponer por el APCAD era la misma prevista para el delito que se preparara, propusiera, conspirara o “concertare”; el monto total de pena impuesta por la realización de actos preparatorios era evidentemente desproporcional y considerando la esperanza de

297. Entre enero y septiembre de 2018, registró el ingreso de dos causas penales por el delito de APCAD.

vida de una persona promedio en El Salvador²⁹⁸, puede afirmarse que correspondían de *facto*, a penas perpetuas:

Condenada/o en 1ª instancia	Eventos	Años de prisión impuestos como pena por cada evento de APCAD	Total de pena de prisión por APCAD
1	12 eventos	Entre 10 y 15 años de prisión por cada evento. La mayoría de los eventos fueron sancionados con 12 ½ años de prisión.	156 ½ años.
2	7 eventos	Entre 10 y 12 ½ años de prisión por cada evento. La mayoría de los eventos fueron sancionados con 12 ½ años de prisión.	83 años.
3	6 eventos	Entre 12 ½ años a 15 años de prisión por cada evento.	80 años.
4	6 eventos	Entre 12 ½ y 13 ½ años de prisión por cada evento. La mayoría de eventos fueron sancionados con 12 ½ años de prisión.	76 años.
5	6 eventos	12 ½ años de prisión por cada evento.	75 años.
6	5 eventos	Entre 12 ½ y 15 años de prisión por cada evento.	66 años.
7	5 eventos	12 ½ años de prisión por cada evento.	62 ½ años.
8	4 eventos	Entre 10 y 12 ½ años de prisión por cada evento.	43 ½ años.
9	3 eventos	15 años de prisión por cada evento.	45 años.
10	3 eventos	15 años de prisión por cada evento.	45 años.
11	3 eventos	Entre 12 ½ y 15 años de prisión por cada evento.	40 años.
12	3 eventos	Entre 12 ½ a 13 años de prisión por cada evento.	38 años.
13	3 eventos	12 ½ años de prisión por cada evento.	37 ½ años.
14	3 eventos	Entre 10 y 12 ½ años de prisión por cada evento.	35 años.
15	3 eventos	10, 11 y 12 ½ años de prisión.	33 ½ años.
16	3 eventos	Entre 10, 11 y 12 ½ años de prisión.	33 ½ años.
17	2 eventos	15 años de prisión por cada evento.	30 años.
18	2 eventos	15 años de prisión por cada evento.	30 años.
19	2 eventos	15 años de prisión por cada evento.	30 años.
20	2 eventos	15 años de prisión por cada evento.	30 años.
21	2 eventos	12 ½ años de prisión por cada evento.	25 años.
22	2 eventos	12 ½ años de prisión por cada evento.	25 años.
23	2 eventos	12 ½ y 14 años de prisión.	26 ½ años.
24	2 eventos	10 y 12 ½ años de prisión.	22 ½ años.

298. De acuerdo con datos del Banco Mundial, de 2017 a 2020, la esperanza de vida al nacer ha sido de 68-69 años para los hombres en El Salvador, mientras que para las mujeres ha sido de 77-78 años. Cfr. Banco Mundial. Datos. Esperanza de vida al nacer, varones (años) - El Salvador y Esperanza de vida al nacer, mujeres (años) - El Salvador. Consultado 17 de noviembre de 2022, <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.MA.IN?locations=SV>

25	2 eventos	10 y 12 ½ años de prisión.	22 ½ años.
26	2 eventos	10 y 12 ½ años de prisión.	22 ½ años.
27	1 evento	15 años de prisión.	15 años.
28	1 evento	15 años de prisión.	15 años.
29	1 evento	15 años de prisión.	15 años.
30	1 evento	15 años de prisión.	15 años.
31	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
32	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
33	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
34	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
35	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
36	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
37	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
38	1 evento	12 ½ años de prisión.	12 ½ años.
49	1 evento	11 años de prisión.	11 años.
40	1 evento	10 años de prisión.	10 años.
41	1 evento	10 años de prisión.	10 años.
42	1 evento	10 años de prisión.	10 años.
El resultado corresponde a mujeres condenadas por APCAD			

Cuadro 3: Años de prisión impuestos como pena a personas condenadas por el delito de APCAD por el Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Oriental en 2017.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias 18-26-33(02-04-06)/16 y 263-45(07)/12-13.

En la primera sentencia de 2017, las de las personas condenadas fueron inicialmente imputadas por APCAD de tráfico ilícito internacional. No obstante, al referirse a la determinación de la pena, se hace un análisis general respecto de la totalidad de personas condenadas, estableciendo que “los delitos acusados están relacionados al tráfico ilícito por lo que la penalidad mínima es de diez años de prisión y la máxima de quince años de prisión”; de lo cual se infiere que la totalidad de condenas fueron por APCAD de tráfico ilícito.

La segunda sentencia de 2017 es la única de la muestra que no se refiere a APCAD de tráfico ilícito sino a APCAD del delito de prescripción o suministro, establecido en el artículo 38 LERARD²⁹⁹.

En la mayoría de los 41 “eventos” analizados, la autoridad judicial se refiere a “afectación”, “daño”, “riesgo” o “peligro” para el bien jurídico en el análisis de tipicidad, a pesar de no hablar expresamente de “tipicidad conglobante”. De igual forma, en la mayoría de los “eventos” no justifica la afirmación sobre su existencia en el caso concreto.

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
1	APCAD de tráfico ilícito	En el análisis de tipicidad se menciona que “los sujetos con tal comportamiento crean ese riesgo desaprobado al bien objeto de tutela, que se ve traducido en la identidad de los sujetos que hablan en las comunicaciones, puesto que se identifican unos a otros” “Por ende, los sujetos con tal comportamiento crean ese riesgo desaprobado al bien objeto de tutela, lo cual es desarrollado con dolo directo (...) Con la cualificante, que la proposición y conspiración versa sobre la compra de objetos prohibidos, fuera del territorio nacional, a fin de ser introducido a este, causando un daño al bien jurídico de tutela con el afán de obtener una ganancia injustificada” (2252)	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo o daño al bien jurídico.
2	APCAD de tráfico ilícito	No se menciona en el análisis de tipicidad.	N/A
3	APCAD de tráfico ilícito	En el análisis de tipicidad se menciona que la actividad realizada creó un peligro para el bien jurídico de la Salud	Intervención de varios sujetos,

²⁹⁹ Artículo 38 LERARD: “El facultativo que prescriba o suministre drogas que necesiten receta especial para adquirirlas cuando no son indicadas por la terapéutica o con infracción de leyes o reglamentos sobre la materia, será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes”.

Casos "eventos"	Delito preparado, propuesto, conspirado o "concertado"	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		Publica en perjuicio de quienes viven en territorio nacional. Riesgo que se ve aumentado por intervenir varios sujetos, contar con asesoría jurídica y financiamiento para realizar llevar a cabo el tráfico.	contar con asesoría jurídica y financiamiento.
4	APCAD de tráfico ilícito	En el análisis de tipicidad se afirma que "la actividad realizada por los imputados pone en peligro el bien jurídico protegido, salud pública. En un peligro abstracto, en razón de la lejanía de lesión del bien objeto de tutela" (2254)	No se advierte justificación concreta que respalde la afirmación sobre la puesta en peligro (abstracto) al bien jurídico.
5	APCAD de tráfico ilícito	Se menciona que en razón de que los objetos ilícitos eran desplazados por un territorio extranjero, con la finalidad de ingresar al territorio nacional y concretizar el delito de tráfico ilícito internacional, los imputados crearon y aumentaron un riesgo desaprobado por toda norma, al tratar de evadir no solo a las autoridades internacionales y nacionales, sino, al pretender ingresar al territorio extranjero, con la finalidad de ingresar al territorio nacional sustancias que resultan prohibidas y que aumentan el peligro para los bienes de tutela. Sin embargo, el comportamiento descrito atribuible a los imputados son conversaciones sobre haber perdido drogas al ser incautadas en frontera de peñas blancas (2255).	Carácter transfronterizo de la actividad pretendida (transito desde el extranjero con destino al país).
6	APCAD de tráfico ilícito	El juez advierte que no se trata de actos que preparan un delito sino de su ejecución (transporte de drogas). En todo caso, tipifica el comportamiento de quien dirige y coordina por teléfono tal ejecución como APCAD y afirma que este "crea un riesgo abstracto al bien jurídico objeto de tutela" (2256)	No se advierte justificación concreta de la afirmación creación de peligro

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
			abstracto al bien jurídico.
7	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que la actividad creó un riesgo desaprobado para el bien jurídico. No se señalan datos ni circunstancias que respalden esa afirmación.	No se advierte justificación concreta de la afirmación creación de riesgo para el bien jurídico.
8	APCAD de tráfico ilícito	En análisis de tipicidad se menciona que las actividades típicas descritas de proponer y conspirar para el tráfico de sustancias ilícitas crearon un riesgo al bien jurídico protegido: Salud Pública. “Si bien este riesgo no se concretiza, mediante la transformación externa del mundo real, crea un peligro para el bien jurídico protegido en razón de que los imputados conspiran y proponen, la obtención de ganancias mediante la venta de objetos ilícitos, que ponen en riesgo aquel bien”.	Argumento circular: Se afirma que los actos preparatorios, proposición y conspiración crean un peligro para el bien jurídico porque los imputados conspiran y proponen la obtención de ganancias por medio de la venta de “objetos ilícitos” que ponen en riesgo la salud pública.
9	APCAD de tráfico ilícito	En el análisis de tipicidad se establece que “[c]on las actividades realizadas por los procesados, se crea un	No se advierte justificación

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		riesgo al bien jurídico” (2259). Sin embargo, no se indican directamente las razones por las que se hace tal afirmación.	concreta de la afirmación creación de riesgo para el bien jurídico.
10	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que los comportamientos crearon un riesgo desaprobado por la norma para el bien jurídico ‘salud pública’. Aunque no se precisan datos y circunstancias que respalden la afirmación, en el análisis de tipicidad, se indica que de las conversaciones telefónicas se desprende que el tráfico ilícito existió y que ante la imposibilidad de demostrarlo por no haber decomiso de las sustancias ilícitas, se opta por calificar el hecho como APCAD (2259 – 2260).	No se advierte justificación concreta de la afirmación creación de riesgo para el bien jurídico por APCAD. Más bien se reconoce que no fueron meros actos preparatorios sino tráfico ilícito.
11	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que las actividades realizadas por los imputados creaban un riesgo desaprobado por la norma pues las “actividades que realizaban estos sujetos versaban específicamente sobre la proposición, conspiración y planificación de objetos ilícitos. Configurando con ello actividades típicas sancionadas por el legislador penal. La realización de estos comportamientos creaba un específico peligro al bien objeto de tutela, en razón de la transacción de estos objetos ilícitos. Nótese lo que castiga el legislador como se ha dicho, no es la unión de voluntades para realizar un contrato, sino la ilicitud sobre la que recae el objeto del contrato. En esta ilicitud, se crea un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado, al grado, que solo	Ilicitud del objeto de la transacción.

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		<p>el acuerdo de voluntades realizado para tal fin atenta contra el bien jurídico” (2261). En conclusión, se apela a que la sustancia ha sido dispuesta como ilícita por el legislador para afirmar que un acuerdo de voluntades para efectuar una transacción de la misma afecta al bien jurídica salud pública.</p>	
12	APCAD de tráfico ilícito	<p>Se afirma que la participación en una negociación sobre objeto ilícito, conspirando y planificando con otro la verificación de tales actos, mostrando su voluntad de participar en ellos, así como su intención de evadir la justicia y lograr impunidad, “pone en peligro el bien jurídico tutelado. En razón, que existe cercanía entre los objetos de tráfico ilícito y la salud pública, y la expectativa del imputado de obtener una ganancia ilícita por ello” (2262)</p> <p>Se menciona que la comunicación entre dos imputados, donde una imputada proporciona a otro imputado información reservada sobre actos criminales atribuidos a la organización a la que pertenecían, aprovechándose de laborar en sede judicial, creó “un riesgo específico para el bien jurídico tutelado, riesgo que se ve aumentado en el caso específico por la actuación de la imputada, no solo por la eventual transacción sobre un objeto ilícito, sino, por la defraudación a la confianza laboral depositada. Este riesgo se ve traducido, como una ventaja indebida a la organización criminal, que utilizaba la información brindada por la imputada, para lograr no solo la impunidad, sino la comisión de otros delitos” (2262).</p>	<p>Contar con asesoría proporcionada por empleada judicial, para garantizar impunidad de sus actos.</p>
13	APCAD de tráfico ilícito	<p>Se afirma que el comportamiento “no solo incrementaba el peligro a la Salud Pública, sino que lo hacía con la intención de obtener una ganancia ilícita”. No se explicitan datos ni circunstancias que respalden tal afirmación.</p>	<p>No se advierte justificación concreta de la afirmación del</p>

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
			peligro para el bien jurídico.
14	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la puesta en peligro del bien jurídico salud pública porque “acuerdan la introducción de objetos ilícitos y dañinos a la misma, para obtener una ganancia económica” (2265).	El carácter dañino del objeto cuya “introducción” al país se acuerda.
15	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que la previa planificación y coordinación para cometer esta clase de delitos, que atentan contra la salud pública – entendida esta como el bienestar general sin la obstrucción de conductas o sustancias que la pongan en riesgo – lo que produce un peligro no abstracto sino concreto al bien jurídico mencionado. La autoridad judicial afirma: “Me es posible sostener esto, porque las actuaciones de la organización criminal en el presente, van encaminadas a la concretización de ese riesgo y, no solo, a la mera creación del peligro” (2266)	Propósito de concretizar el riesgo.
16	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que se pone en peligro una serie de bienes jurídicos tutelados por quien legisla y no solo la salud pública. No se explicitan las circunstancias o datos que respaldan tal afirmación.	No se advierte justificación concreta de la afirmación del peligro para el bien jurídico.
17	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que los imputados con su actuar desatan un nexo causal, que pone en peligro el bien jurídico objeto de tutela. No se alude ninguna constatación de la existencia de ese peligro.	No se advierte justificación concreta de la afirmación del peligro para el bien jurídico.
18	APCAD de tráfico ilícito	Afirma puesta en peligro del bien jurídico porque existió traslado de la sustancia ilícita a pesar de haber señalado que solo se podían atribuir actos preparatorios porque no existió secuestro material de la sustancia ilícita para	Porque en realidad se trata de un tráfico ilícito,

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		acreditar el tráfico ilícito. Señala que el peligro es real, porque la finalidad era trasladar la sustancia a otro imputado para que este la negociara con un número indeterminado de personas. No consta la cantidad.	que no se califica como tal por no haber incautado el material. “Finalidad” de que la droga sea negociada con un número indeterminado de personas.
19	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que el imputado participa de la creación de un riesgo a la salud pública, al consentir y, realizar, según su dicho, actos específicos de traslado de sustancias ilícitas. Se admite que el interlocutor no habla de droga, sino que se refiere a un “bolado”. Se afirma que con el traslado de la droga como acto previo a la comercialización del objeto prohibido se lesiona con un peligro real y efectivo el bien jurídico ‘salud pública’ y otros que se ven directa o indirectamente afectados.	No se advierte justificación concreta de la afirmación del peligro para el bien jurídico, derivado del consentimiento para realizar el traslado. Por el contrario, la argumentación se centra en el traslado y no en el consentimiento para hacerlo. Tampoco se justifica su afirmación acerca de que el eventual traslado lesiona con

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
			“peligro real y efectivo” al bien jurídico.
20	APCAD de tráfico ilícito	<p>Se afirma que una imputada rindió su voluntad para verificar si los compradores regresaron al lugar de destino del producto (droga). Tras admitir que la conducta atribuida corresponde a la participación “en los actos posteriores a la ejecución del delito” y que se trataba de la “verificación del acto de tráfico de otros” (el cual se concretó) como “actos de propios de colaboración con la estructura criminal y de verificación de actos posteriores que lograrían la impunidad de quien detentaba el papel de líder en la estructura”; concluye que “[e]stos actos concretos, crearon un riesgo no solo para la salud pública, pues se pretendía por la imputada la verificación de la actividad ilícita de tráfico de drogas, así como la impunidad para quien detentaba el papel de líder defraudando la justicia. Estos actos concretos, al ser deben ser catalogados (sic), establecen la asociación delictiva en que la imputada participo, y no la ejecución del acto de tráfico. Razón por la cual, será juzgada en la presente solo por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, y no por los actos de ejecución del delito de tráfico ilícito. Con semejante actividad, se crea un riesgo para el objeto de tutela, así como para la administración de justicia” (2271).</p> <p>Respecto de una segunda imputada, se afirma que a esta se le encomendó verificar la detención de unas personas por parte del líder de la estructura. A pesar de admitir que “no planifica ni realiza actos de ejecución”, el juez destaca que esta “somete su voluntad a quien considera líder de la estructura” y, por ende, “el delito realizado por la imputada reside en su participación como miembro de una estructura criminal destinada al tráfico</p>	<p>No se advierte justificación concreta de la afirmación del peligro para el bien jurídico, con la verificación de actos posteriores a la ejecución del tráfico ilícito o la colaboración prestada a la organización consistente en verificar la detención de personas.</p> <p>La calificación jurídica parte de la confusión de la asociación delictiva mencionada en el artículo 52 LERARD con el delito de agrupaciones ilícitas del 345</p>

Casos "eventos"	Delito preparado, propuesto, conspirado o "concertado"	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		ilícito de estupefacientes. Según esto, la imputada aumenta un peligro, en contra del bien jurídico tutelado, al formar parte de una estructura criminal, destinada a la negociación de productos ilícitos".	del Código Penal salvadoreño.
21	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la lesión al bien jurídico de salud pública. Sin embargo, no se justifica tal afirmación.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo para el bien jurídico.
22	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico, pero no se justifica tal afirmación.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo para el bien jurídico.
23	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la creación de un riesgo desmedido para el objeto de tutela, en razón de que la imputada pretendía adquirir el producto ilícito, a fin de ponerlo a disposición en porciones ante un número indeterminado de personas, con el único propósito de obtener ganancia.	Intención de ponerlo a disposición de un número indeterminado de personas.
24	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que traficar diez onzas de sustancia ilícita "crea un riesgo al bien jurídico en razón que, con el afán de obtención de lucro, se pone en riesgo la salud de un determinado grupo de personas" (2275)	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo para el bien jurídico.
25	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que pertenecer a organizaciones destinadas al tráfico ilícito incrementa el riesgo creado por el tráfico ilícito de sustancias prohibidas de manera significativa.	La pertenencia a la organización

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
			destinada al tráfico ilícito. La argumentación parte de la confusión de la asociación delictiva mencionada en el artículo 52 LERARD con el delito de agrupaciones ilícitas del 345 del Código Penal salvadoreño.
26	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la creación de un riesgo desaprobado para la salud pública “al pretender negociar a futuro un objeto ilícito. Del que, se trasladaría a un número indeterminado de consumidores, a fin de obtener de estos una ganancia ilegítima, a costa de la salud de aquellos sujetos y de la sociedad en general que sufre el menoscabo en diferentes bienes jurídicos” (2278).	Intención de ponerlo a disposición de “un número indeterminado de consumidores”.
27	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que “el riesgo a la salud pública se incrementa porque no se trata de un acto fortuito sino, de una planificación específica y detallada para consumir aquel delito” (2279).	Carácter específico y detallado de la planificación.
28	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que con las acciones realizadas se crea un riesgo desaprobado para el objeto de tutela y que este riesgo se traduce en una futura posible comercialización e introducción de productos ilícitos de productos ilícitos.	No se advierte justificación concreta de la afirmación creación de riesgo para el bien jurídico.

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
29	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que realizar el <i>iter criminis</i> de eventual delito de narcotráfico crea un peligro al bien jurídico, un peligro que, si bien lejano no desaparece el grado de peligrosidad que representa. “En definitiva, no importa la lejanía o cercanía del peligro al bien jurídico, sino la lesión al mismo. Por ende, el legislador, adelanta las barreras de punición, para evitar la creación de actividades riesgosas, independientemente de la cercanía o no al bien jurídico. Es decir, el reproche penal motivado por el acusador público no reside en la existencia del objeto prohibido o en la cercanía del peligro, sino, en la existencia misma de ese peligro. En consecuencia, lo realmente importante, es la existencia del peligro que amenaza al bien jurídico” (2280).	Se advierte un razonamiento tautológico. No expone una justificación concreta de la afirmación sobre la creación de riesgo para el bien jurídico.
30	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que se pone en peligro al bien jurídico ‘salud pública’, dada la posible afectación de la misma. No se dan razones sobre cómo se constata tal peligro.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de puesta en peligro del bien jurídico.
31	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la creación de un riesgo al bien jurídico objeto de tutela “En razón, que se pretende hacer llegar a un grupo indeterminado de personas, unos objetos que, por su naturaleza resultan ilícitos y está prohibida su circulación”. (2282).	Intención de hacerlo llegar a un grupo indeterminado de personas (finalidad).
32	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que se crea un riesgo para el objeto de tutela, “al grado, que pretende obtener los objetos prohibidos para distribuirlos entre un número indeterminado de personas” (2282).	Intención de distribuirlos entre un número indeterminado de personas.

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
33	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la puesta en peligro del bien jurídico objeto de tutela, pero no se justifica tal afirmación.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de puesta en peligro del bien jurídico
34	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma la creación de un riesgo desaprobado para el objeto de tutela, “determinando con su actividad la lesión futura de la salud pública” (2284).	No se advierte justificación concreta de la afirmación de puesta en peligro del bien jurídico.
35	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que las actividades realizadas atentan en contra de la salud pública, pues “formar parte de una organización, liderarla o realizar actos de tráfico de sustancias prohibidas cuando los fines ilegítimos de aquella organización son estos, se crea un riesgo desaprobado para el bien jurídico”. Se afirma que hablar por teléfono sobre el “objeto ilícito”, aumenta desproporcionadamente el riesgo al bien jurídico (2285).	Pertinencia a organización con fines de tráfico ilícito y hablar por teléfono sobre el objeto ilícito.
36	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma “la creación de un riesgo al bien jurídico protegido, salud pública, en razón del entorpecimiento de la investigación de tales delitos y, la eventual realización de actos tendientes al narcotráfico, así como la eliminación ilícita de otros que se dedicaban a las mismas actividades (...) el bien jurídico directamente afectado es la salud pública. Entendida esta, como el derecho al bienestar físico que los miembros de la sociedad salvadoreña deben gozar; planificar actos que vayan encaminados a menoscabar este bien jurídico, y hasta utilizando la confianza depositada por el Estado, al concederse la calidad de miembros de la organización	No se advierte justificación concreta de la afirmación de puesta en peligro del bien jurídico ‘salud pública’.

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		policial, sea como investigador, sea como jefe de unidad específica policial, que responde a una estructura criminal, el riesgo se ve claramente ampliado” (2286).	
37	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma el peligro para varios bienes jurídicos, entre ellos la Salud, por la calidad de agentes policiales de los imputados. No se precisa qué bienes jurídicos.	En razón de que los imputados laboraban como agentes policiales.
38	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma puesta en riesgo del bien jurídico protegido: salud pública, la buena fe policial y la administración de justicia, pues se pretende la implantación de delitos de narcotráfico para perjudicar a otros.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de puesta en peligro de la salud pública.
40	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma puesta en riesgo del bien jurídico ‘salud pública’ pero no se dan razones en respaldo de la afirmación.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de puesta en peligro del bien jurídico.
40	APCAD de tráfico ilícito	Se afirma que las actividades pusieron en peligro abstracto el bien jurídico tutelado ‘salud pública’, creando un riesgo no permitido por el derecho al realizar actividades dirigidas a comercializar sustancias prohibidas.	Por la finalidad de comercializar.
41	APCAD de prescripción o suministro	No se habla de tipicidad conglobante, sin embargo, se afirma que: “los imputados con su comportamiento, crearon un riesgo no aprobado para el objeto de tutela. Lográndose establecer, identidad del bien jurídico objeto de protección Salud Publica, Identidad de los sujetos activos, e identidad al momento de proceder. Según lo	No se advierte justificación concreta de la afirmación de afectación de la salud pública

Casos “eventos”	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		<p>expresa la prueba anticipada, los imputados eran conocedores de esta actividad, y actuaban con dolo directo. Es decir, conocían lo ilícito de su actuar, y, utilizaban los recursos guiando su comportamiento para verificar tal fin. No obstante, lo anterior, en razón de las consideraciones realizadas, es procedente declarar responsable a los imputados XXX, por el delito ACTOS PREPARATORIOS, PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y ASOCIACIONES DELICTIVAS, previsto y sancionado en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de LA SALUD PÚBLICA. Siendo procedente, realizar las valoraciones del resto de estadio de la teoría del delito en el presente. Pues tal como se verifico en el juicio, según la Prueba Documental, específicamente la detallada en los números 1, 2, 17, 22 y 23, el medicamento en cuestión contiene una sustancia controlada. Lo que justifica, la extensión, necesaria de recetas especiales y, la configuración de la existencia del delito. Con este tipo de actividad, se afectó la Salud Pública. La relación de causalidad en el hecho atribuido a los procesados, es posible desentrañarla, con el riesgo desaprobado por la norma, cuando los procesados voluntariamente deciden realizar actos concretos de participación en el hecho que se le atribuye. Estos actos crean una serie de riesgos desaprobados para los objetos de tutela, de tal forma que la reducción del patrimonio, la invasión ilegítima en ámbitos de libertad propios de la víctima, concretizan estas lesiones que están dentro de la protección normativa y, por ello, el resultado es imputable a los comportamientos específicos realizados por los procesados.”</p>	<p>con la recolección de recetas médicas “controladas” en blanco, para descargar medicamento controlado.</p> <p>No se explica la afirmación de reducción del patrimonio, e invasión ilegítima en ámbitos de libertad propios de la víctima.</p>

Cuadro 4: Análisis de sentencias dictadas por Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Oriental en 2017.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias 18-26-33(02-04-06)/16 y 263-45(07)/12-13.

En todo caso, como se ilustra en el cuadro *supra*, cuando se busca justificar la afirmación de “afectación”, “daño”, “riesgo” o “peligro” para el bien jurídico, se suele apelar a los siguientes aspectos: (i) intervención de varios sujetos miembros de una estructura con finalidad ilícita; (ii) contar con asesoría jurídica prestada por empleada/o judicial para buscar impunidad; (iii) financiamiento para materializar las acciones que se proponen, conspiran o conciertan; (iv) carácter transfronterizo de la actividad pretendida; (v) carácter ilícito y “dañino” del objeto; (vi) calidad de agentes policiales de los imputados o contar con su colaboración; (vii) propósito de concretizar el riesgo; (viii) intención de ponerlo a disposición de “un número indeterminado de consumidores”; y (ix) carácter detallado y específico de la planificación.

Adicionalmente, en algunos de los casos, la autoridad judicial admite que en realidad se trató de un hecho de tráfico ilícito y no de una mera preparación, proposición o conspiración; sin embargo, ante la ausencia de un decomiso de drogas se afirma la imposibilidad de condenar por tráfico ilícito y se condena por el delito de APCAD. Con ello se evidencia que el tipo penal objeto de análisis es utilizado en la práctica judicial para sancionar el tráfico ilícito cuando no se estima que no se tienen “suficientes” pruebas de la actividad de tráfico (adquisición, enajenación a cualquier título, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución, suministro venta y expendir).

La sentencia en la que se resuelve sobre 40 de los 41 “eventos” tiene una extensión de 2405 páginas; sin embargo, en un solo párrafo se intenta “justificar” la conclusión del carácter materialmente antijurídico de los comportamientos atribuidos a las 42 personas condenadas por el delito de “APCAD”. Cabe destacar que en ese mismo párrafo se justifica la conclusión de antijuridicidad material respecto de al menos 9 casos contra la Administración pública y 58 casos acusados por la Unidad Fiscal de Vida del departamento de La Unión, entre otros. Lo anterior evidencia la total

ausencia de un análisis individualizado que atienda las circunstancias de cada caso. Por otra parte, en la segunda sentencia analizada no se advierte motivación sobre el carácter materialmente antijurídico de la conducta.

Finalmente pudo advertirse que no se recurre a la aplicación de ninguna de las teorías orientadoras para el análisis de la antijuridicidad material de delitos de peligro abstracto. Esto resulta coherente con los resultados alcanzados en la dimensión teórica de este trabajo, respecto de la imposibilidad de subsanar desde la práctica judicial la incompatibilidad de la punibilidad de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad, a través de la aplicación de las teorías que han sido propuestas por la doctrina para dotar de cierta materialidad a los delitos de peligro abstracto.

b) Sentencias dictadas en 2019 (después de la declaratoria de inconstitucionalidad diferida y reforma del artículo 52 LERARD)

En el año 2019, el Juzgado Especializado de Sentencia con Competencia en la Zona Oriental dictó dos sentencias por el delito de APCAD. Una de ellas corresponde a la condena de un imputado por tres “eventos” de APCAD, mientras que la segunda “fundamenta” la condena de un tres imputados por un “evento” del mismo delito. En ese sentido, se emitió condena por un total de cuatro “eventos”, como se detalla en el siguiente cuadro:

Eventos	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
<p>Sentencia 1</p> <p>Los eventos 1, 2 y 3 corresponden a una sola sentencia y el análisis de su tipicidad se realizó de forma conjunta. Asimismo, el análisis de antijuridicidad de tales eventos se realizó de forma conjunta con otros cuatro delitos: cohecho activo, agrupaciones ilícitas, tráfico ilegal de personas y tráfico ilícito.</p>			

Eventos	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
1	APCAD de tráfico ilícito	No se habla de tipicidad conglobante, ni se menciona en el análisis de tipicidad en el caso en concreto; sin embargo, en la valoración de prueba y establecimiento de los hechos probados, cuando se hace referencia en general a los delitos imputados, se menciona el bien jurídico protegido por la norma e inmediatamente se remite a argumentar respecto de su afectación con tráfico ilícito. Finalmente pasa a reconocer que, “con diferente intensidad, las conductas crean un riesgo para el objeto de tutela”.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo o daño al bien jurídico. De forma general, para los cuatro delitos, se afirma que los comportamientos por los que se condena “lesionaron y crearon un peligro en contra de una serie de bienes jurídicos”.
2	APCAD de tráfico ilícito	No se habla de tipicidad conglobante, ni se menciona en el análisis de tipicidad en el caso en concreto; sin embargo, en la valoración de prueba y establecimiento de los hechos probados, cuando se hace referencia en general a los delitos imputados, se menciona el bien jurídico protegido por la norma e inmediatamente se remite a argumentar respecto de su afectación con tráfico ilícito. Finalmente pasa a reconocer que, “con diferente intensidad, las conductas crean un riesgo para el objeto de tutela”.	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo o daño al bien jurídico. De forma general, para los cuatro delitos, se afirma que los comportamientos por los que se condena “lesionaron y crearon un peligro en contra de una serie de bienes jurídicos”.
3	APCAD de tráfico ilícito	No se habla de tipicidad conglobante, ni se menciona en el análisis de tipicidad en el caso en concreto; sin embargo, en la valoración de prueba y establecimiento de los hechos probados, cuando se hace referencia en general a los delitos imputados, se menciona el bien jurídico protegido por la norma e inmediatamente se remite a	No se advierte justificación concreta de la afirmación de creación de riesgo o daño al bien jurídico. De forma general, para los cuatro

Eventos	Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
		argumentar respecto de la afectación del mismo con tráfico ilícito. Finalmente pasa a reconocer que, “con diferente intensidad, las conductas crean un riesgo para el objeto de tutela”.	delitos, se afirma que los comportamientos por los que se condena “lesionaron y crearon un peligro en contra de una serie de bienes jurídicos”.
Sentencia 2			
4	APCAD de tráfico ilícito	No se menciona en el análisis de tipicidad.	No se menciona en el análisis de antijuridicidad. La ausencia de causas de justificación es utilizada para afirmar tanto la antijuridicidad formal como material.

Cuadro 5: Análisis de sentencias dictadas por el Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Oriental en 2019.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias 04-07(02)/18-A y 30-33-08(06)/18/19, que integran la muestra.

2. Juzgados Especializados de Sentencia con competencia en la Zona Central.

a) Juzgado Especializado de Sentencia “A”

En el periodo de interés para la presente investigación se dictó una única sentencia de condena por el delito de APCAD. En esta, aunque se refiere al bien jurídico que la norma pretende proteger, se prescinde totalmente de cualquier análisis sobre el peligro o riesgo para el mismo. De igual forma, se omite toda referencia a la

antijuridicidad material de la conducta, limitándose a afirmar que es antijurídica por la no concurrencia de causas de justificación.

b) Juzgado Especializado de Sentencia “B”

En las tres sentencias emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” en el periodo de interés para esta investigación se advierte que, en su mayoría, los supuestos facticos por los que se condena no corresponden a meros actos preparatorios, proposición o conspiración, sino a tráfico ilícito, ya que los mismos imputados confirman –en conversaciones telefónicas– la materialización de las transacciones. Sin embargo, pese a reconocerlo, la autoridad judicial opta por condenar exclusivamente por APCAD, en razón de no haber sido capturados con droga. Asimismo, en una de las sentencias dictadas por este Juzgado se observa que el hecho acreditado y posteriormente calificado como APCAD incluye comportamientos que claramente corresponden a otros tipos penales, a saber: (i) informar a quien entregará el dinero para “colaborar” con pandilla; y (ii) conversar sobre el hallazgo de audios en teléfono celular de una víctima de homicidio que según los interlocutores confirma la traición de su parte por vender droga de “la competencia”.

En relación con la consideración del “riesgo”, “peligro” o “afectación” al bien jurídico protegido, se tiene:

Sentencia	Tipicidad	Antijuridicidad material
88-B-16/06-B-17-3	No habla de “tipicidad conglobante” pero, además de referirse al bien jurídico, apela a la <u>intención</u> de comercializar droga, siendo este un delito lesivo a la salud pública.	A pesar de referirse al análisis de antijuridicidad material, no llega ni siquiera a mencionar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en el caso en concreto.
14/28/50/75-B-164	No se hace referencia al bien jurídico en el análisis de tipicidad.	Hace el análisis de la antijuridicidad (en general) de los comportamientos típicos de tráfico

Sentencia	Tipicidad	Antijuridicidad material
		ilícito en conjunto con los típicos de APCAD; enfocándose en la justificación de la antijuridicidad de los primeros. Así, a pesar de reconocer que, aunque se trate de un delito de peligro abstracto, la conducta debe ser “capaz de crear un peligro al bien jurídico protegido”; se refiere exclusivamente al cumplimiento de este presupuesto con los actos de tráfico y omite cualquier consideración acerca del cumplimiento de tal presupuesto en cuando se trata de los hechos concretos calificados como APCAD.
79-103-B-19-7	No se hace referencia al bien jurídico en el análisis de tipicidad.	Se omite toda referencia al análisis de antijuridicidad material y se reduce la categoría de antijuridicidad a la constatación de ausencia de causas de justificación.

Cuadro 6: Análisis de sentencias dictadas por Juzgado Especializado de Sentencia “B” con competencia en la Zona Central.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias 88-B-16/06-B-17-3, 14/28/50/75-B-164 y 79-103-B-19-7, que integran la muestra.

De lo ilustrado en el cuadro puede concluirse que en general, existe una absoluta falta de uniformidad en la forma de resolver del Juzgado Especializado de Sentencia “B”, por ejemplo: en una de las sentencias se habla de la categoría de antijuridicidad material (además de considerar el peligro para el bien jurídico en la tipicidad) y en el resto no. Cabe destacar que en la única sentencia donde se aborda el peligro para el bien jurídico derivado de los APCAD, el fundamento de la afirmación del

peligro para la salud pública es la existencia de “intención” para comercializar droga que entiende como lesiva para la salud.

c) Juzgado Especializado de Sentencia “C”

Sentencia	Tipicidad	Antijuridicidad material	Determinación de la pena
24-C-2015-3/4	Si bien no se refiere a la lesión del bien jurídico como requisito de la tipicidad conglobante, si se menciona en el análisis de tipicidad.	Se afirma la antijuridicidad en general, sin referirse a la antijuridicidad material de forma específica.	“En cuanto al daño producido, se tiene que el actuar de los acusados, al conspirar o negociar la venta de cocaína, puso en peligro abstracto el bien jurídico Salud Pública, por lo que al tratarse de un bien jurídico difuso, no puede apreciarse o determinarse claramente el daño o perjuicio causado por el mismo, puesto que no se logra individualizar o concretizar el sujeto o sujetos afectados. En ese orden de ideas, respecto a la extensión del daño que provocan los delitos prescritos en la LRARD, es factible afirmar que éstos se producen en dos dimensiones: una que es de afectación social, por las consecuencias que produce en el conglomerado, cuyos efectos son de inseguridad ciudadana y alteración de la convivencia pacífica de los mismos, puesto que perjudica el sistema nervioso central del consumidor y por ende el comportamiento de éste, quien no vive aislado, sino en sociedad y a su vez altera

Sentencia	Tipicidad	Antijuridicidad material	Determinación de la pena
			<p>su relación con quienes le rodean; la otra, es de efecto concreto, es decir, se refiere al menoscabo que en la salud de una persona determinada produce la ingestión de droga; también es preciso hacer alusión al peligro cierto e inminente que el ciclo económico de la droga ilícita produce, que se cierne sobre las personas; por consiguiente en el presente caso, se afirma que no se ha determinado con la prueba aportada, el grado de efectividad del peligro provocado con la conspiración en la venta de droga, pero el mismo existe de manera abstracta”</p>
<p>1-C-2018-6</p> <p>Pese a tratarse de una sentencia de 1604 páginas, en un solo en un solo párrafo se intenta “justificar” la conclusión del carácter antijurídico de los comportamientos atribuidos a 15 imputados.</p>	<p>No se hace referencia al bien jurídico en el análisis de tipicidad.</p>	<p>Afirma que “al realizar un comportamiento constitutivo del delito de Conspiración para la realización del delito de Tráfico Ilícito, pusieron en peligro la Salud Pública, bien jurídico que, como ya se dijo, se protege a través de la penalización de la conducta referida, por tanto su conducta es calificada por el suscrito como antijurídica, es decir contraria a derecho, sin haberse comprobado en el actuar de ellos la existencia de alguna causa de justificación de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 CP, que los excluya de responsabilidad penal, ni causa de inimputabilidad”.</p>	<p>N/A</p>

Sentencia	Tipicidad	Antijuridicidad material	Determinación de la pena
43-C-2017-2	No se hace referencia al bien jurídico en el análisis de tipicidad.	Afirma que "al realizar un comportamiento constitutivo del delito de Conspiración para la realización del delito de Tráfico Ilícito, pusieron en peligro la Salud Pública, bien jurídico que, como ya se dijo, se protege a través de la penalización de la conducta referida, por tanto su conducta es calificada por el suscrito como antijurídica, es decir contraria a derecho, sin haberse comprobado en el actuar de ellos la existencia de alguna causa de justificación de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 CP, que los excluya de responsabilidad penal, ni causa de inimputabilidad".	N/A
50-C-2018-3	Aunque no aborda la lesión al bien jurídico como requisito de tipicidad conglobante, se refiere al bien jurídico protegido en el análisis de tipicidad: "El bien jurídico tutelado o protegido, por la citada norma penal, es la Salud Pública, considerada como un bien público de obligatoria protección de parte del Estado, conforme a lo prescrito en el art. 65 Cn., que resulta afectada en los supuestos de la comisión de este tipo de delitos; mismos que en doctrina son nominados 'delitos de peligro abstracto', puesto que no es posible individualizar de manera cierta a la persona que recibe el daño producido por el hecho, por ello se afirma que se trata de un bien jurídico de carácter difuso	Se afirma la antijuridicidad en general, sin referirse a la antijuridicidad material de forma específica.	El "daño" al bien jurídico se aborda en la determinación de la pena: "La extensión del daño y el peligro efectivo provocados. En el caso <i>sub júdice</i> , por tratarse de delitos de peligro abstracto, protegiendo la Salud Pública, no puede apreciarse o determinarse claramente el daño o perjuicio causado por los mismos, puesto que no se logra individualizar o concretizar el sujeto afectado. En ese orden de ideas, respecto a la extensión del daño que provocan los delitos prescritos en la LRARD, es factible afirmar que se producen en dos dimensiones: una que es de

Sentencia	Tipicidad	Antijuridicidad material	Determinación de la pena
	o supraindividual, ya que se afecta al conglomerado social en general”.		afectación social, por las consecuencias que produce en el conglomerado, cuyos efectos son de inseguridad ciudadana y alteración de la convivencia pacífica, puesto que perjudica el sistema nervioso central del consumidor y por ende el comportamiento de éste, quien no vive aislado, sino en sociedad y a su vez altera su relación con quienes le rodean; la otra es de efecto concreto, se refiere al menoscabo que en la salud de una persona determinada produce la ingestión de droga; también es preciso hacer alusión al peligro cierto e inminente que el ciclo económico de la droga ilícita produce, que se cierne sobre las personas; por consiguiente en el presente caso, se afirma que no se ha determinado con la prueba aportada, el grado de efectividad del peligro provocado por la conspiración en el tráfico de droga, pero si la puesta en peligro abstracto del mismo”.

Cuadro 7: Análisis de sentencias dictadas por Juzgado Especializado de Sentencia “C” con competencia en la Zona Central.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias 24-C-2015-3/4, 1-C-2018-6, 43-C-2017-2 y 50-C-2018-3, que integran la muestra.

...

3. Juzgado Especializado de Sentencia con competencia en la Zona Occidental.

En la única sentencia emitida por el Juzgado Especializado con competencia en la Zona Occidental en el periodo de relevancia para esta investigación, se tuvieron los siguientes hallazgos:

Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
APCAD de tráfico ilícito	Aunque no se habla específicamente de tipicidad conglobante, es en el análisis de tipicidad donde el juzgador se refiere a la lesividad para el bien jurídico y prescinde del análisis sobre la antijuridicidad material. En todo caso, cabe destacar que al respecto, el juez afirma que: “Ha de decirse que la conducta típica del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas en relación al delito de Tráfico Ilícito, tiene la característica de ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, no exigiendo el tipo un presupuesto anterior o posterior para materializarse (...) por lo cual el tipo se perfecciona con la realización de la respectiva acción, estableciéndose en los diferentes eventos acusados la fase del concierto y la decisión para ejecutar el delito de tráfico ilícito, ya que si bien es cierto es lesiva al bien jurídico Salud Pública, no requiere la producción del daño material o alguna clase de peligro; por otra parte su lesividad ha sido ponderada por el legislador, por tratarse de un comportamiento que juzga en sí mismo un peligro para el objeto de protección penal, por lo que podemos concluir que la conspiración no está penalizada en atención a un resultado material, sino que la misma es parte de los actos preparatorios que no son más que aquellos que preceden a los actos de ejecución del delito, es decir, configuran el <i>iter criminis</i> del ilícito, ya que son	Se prescinde completamente del análisis de antijuridicidad material. Se limita a afirmar que ni siquiera se alegaron causas de justificación, enlista los nombres de 80 imputados por diversos delitos y agrega que sus conductas “son antijurídicas”.

Delito preparado, propuesto, conspirado o “concertado”	Consideración del bien jurídico en el análisis de tipicidad	Fundamento de la afirmación del riesgo para el bien jurídico
	los primeros actos exteriores luego de la ideación criminal y son incalculables a priori, pues se encuentran en función del plan o modo de actuación del sujeto”.	

Cuadro 8: Análisis de sentencia dictada por el Juzgado Especializado de Sentencia de la Zona Occidental.

Fuente: Elaboración propia con base en la sentencia 53-06-2018/58-02-2018, que integra la muestra.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. CONCLUSIONES A PARTIR DE LOS RESULTADOS TEÓRICOS Y EMPÍRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Bajo el umbral del principio de lesividad en su interrelación con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, la punición de actos previos solo es admisible en supuestos excepcionales y sobre la base de criterios objetivos y concretos, tales como: (i) la importancia del bien jurídico; (ii) gravedad el ataque al mismo; y (iii) la irreparabilidad de las consecuencias que sufriría la víctima de la agresión sin el delito que se prepara llegara a concretarse³⁰⁰.

Por otra parte, las máximas mediadoras originalmente diseñadas por Feinberg para la aplicación del *Harm Principle*, podrían resultar de utilidad para la observancia del principio de lesividad a nivel legislativo, lo que supondría que se tengan en consideración las siguientes reglas: (i) mientras mayor sea la gravedad del posible daño, menos necesaria es la probabilidad de su ocurrencia para justifica la prohibición de la conducta que amenaza con producirlo; (ii) mientras mayor sea la probabilidad de daño, menos grave necesita ser el daño para justificar la coerción; (iii) mientras mayor sea la magnitud del riesgo de daño, menos razonable es la aceptación del riesgo; (iv) mientras más valioso (útil) sea la conducta peligrosa, tanto para el actor como para otros, más razonable es aceptar el riesgo de las consecuencias dañosas, y cuando se trate de conductas extremadamente valiosas será razonable correr riesgos hasta el punto en que se tenga un peligro claro y presente; y (v) mientras más razonable sea el riesgo de daño (el peligro), menos justificación existe para prohibir la conducta que lo crea³⁰¹.

300. Barber, 135-138.

301. Feinberg, *Harm to others...*, 216.

Bajo tales criterios, no supone un problema la punición de actos preparatorios de delitos de resultado lesivo de bienes jurídicos fundamentales, tales como la vida o la integridad personal de personas concretas. Sin embargo, la punición de los actos preparatorios que suponen una doble o triple anticipación de la tutela penal resulta simplemente injustificada bajo el principio de lesividad; y ese es precisamente el caso de los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el principio de lesividad no solo es un principio informador y rector de la actuación de quien legisla sino también de la actividad judicial; en el análisis de la antijuridicidad material, deben considerarse: el daño (sustancia), la cualidad del daño, la cantidad del daño (insignificancia), relación social concreta (adecuación social), así como las circunstancias de lugar, tiempo, situación, modo, etc.³⁰². En todo caso, cuando se trata de tipos penales que describen comportamientos **excesivamente** distantes de la producción efectiva de un determinado peligro, la estricta observancia de tales criterios podría llevar a una constante imposibilidad de imponer condenas por ausencia de antijuridicidad material.

Precisamente como muestra de lo anterior, la presente investigación ha permitido identificar que al aplicar el tipo penal de APCAD, los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador afirman, pero no fundamentan, el peligro para el bien jurídico tutelado en la mayoría de los casos o, incluso, renuncian por completo al análisis de la antijuridicidad material (o tipicidad conglobante). Asimismo, de acuerdo con los hallazgos a partir del análisis de las sentencias dictadas por los Juzgados Especializados de Sentencia de el Salvador entre 2016 y 2019, en ningún caso recurren a aplicar algunas de las teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material que la doctrina ha propuesto para subsanar la alegada incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad.

302. Gómez Pavajeau, 131 – 140.

No obstante, deben reconocerse los esfuerzos de algunas autoridades judiciales por tratar de proveer de cierta fundamentación a la afirmación sobre la existencia del peligro, por ejemplo, la consideración del carácter detallado y específico de la planificación o la disponibilidad de financiamiento para concretizar los actos planificados.

En todo caso, la posibilidad de justificar la sanción, no solo de comportamientos que suponen una lesión efectiva para el bien jurídico, sino también de aquellos que lo ponen en riesgo de lesión, no justifica la anticipación de las barreras de punición para sancionar un peligro de peligro abstracto para el bien jurídico, ya que de otra manera se estaría inobservando el carácter fragmentario del derecho penal.

En la práctica, el tipo penal de APCAD es utilizado para solventar las deficiencias probatorias en casos de tráfico ilícito y facilitar el trabajo de la fiscalía en la lucha contra el narcotráfico. Por ejemplo, en un alto porcentaje de los casos en los que se ha dictado condena por el delito de APCAD, las autoridades judiciales admiten que la transacción de drogas no solo se propuso, conspiró, preparó o concertó, sino que se concretó; sin embargo, ante la ausencia de incautación de droga, califican el comportamiento como APCAD en lugar de tráfico ilícito.

Asimismo, si bien la consideración de la intencionalidad del sujeto activo no es irrelevante, llama particularmente la atención que, en ocasiones, la conclusión sobre la existencia de un riesgo para el bien jurídico protegido se funde exclusivamente o en grado decisivo en la intención del sujeto activo: de traficar, de poner sustancias nocivas para la salud a disposición de un número indeterminado de personas, etc.; lo que deja en evidencia que la punibilidad de los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto se pone exitosamente al servicio de la vigencia de un derecho penal de ánimo o de voluntad.

Que a pesar de lo antes indicado, la jurisprudencia constitucional se muestre reticente a desconocer la transgresión al principio de lesividad³⁰³, no resulta realmente sorprendente; ya que en razón de la imprecisión sobre lo que puede considerarse “lesivo”, dicho principio, en lugar de constituirse como un límite es en muchos casos instrumentalizado para justificar la intervención del Derecho Penal bajo el argumento de que es necesario prevenir daños y que para tal fin, resulta conveniente la criminalizan de conductas que suponen un desencadenamiento de cursos causales de los que puede, en determinadas circunstancias, derivar un peligro para el bien jurídico, incluso si este rara vez se materializa.

B. RECOMENDACIONES A PARTIR DE LOS RESULTADOS TEÓRICOS Y EMPÍRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Sobre la base de las conclusiones anteriormente expresadas, se formulan brevemente algunas recomendaciones:

1. Fortalecer la capacidad investigativa del Ministerio Público en lugar de depender de tipos penales que suponen una excesiva anticipación de las barreras de punición con el objeto de solventar “dificultades” probatorias.
2. *Mutatis mutandis*, considerar la recepción de las máximas mediadoras formuladas por Feinberg para la aplicación del *harm principle*, como criterios orientadores para la observancia del principio de lesividad en la tarea legislativa.

303. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”. Consultado 29 de agosto, 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/3-2016.PDF> y Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Resolución de improcedencia de inconstitucionalidad: Inc. 155-2016; 23 de abril de 2018, 10:35 horas”, *resuelve* 1.

3. Capacitar a las autoridades judiciales sobre la antijuricidad material como sub-categoría de análisis dentro de la teoría del delito, así como de su necesaria comprobación en sede judicial como requisito para imponer una condena, de conformidad con el artículo 3 del Código Penal salvadoreño.
4. Precisar el criterio de la Sala de lo Constitucional salvadoreña acerca de que los actos preparatorios, proposición y conspiración puede ser pueden ser punibles de manera excepcional; haciendo los correspondientes matices entre los actos preparatorios de delitos de resultado lesivo o de peligro concreto y los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto.
5. Derogar el artículo 52 de la LERARD como ha sido propuesto en el artículo “Principio de lesividad y el delito de “actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas” en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador”, elaborado en el marco de la presente investigación³⁰⁴.

304. Lady Carolina Guzmán Marengo, “Principio de lesividad y el delito de “actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas” en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 11 (San José, Costa Rica, 2019), Consultado 8 de junio, 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, (Barcelona, España: Atelier, 2003).

Ambos, Kai. “Bien Jurídico y Harm Principle; Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional”, en *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2013)

Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal: parte general* (Santa Fe de Bogotá, Colombia: TEMIS S.A., 1996).

Bages Santacana, Joaquim. *Principio de Lesividad en los delitos de Peligro Abstracto* (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018).

Soledad Barber Borusco, *Los actos preparatorios del delito: Conspiración, Proposición y Provocación*, (Granada, España: Comares, 2004).

Barreto Ardilla, Hernando y Blanca Nélide Barreto Ardilla, *Principios de Derecho Penal: Límites a las funciones legislativas y judicial*, 2da ed., (Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997).

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Ana Isabel Pérez Cepeda y Laura Zúñiga Rodríguez. *Lecciones de Derecho Penal: Introducción al Derecho Penal* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016).

Campo Moreno, Juan Carlos. *Los actos preparatorios punibles*, (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2000).

Casas Hervilla, Jordi. "El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción" (Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona, s.f.)

Castillo González, Francisco. *El bien jurídico penalmente protegido* 1. ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008).

Chinchilla Calderón, Rosaura y Rosaura García Aguilar, *En los linderos del *Ius Puniendi**. (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2005).

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999).

Cornejo, Abel. *Teoría de la Insignificancia*, 1ª ed. (Buenos Aires, Argentina: AD-HOC –S.R.L., 1997).

Crespo, Eduardo Demetrio, Rosario de Vicente Martínez y Nuria Matellanes Rodríguez, *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental: 2016).

Eser, Albin. *The principle of "harm" in the crime concept: A comparative analysis of the criminality protected legal interests* (Thesis for the degree of Master of Comparative Jurisprudence, New York University, 1962).

Espinosa Leal, Idalia Patricia. "Evolución Histórica de la teoría del bien jurídico penal" en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, vol. 19 (Nuevo Leon, México, 2022).

Feinberg, Joel. *The moral limits of the criminal law: Offense to others*, vol. 2 (Nueva York, Estados Unidos: Oxford Univ. Pr., 1985).

Feinberg, Joel. *The moral limits of the criminal law: Harm to others*, vol. 1. (New York, United States: Oxford Univ. Pr., 1984).

Feinberg, Joel. *The moral limits of the criminal law: Harmless wrongdoing*, vol. 4 (Nueva York, Estados Unidos: Oxford Univ, 1990).

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (Madrid, España: Editorial Trotta, 2000).

Franz Birnbaum, Johann Michael. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (Montevideo – Buenos Aires, Uruguay - Argentina: B de F Ltda – Euros Editores S.R.L., 2010).

Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal: Parte general*. Tomo II (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005).

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *El principio de la antijuridicidad material: regulación y aplicación* 3ª ed. 1ª reimp. (Medellín, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003).

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *El principio de la antijuridicidad material: fundamentos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales*, 8ª ed. (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2020)

Guzman Marengo, Lady Carolina. “Principio de lesividad y el delito de “actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas” en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador” en

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 11 (San José, Costa Rica, 2019).

Hassemer, Winfried. “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en Varios Autores, *Pena y Estado*, trad. Elena Larrauri (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1995).

Hassemer, Winfried. *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, trad. Francisco Muñoz Conde (España: DOXA, 1990).

Madrugal Navarro, Javier. “*Delitos de peligro abstracto: Fundamento, crítica y configuración normativa*”, *Revista Judicial* N° 115 (San José, Costa Rica, marzo 2015).

Mendoza Buergo, Blanca. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo* (Madrid, España: CIVITAS, 2001).

Mendoza Buergo, Blanca. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos abstracto* (Granada, España: Editorial Comares, 2001).

Mill, John Stuart. *On liberty*, Reimp. (Maryland, Usa: Wildside Press, 2008).

Mir Puig, Santiago. “Legal goods protected by the law and legal goods protected by the criminal law as limits to the state’s power to criminalize conduct” en *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 11, No. 3 (Summer 2008).

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general* (Barcelona, España: Reppertor, 2006).

- Miró Llinares, Fernando. “La Criminalización de conductas ‘ofensivas’: A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho Penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17 – 23 (s.l., 2015).
- Niño, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*, 1ª ed. (Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 2006).
- Persäk, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, 1ª ed. (New York, United States: Springer, 2007).
- Piña Rochefort, Juan Ignacio. *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009).
- Ramsay, Peter. “Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom” en *The Structures of the Criminal Law* (Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 2011).
- Rebollo Vargas, Rafael. *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal: la exteriorización de la voluntad delictiva* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 1997).
- Rodríguez Montañés, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Madrid, España: Centro de Estudios Judiciales, 1994).
- Sánchez García de Paz, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Salamanca, España: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999).
- Tocora, Fernando. *Principios Penales Sustantivos*, (Bogotá. Colombia: Editorial Temis, 2002).

Vargas Pinto, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente irrelevante* (Santiago de Chile: ARANZADI, 2007).

Varona Martínez, Gema. “Evolución jurisprudencial en la interpretación de los diversos elementos integrantes de los principales tipos delictivos aplicados respecto del terrorismo de ETA” en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigido por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri. (Donostia-San Sebastián, España: Instituto Vasco de Criminología, 2009).

Von Hirsch, Andrew. “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputations” en *Harm and Culpability*, editado por A.P. Simester y A.T.H. Smith (Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 1996).

Welzel, Hans. *Derecho Penal: Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra (Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor, 1956).

Wilson, William. *Central issues in criminal theory* (Oxford, England: Hart, 2002).

Jurisprudencia nacional

Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel, “Sentencia de Primera Instancia: referencia 18-26-33(02-04-06)16; el 9 de octubre de 2008, a las 8:30 horas”.

Tribunal de Sentencia de Chalatenango, “Sentencia de Primera Instancia: P0901-27-2008, 17 de abril 2008, 8:45 horas”.

Cámara Especializada de lo Penal, “Resolución de recurso de apelación contra autos: 402-APE-2014; 24 de marzo 2015”.

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. “Sentencia de Casación: 421-CAS-2004; 14 de diciembre, 2004, 10 horas”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Habeas Corpus 250-2009/252-2009; 11 de noviembre de 2011, 12:08 horas”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Resolución de improcedencia de inconstitucionalidad: Inc. 155-2016; 23 de abril de 2018, 10:35 horas”, *resuelve* 1.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de Inconstitucionalidad 54-2005; 5 de octubre de 2011, 8:20 horas”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007; 16 de noviembre de 2012, 9 horas”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007; 24 de agosto 2015, 15:22 horas”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 6-2009; 19 de diciembre 2012, 16 horas.

Jurisprudencia extranjera

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial San José. Goicoechea, “Voto Salvado del Dr. Llobet: en voto N° 2002-1021; 19 de diciembre de 2002, 11 horas. Boletín Jurisprudencial No. 16 -03.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

TEDH, Caso Salabiaku Vs. Francia, petición no. 10519/83, Sentencia del 7 de octubre de 1988, consultado 9 de marzo de 2020, <http://echr.ketse.com/doc/10519.83-en-19881007/view/>

Fuentes legislativas

Asamblea Legislativa, “Decreto Legislativo N° 153: Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 2 de octubre, 2003”, Diario Oficial, No. 208, tomo 361 (7 de noviembre, 2003).

Asamblea Legislativa, “Decreto Legislativo n° 728: Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; de 5 marzo de 1991”, *Diario Oficial*, No. 52, tomo 310 (15 de marzo, 1991).

Asamblea Legislativa, “Pieza de correspondencia: Propuesta de reforma al inciso primero del artículo 52 LERARD, 17 de julio de 2018”, recibida en el Pleno Legislativo y leída el 20 de julio, 2018.

Asamblea Legislativa de El Salvador, “Expediente No 192-7-2018-1: Iniciativa de varios diputados, en el sentido se reforme la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; Decreto legislativo No. 78”, 20 -25 de julio de 2018.

Asamblea Legislativa, “Decreto No. 78: Reformas a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 24 de agosto de 2018”, *Diario Oficial*, Tomo 420, Número 156 de fecha 24 de agosto 2018.

Asamblea Legislativa, “Decreto No. 338: Reformas a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 30 de marzo de 2022”, *Diario Oficial*, Tomo 434, Número 65 de fecha 30 de marzo 2022.

ANEXO I: Cuadro de identificación y operacionalización de variables de objetivos específicos de dimensión práctica.

Objetivo específico 1 (Dimensión práctica):	Variable	Definición conceptual	Dimensión	Definición operacional	Definición instrumental
<p>Describir qué aspectos son tomados en cuenta por los Juzgados Especializados de Sentencia, en el análisis de <u>antijuridicidad material</u> de las <u>conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas</u> establecido en la LERARD</p>	<p>1) Análisis de antijuridicidad material</p>	<p>Análisis de circunstancias, indicios o aspectos que permitan corroborar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal.</p>	<p>a) Fundamento para afirmar la contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico.</p>	<p>- Datos o circunstancias que revelan lesión del bien jurídico protegido.</p> <p>- Datos o circunstancias que revelan puesta en peligro del bien jurídico protegido.</p> <p>- Características de la conducta en el caso particular, consideradas como indicio de lesión del bien jurídico protegido.</p> <p>- Características de conducta en el caso particular, consideradas como indicio de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.</p>	<p>Guía de análisis de sentencias judiciales:</p> <p>- Afirmación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.</p> <p>- Fundamentación de la afirmación de lesión del bien jurídico protegido.</p> <p>- Indicación expresa de los datos, circunstancias o características de la conducta en el caso particular, considerados como indicios para afirmar de lesión o puesta en peligro del bien jurídico.</p>
	<p>2) Conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas</p>	<p>a) Conductas consideradas "(...) actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en [la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador], la proposición, conspiración con el mismo fin, o el (...) conc[ertar] con una o más personas, realizar una</p>	<p>b) Hechos calificados jurídicamente como APCAD.</p>	<p>a) Conductas consideradas como actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <p>b) Conductas consideradas</p>	<p>Guía de análisis de sentencias judiciales:</p> <p>- Hechos (relato factico) considerados como típicos.</p> <p>- Delito/s preparados,</p>

		conducta sancionada como delito; o [el] reali[zar] sola o con la ayuda de otra persona, por lo menos un acto de cumplimiento del objetivo convenido, independientemente de que ese acto sea por lo demás lícito en sí mismo, sin necesidad de que exista un acuerdo formal”		<p>como Proposición, para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <p>c) Conductas consideradas como Conspiración para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <p>d) Conductas consideradas como Asociación Delictiva (concierto con una o más personas) para cometer cualquiera de los delitos tipificados en LERARD.</p>	<p>propuestos, conspirados o concertados.</p> <p>- Consideración del bien jurídico protegido en el análisis de tipicidad (tipicidad conglobante).</p> <p>Nota: El análisis sobre los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal excede los intereses de la presente investigación. En esa línea, solo interesa conocer cuáles son los hechos que en la sentencia se han considerado típicos, sin juzgar tal consideración.</p>
Objetivo específico 2 (Dimensión práctica):	Variable	Definición conceptual	Dimensión	Definición operacional	Definición instrumental
Identificar qué <u>teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material en delitos de peligro abstracto</u> son aplicadas por los Juzgados Especializados de Sentencia, en el	1) Teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material en delitos de peligro abstracto.	Propuestas doctrinarias sobre aspectos a considerar para afirmar el peligro para el bien jurídico protegido, que son aplicadas en el análisis de antijuridicidad material de la conducta.	a) Teorías sobre la forma de corroborar el peligro para bienes jurídicos.	<p>-Teoría de la prueba negativa.</p> <p>-Teoría de la prueba positiva para la constatación de aptitud e idoneidad.</p> <p>-Teoría de la incontrolabilidad.</p>	<p>Guía de análisis de sentencias judiciales:</p> <p>-Afirmación de puesta en peligro del bien jurídico, basada en la ausencia de pruebas que</p>

<p><u>análisis de antijuridicidad material de conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas,</u> establecido en la LERARD.</p>					<p>acrediten la falta de puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa).</p> <p>-Afirmación de puesta en peligro del bien jurídico, basada en elementos probatorios que demuestran la concreta aptitud o idoneidad de la conducta para ello.</p> <p>-Afirmación de la puesta en peligro del bien jurídico, basada en la comprobación de la pérdida del dominio de la situación concreta de un modo relevante para el bien jurídico-penal, donde el comportamiento peligroso puede alcanzar a cualquiera que se le acerque (ej. difusión incontrolada de drogas).</p>
	<p>2) Análisis de antijuridicidad material de conductas consideradas típicas del delito de APCAD.</p>	<p>Análisis de circunstancias o aspectos que sirven como indicios para corroborar el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal de APCAD, como fundamento para afirmar la contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico.</p>	<p>b)Fundamento para afirmar la contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico</p>	<p>- Puesta en peligro de la Salud Pública, como bien jurídico protegido.</p> <p>-Aptitud o idoneidad de la conducta para generar una situación de riesgo para la Salud Pública como bien jurídico protegido.</p>	<p>Guía de análisis de sentencias judiciales:</p> <p>- Afirmación de la puesta en peligro de la Salud Pública, como bien jurídico protegido.</p>

				<p>-Puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, distinto a la Salud Pública.</p> <p>-Datos o circunstancias que revelan puesta en peligro del bien jurídico protegido.</p> <p>-Características de conducta en el caso particular, consideradas como indicio de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.</p>	<p>-Afirmación de la aptitud o idoneidad de la conducta para generar una situación de riesgo para la Salud Pública como bien jurídico protegido.</p> <p>-Afirmación de la puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, distinto a la Salud Pública.</p> <p>-Indicación expresa de datos, circunstancias o características de la conducta en el caso particular, considerados como indicios para afirmar la puesta en peligro de la Salud Pública u otro bien jurídico protegido por el ordenamiento.</p>
Objetivo específico 3 (Dimensión práctica):	Variable	Definición conceptual	Dimensión	Definición operacional	Definición instrumental
<p>Contrastar los <u>presupuestos orientadores del análisis de antijuridicidad material derivables del Principio de Lesividad</u> con el</p>	<p>1) Presupuestos orientadores del análisis de antijuridicidad material derivables del Principio de Lesividad.</p>	<p>Condiciones que han de corroborarse para afirmar que una conducta es materialmente antijurídica, de conformidad con las implicaciones que derivan del Principio de Lesividad, entendido como uno de los principios de racionalidad del</p>	<p>a) Implicaciones del Principio de Lesividad en el análisis de antijuridicidad material.</p>	<p>- El Derecho Penal solo debe intervenir si existe lesión o peligro para determinados bienes jurídicos. Por ende, debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias</p>	<p>Nota: Se trabajará con insumos obtenidos con la realización del objetivo específico 2 de la dimensión teórica, por medio de la aplicación de los siguientes</p>

<p><u>análisis de antijuridicidad material de conductas consideradas típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas,</u> realizado por los Juzgados Especializados de Sentencia de El Salvador al emitir condenas.</p>	<p>Nota: Relacionado con el objetivo específico 2 de la dimensión teórica. En esa línea, la realización del objetivo específico 2 de la dimensión teórica proporcionará los insumos para contrastar la práctica judicial, en los términos pretendidos por el presente objetivo.</p>	<p>Derecho Penal, según el cual este solo debe intervenir cuando exista una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos.</p>		<p>específicas, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El Derecho Penal solo debe intervenir si existe lesión o peligro para determinados bienes jurídicos. Por ende, el Ministerio Público debe demostrar la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, aportando evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyan como indicios de ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - El Derecho Penal solo debe intervenir si existe lesión o peligro para determinados bienes jurídicos. Por ende, debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - No se tendrá por corroborada la antijuridicidad material de la conducta si existe prueba de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa). 	<p>instrumentos:</p> <p>Ficha de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos del autor - Datos de la fuente - Páginas de donde se toma la información - Tema - Contenido (útil para la investigación) <p>Matriz de sistematización de contenidos de fichas de trabajo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, el Ministerio Público debe demostrar la
--	--	---	--	--	--

					<p>lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, aportando evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyan como indicios de ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que no se tendrá por corroborada la antijuridicidad material de la conducta si existe prueba de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa).</p>
--	--	--	--	--	--

	<p>2) Análisis de antijuridicidad material de conductas consideradas típicas del delito de APCAD, realizado por JES al condenar.</p>	<p>Circunstancias o aspectos considerados como indicios por JES para afirmar el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal de APCAD, como fundamento para concluir que la conducta es materialmente antijurídica.</p>	<p>b) Fundamento de la conclusión sobre el carácter materialmente antijurídico de la conducta.</p>	<p>- Afirmación de antijuridicidad material sin fundamento.</p> <p>- Afirmación del peligro para la Salud Pública u otro bien jurídico:</p> <p>-Afirmación de la aptitud o idoneidad de la conducta para generar una situación de riesgo para la Salud Publica como bien jurídico protegido.</p>	<p>Guía de análisis de sentencias judiciales:</p> <p>- Afirmación de la antijuridicidad material sin fundamento.</p> <p>- Afirmación de la antijuridicidad material fundamentada en:</p> <p>a) Afirmación del peligro para la Salud Publica como bien jurídico protegido.</p> <p>b) Afirmación de la puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, distinto a la Salud Publica.</p> <p>c) Afirmación de la aptitud o idoneidad de la conducta para generar una situación de riesgo para la Salud Publica como bien jurídico protegido.</p> <p>- Fundamento de la afirmación del peligro para el bien jurídico:</p> <p>a) Peligro para el bien jurídico protegido determinado a partir</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>de datos y circunstancias específicas.</p> <p>b) Demostración del peligro para el bien jurídico protegido por parte del Ministerio Público, con el aporte de evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyeron como indicios de ello.</p> <p>c) Corroboración del peligro para el bien jurídico protegido, determinado a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello.</p> <p>d) Consideración ex ante del legislador sobre la aptitud e idoneidad de la conducta para poner en peligro o lesionar el bien jurídico, sin corroborar la puesta en peligro del bien jurídico en el caso concreto.</p> <p>Matriz comparativa del análisis de antijuridicidad material realizado por JES con los presupuestos derivables del Principio de Lesividad.</p>
--	--	--	--	--	--

					<ul style="list-style-type: none">- Corroboración del peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas, como fundamento de la conclusión judicial sobre la antijuridicidad material de la conducta. - Demostración del peligro para el bien jurídico protegido por parte del Ministerio Público, con el aporte de evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyeron como indicios de ello, como fundamento de la conclusión judicial sobre la antijuridicidad material de la conducta. - Corroboración del peligro para el bien jurídico protegido, determinado a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, como fundamento de la conclusión judicial sobre la
--	--	--	--	--	---

					<p>antijuridicidad material de la conducta.</p> <p>- A pesar de las implicaciones del Principio de Lesividad para el análisis de antijuridicidad material, jueces y juezas omiten corroborar el peligro al bien jurídico protegido en el caso concreto, en razón de estimar que basta la consideración ex ante del legislador sobre la aptitud e idoneidad de la conducta para poner en peligro o lesionar el bien jurídico.</p>
--	--	--	--	--	--

ANEXO II: Cuadro de identificación y operacionalización de variables objetivo específico de la dimensión teórica.

Objetivo específico 1	Variable	Definición conceptual	Dimensión	Definición operacional	Definición instrumental
<p>Describir el desarrollo <u>dogmático</u> y en la <u>jurisprudencia</u> (principalmente salvadoreña) sobre los <u>delitos de peligro abstracto</u>, la punibilidad de sus <u>actos preparatorios</u>, <u>proposición</u> y <u>conspiración</u>, y su compatibilidad con el <u>principio de lesividad</u>.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1) Desarrollo dogmático sobre delitos de peligro abstracto 2) Jurisprudencia sobre delitos de peligro abstracto 3) Desarrollo dogmático sobre la punibilidad de Actos preparatorios, proposición y conspiración 4) Jurisprudencia sobre la punibilidad de actos preparatorios, 5) Proposición 6) Desarrollo dogmático sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad 7) Jurisprudencia sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad 8) Desarrollo dogmático sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el Principio de Lesividad. 9) Jurisprudencia sobre la 	<p>a) Desarrollo dogmático sobre delitos de peligro abstracto: Resultado del estudio dogmático sobre delitos que no requieren de un resultado lesivo ni una concreta puesta en peligro de los bienes jurídicos para su configuración. La dogmática, es concebida como un método de estudio e investigación jurídica, cuyo objeto de estudio es la norma, dando como resultado teorías, doctrinas, enunciados y axiomas sobre el derecho positivo.</p>	<p>a) Teorías sobre delitos de peligro abstracto</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tesis que afirman la ilegitimidad de la técnica legislativa de peligro abstracto. - Tesis que afirman la legítimidad de la técnica legislativa de peligro abstracto. - Tesis que afirman que es posible compatibilizar la técnica de peligro abstracto con principios fundamentales para la racionalidad del derecho penal. 	<p>Fichas bibliográficas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman la ilegitimidad de la técnica legislativa de peligro abstracto. - Autores que afirman la legítimidad de la técnica legislativa de peligro abstracto. - Autores que afirman que es posible compatibilizar la técnica de peligro abstracto con principios fundamentales para la racionalidad del derecho penal.

	<p>compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad.</p>	<p>b) Jurisprudencia sobre delitos de peligro abstracto. Conjunto de sentencias emitidas por órganos judiciales donde se pronuncian sobre delitos que no requieren de un resultado lesivo ni de una concreta puesta en peligro de los bienes jurídicos para su configuración.</p>	<p>b) Sentencias judiciales sobre delitos de peligro abstracto</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre delitos de peligro abstracto. - Sentencias penales con pronunciamientos sobre delitos de peligro abstracto 	<p>Fichas de jurisprudencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre delitos de peligro abstracto. - Contenido de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre delitos de peligro abstracto. - Datos de sentencias penales con pronunciamientos sobre delitos de peligro abstracto. - Contenido de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre delitos de peligro abstracto. <p>Matriz de sistematización de criterios jurisprudenciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia que afirma ilegitimidad de la técnica legislativa de peligro abstracto. - Jurisprudencia que afirman legitimidad de la técnica legislativa de peligro abstracto. - Jurisprudencia que afirma que es posible compatibilizar la técnica de peligro abstracto con principios fundamentales para la racionalidad del derecho penal.
--	---	---	---	--	--

		<p>c) Desarrollo dogmático sobre la punibilidad de Actos preparatorios, proposición y conspiración: Resultado del estudio dogmático sobre la punibilidad de comportamientos que establecen las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, que al menos sobrepasan la mera planificación interna del hecho y sin haberse dado comienzo a la inmediata ejecución típica de la voluntad criminal.¹ Asimismo, sobre la punibilidad de la proposición y conspiración. La primera, consistente en “(...) la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una ayuda o colaboración para la material realización y a tal fin invita a otras personas en la</p>	<p>c) Posiciones doctrinarias sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tesis que afirman la ilegitimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración. - Tesis que afirman la legítimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración. 	<p>Fichas bibliográficas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman la ilegitimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración. - Autores que afirman la legítimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración. - Autores que establecen diferencias entre los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de lesión y aquellos para cometer delitos de peligro concreto y abstracto.
--	--	--	---	---	--

¹. María Isabel Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Salamanca, España: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999), 57.

		plasmación del proyecto”, ² y la segunda, que se constituye “(...) cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, sin que sea necesario que se llegue a la ejecución material, siquiera mínima, del delito”. ³			
		<p>d) Jurisprudencia sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración: Conjunto de sentencias emitidas por órganos judiciales donde se pronuncian sobre la punibilidad de comportamientos que establecen las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, que al menos sobrepasan la mera planificación interna del hecho y sin haberse dado comienzo a la inmediata ejecución</p>	<p>d) Sentencias judiciales sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración. - Sentencias penales con pronunciamientos sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración. 	<p>Fichas de jurisprudencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración. - Contenido de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración. - Datos de sentencias penales con pronunciamientos sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración.

². Rosario de Vicente Martínez, “Tipos de autoría y tipos de participación”, en *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental: 2016), 322.

³. *Ibíd.* 320.

		<p>típica de la voluntad criminal.⁴ Asimismo, sobre la punibilidad de la proposición y conspiración. La primera, consistente en "(...) la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una ayuda o colaboración para la material realización y a tal fin invita a otras personas en la plasmación del proyecto",⁵ y la segunda, que se constituye: "(...) cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, sin que sea necesario que se llegue a la ejecución material, siquiera mínima, del delito".⁶</p>			<p>- Contenido de sentencias penales con pronunciamientos sobre la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración.</p> <p>Matriz de sistematización de criterios jurisprudenciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia que afirma la ilegitimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración. - Jurisprudencia que afirma la legitimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración. - Jurisprudencia que afirma la legitimidad de punir solo los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de lesión (que suponen lesión para el bien jurídico). - Jurisprudencia que
--	--	--	--	--	---

⁴. María Isabel Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Salamanca, España: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999), 57.

⁵. Rosario de Vicente Martínez, "Tipos de autoría y tipos de participación", en *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental: 2016), 322.

⁶. *Ibíd.* 320.

					<p>afirma la legitimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro concreto.</p> <ul style="list-style-type: none">- Jurisprudencia que afirma la legitimidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro abstracto.
--	--	--	--	--	--

		<p>e) Desarrollo dogmático sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad:</p> <p>Resultado del estudio dogmático sobre la compatibilidad del empleo de la técnica legislativa de peligro abstracto para la tipificación de conductas delictivas, con el Principio de Lesividad, entendido como uno de los principios de racionalidad del Derecho Penal, según el cual este solo debe intervenir cuando exista una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos.</p>	<p>e) Posiciones doctrinarias sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tesis que afirman la incompatibilidad de la técnica legislativa de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. - Tesis que afirman la compatibilidad de la técnica legislativa de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. - Tesis que afirman que es posible compatibilizar la técnica de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. 	<p>Fichas bibliográficas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman la incompatibilidad de la técnica legislativa de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. - Autores que afirman la compatibilidad de la técnica legislativa de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. - Autores que afirman que es posible compatibilizar la técnica de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.
		<p>f) Jurisprudencia sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad:</p>	<p>f) Sentencias judiciales sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. - Sentencias penales con pronunciamientos la compatibilidad de los 	<p>Fichas de jurisprudencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad. - Contenido de sentencias constitucionales con

				<p>delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.</p>	<p>pronunciamientos sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.</p> <p>-Datos de sentencias penales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.</p> <p>- Contenido de sentencias penales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el Principio de Lesividad.</p> <p>Matriz de sistematización de criterios jurisprudenciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia que afirma la incompatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el Principio de Lesividad. - Jurisprudencia que afirma la compatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el Principio de Lesividad. - Jurisprudencia que afirma la compatibilidad con el
--	--	--	--	--	--

					<p>Principio de Lesividad, solo cuando se trata de punir solo los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de lesión (que suponen lesión para el bien jurídico).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia que afirma la compatibilidad con el Principio de Lesividad cuando se trata de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro concreto. - Jurisprudencia que afirma la compatibilidad con el principio de lesividad cuando se trata de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro abstracto.
		<p>g) Desarrollo dogmático sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el</p>	<p>g) Posiciones doctrinarias sobre la compatibilidad de punición de los actos preparatorios,</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tesis que afirman la incompatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y 	<p>Fichas bibliográficas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman la incompatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el

		principio de lesividad:	proposición y conspiración, con el Principio de Lesividad.	<p>conspiración, con el Principio de Lesividad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tesis que afirman la compatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el Principio de Lesividad. - Tesis que afirman la compatibilidad con el Principio de Lesividad, solo cuando se trata de punir solo los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de lesión (que suponen lesión para el bien jurídico). - Tesis que afirman la compatibilidad con el Principio de Lesividad cuando se trata de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro 	<p>Principio de Lesividad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman la compatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el Principio de Lesividad. - Autores que afirman la compatibilidad con el Principio de Lesividad, solo cuando se trata de punir solo los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de lesión (que suponen lesión para el bien jurídico). - Autores que afirman la compatibilidad con el Principio de Lesividad cuando se trata de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro concreto. - Autores que afirman la compatibilidad con el principio de lesividad cuando se trata de punir los
--	--	--------------------------------	---	--	---

				<p>concreto.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tesis que afirman la compatibilidad con el principio de lesividad cuando se trata de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro abstracto. 	<p>actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro abstracto.</p>
		<p>h) Jurisprudencia sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad:</p> <p>Conjunto de sentencias emitidas por órganos judiciales donde se pronuncian sobre la punibilidad de comportamientos que establecen las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, que al menos sobrepasen la mera planificación interna del hecho y sin haberse dado comienzo a la inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, y su</p>	<p>f) Sentencias judiciales sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración con el principio de lesividad</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. - Sentencias penales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. 	<p>Fichas de jurisprudencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. - Contenido de sentencias constitucionales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. - Datos de sentencias penales con pronunciamientos sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. - Contenido de sentencias penales con pronunciamientos

		<p><u>compatibilidad con el Principio de Lesividad.</u> Asimismo, sobre la <u>compatibilidad</u> de punir la proposición y conspiración, <u>con el principio de lesividad</u>, entendiendo la proposición como "(...) la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una ayuda o colaboración para la material realización y a tal fin invita a otras personas en la plasmación del proyecto", y la conspiración como aquella que se constituye: "(...) cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, sin que sea necesario que se llegue a la ejecución material, siquiera mínima, del delito".</p>			<p>sobre la compatibilidad de la punición de los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad.</p> <p>Matriz de sistematización de criterios jurisprudenciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia que afirma la incompatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. - Jurisprudencia que afirma la compatibilidad de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración, con el principio de lesividad. - Jurisprudencia que afirma la compatibilidad con el principio de lesividad, solo cuando se trate de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de lesión (que suponen lesión para el bien jurídico). - Jurisprudencia que afirma la
--	--	--	--	--	--

					<p>compatibilidad con el principio de lesividad, cuando se trate de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro concreto.</p> <p>- Jurisprudencia que afirma la compatibilidad con el principio de lesividad, cuando se trate de punir los actos preparatorios, proposición y conspiración para cometer delitos de peligro abstracto</p>
Objetivo específico 2.	Variable	Definición conceptual	Dimensión	Definición operacional	Definición instrumental
<p>Enlistar los <u>presupuestos orientadores del análisis de antijuridicidad material</u> derivables del <u>Principio de Lesividad.</u></p>	<p>1) Presupuestos orientadores del análisis de antijuridicidad material</p>	<p>Directrices sobre las condiciones que han de corroborarse para poder afirmar válidamente que una conducta es materialmente antijurídica.</p>	<p>a) Directrices para análisis de antijuridicidad material.</p>	<p>-Debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>-El Ministerio Público debe demostrar la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, aportando evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyan como indicios de ello, para poder</p>	<p>Ficha de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos del autor - Datos de la fuente - Páginas de donde se toma la información - Tema - Contenido (útil para la investigación) <p>Matriz de sistematización de contenidos de fichas de trabajo:</p> <p>(criterios)</p> <p>-Autores que afirman que debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas,</p>

				<p>afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - No se tendrá por corroborada la antijuridicidad material de la conducta si existe prueba de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa). 	<p>para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <ul style="list-style-type: none"> -Autores que afirman que el Ministerio Público debe demostrar la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, aportando evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyan como indicios de ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - Autores que afirman que debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - Autores que afirman que no se tendrá por corroborada la antijuridicidad material si existe prueba de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa). - basta la consideración ex ante del legislador sobre la aptitud e idoneidad de la conducta para poner en peligro o lesionar el bien jurídico, eximiendo a los jueces y juezas de su corroboración en el caso concreto para afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.
--	--	--	--	---	---

					- Autores que afirman otros presupuestos.
	2) Principio de Lesividad.	Uno de los principios de racionalidad del Derecho Penal, según el cual este solo debe intervenir cuando exista una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos	b) Implicaciones del Principio de Lesividad.	<ul style="list-style-type: none"> - Axioma: No hay delito sin lesión. - El Derecho Penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o peligro para concretos bienes jurídicos. - Solo debe intervenir ante los ataques más graves a los bienes jurídicos que protege, debido a la vinculación entre el principio de lesividad y el carácter fragmentario del Derecho Penal. - El Principio de Lesividad tiene implicaciones para el análisis de antijurídica material. 	<p>Ficha de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos del autor - Datos de la fuente - Páginas de donde se toma la información - Tema - Contenido (útil para la investigación) <p>Matriz de sistematización de contenidos de fichas de trabajo:</p> <p>(criterios)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman que no hay delito sin lesión. - Autores que afirman que el Derecho Penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o peligro para concretos bienes jurídicos. - Autores que afirman que el Derecho Penal solo debe intervenir ante los ataques más graves a los bienes jurídicos que protege, debido a la vinculación entre el principio de lesividad y el carácter fragmentario del Derecho Penal. - Autores que afirman que en razón del Principio de

					<p>Lesividad, debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, el Ministerio Público debe demostrar la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, aportando evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyan como indicios de ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, debe corroborarse la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, no se tendrá por corroborada la antijuridicidad material de la conducta si existe prueba de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa).</p>
--	--	--	--	--	--

Objetivo específico 3	Variable	Definición conceptual	Dimensión	Definición operacional	Definición instrumental
<p>Indagar cuál o cuáles teorías pueden orientar el análisis de antijuridicidad material cuando se trata del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas tipificado en la LERARD de manera que sea compatible con el Principio de Lesividad.</p>	<p>1) teorías orientadoras del análisis de antijuridicidad material</p>	<p>Propuestas doctrinarias sobre aspectos a considerar para afirmar el peligro para el bien jurídico protegido.</p>	<p>a) Teorías sobre la forma de corroborar el peligro para bienes jurídicos.</p>	<p>-Teoría de la prueba negativa. -Teoría de la prueba positiva para la constatación de aptitud e idoneidad. -Teoría de la incontrolabilidad. -Otras.</p>	<p>-Otras implicaciones del Principio de Lesividad.</p> <p>Ficha de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos del autor - Datos de la fuente - Páginas de donde se toma la información - Tema - Contenido (útil para la investigación) <p>Matriz de sistematización de contenidos de fichas de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, debe corroborarse el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica. - Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, el Ministerio Público debe demostrar el peligro para el bien jurídico protegido, aportando evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyan como indicios de ello, para poder afirmar que la

					<p>conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que en razón del Principio de Lesividad, debe corroborarse el peligro para el bien jurídico protegido, a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello, para poder afirmar que la conducta es materialmente antijurídica.</p> <p>- Autores que afirman que no se tendrá por corroborada la antijuridicidad material de la conducta si existe prueba de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa).</p> <p>-Otros.</p>
	<p>1) Conductas calificadas como típicas del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas</p>	<p>a) “Los actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en [la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador], la proposición, conspiración con el mismo fin, o el que concertare con una o más personas, realizar una conducta</p>	<p>Configuración del tipo penal</p>	<p>a) Conductas consideradas como actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <p>b) Conductas consideradas como Proposición, para cometer</p>	<p>Ficha de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Datos del autor - Datos de la fuente - Páginas de donde se toma la información - Tema - Contenido (útil para la investigación) <p>Fichas de jurisprudencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conductas consideradas como actos preparatorios para cometer

		<p>sancionada como delito; o realice sola o con la ayuda de otra persona, por lo menos un acto de cumplimiento del objetivo convenido, independientemente de que ese acto sea por lo demás lícito en sí mismo, sin necesidad de que exista un acuerdo formal”</p>		<p>cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <p>c) Conductas consideradas como Conspiración para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <p>d) Conductas consideradas como Asociación Delictiva (concierto con una o más personas) para cometer cualquiera de los delitos tipificados en LERARD.</p>	<p>cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conductas consideradas como Proposición, para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD. - Conductas consideradas como Conspiración para cometer cualquiera de los delitos tipificados en la LERARD. - Conductas consideradas como Asociación Delictiva (concierto con una o más personas) para cometer cualquiera de los delitos tipificados en LERARD.
--	--	---	--	--	--

Res. UAIP/744/RP/1979/2019(1)

Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial: San Salvador, a las quince horas con cinco minutos del día catorce de noviembre del dos mil diecinueve.

Por recibidos:

i) Oficio n° 2112 de fecha 11/11/2019, procedente del Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, por medio del cual remite: "...la única Sentencia Definitiva proveída por este Juzgado que cumple con los parámetros solicitados es la clasificada bajo la referencia número **53-06-2018/58-02-2018** de las diecisiete horas del día once de enero de dos mil diecinueve; la cual remito a usted en formato digital, contenida en un disco compacto" (sic), adjunta en formato digital la copia de la aludida sentencia.

ii) Oficio n° 3533 de fecha 13/11/2019, procedente del Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador, por medio del cual informan: "...que en cuanto a lo solicitado, le reporto que únicamente se han emitido tres sentencias en cuanto a los delitos indicados:

A) En el año 2016, se emitió la sentencia 14-B-16-4

B) En el año 2017, se emitió la sentencia 88-B-16-3

C) En el año 2018, no se emitió sentencia alguna respecto de los delitos que han sido solicitados

D) En lo que va a la fecha del año 2019, se emitió la sentencia 79-B-18-7" (sic).

En virtud de los comunicados antes relacionados, se hacen las siguientes consideraciones:

I. En fecha 01/11/2019, se recibió solicitud de información número 744-2019, mediante la cual se requirió vía electrónica:

"A. INFORMACIÓN ESTADÍSTICA:

1. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2016.

2. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley

Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2017.

3. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas. Por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2018.

4. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2019 (a la fecha).

5. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "A" de San Salvador, durante el año 2016.

6. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "A" de San Salvador, durante el año 2017.

7. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "A" de San Salvador, durante el año 2018.

8. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "A" de San Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

9. Número es sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador, durante el año 2016.



10. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2017.

11. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San: Salvador, durante el año 2018.

12. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San: Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

13. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San: Salvador, durante el año 2016.

14. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador, durante el año 2017.

15. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador, durante el año 2018.

16. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

17. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley



Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2016.

18. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado d Sentencia de Santa Ana, durante el año 2017.

19. Número de sentencias condenatorias por el delito de "Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2018.

20. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2019 (a la fecha).

B. ACCESO A COPIAS DE SENTENCIAS NO DISPONIBLES EN PORTAL DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL: Adicionalmente, por tener prevista la aplicación guías de análisis de contenido de sentencias como instrumento de investigación, solicito acceso a copias — de preferencia en archivo digital — de las versiones públicas de:

1. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2016.

2. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2017.

3. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2018.



4. De ser posible, sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

5. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2016.

6. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2017.

7. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2018.

8. De ser posible, sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2019 (a la fecha)” (sic).

II. Por resolución con referencia UAIP/744/RAdm/1910/2019(1) de fecha 01/11/2019, se admitió la solicitud de información presentada por la peticionaria y se emitieron los memorándums referencias:

- UAIP 744/2563/2019(1) de fecha 01/11/2019 dirigido al Director de Planificación Institucional de esta Corte, el cual fue recibido en la misma fecha.

- UAIP/744/2564/2019(1) de fecha 01/11/2019, dirigido a la Unidad de Sistemas Administrativos de esta Corte, el cual fue recibido en la misma fecha.

- UAIP/744/2565/2019(1) de fecha 01/11/2019, dirigido al Juzgado Especializado de Sentencia B de San Salvador, el cual fue recibido en la misma fecha.

- UAIP/744/2566/2019(1) de fecha 01/11/2019, dirigido al Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, el cual fue recibido en la misma fecha.

Con el fin de requerir la información estadística a las dos primeras unidades organizativas y el texto de las sentencias, a los dos tribunales señalados; los cuales fueron recibidos en tales dependencias la misma fecha.

III. En este estado se hace notar que, para éste día se había programado la entrega de la información a la peticionaria; sin embargo, al analizar las copias de las sentencias en formato digital, enviadas por las autoridades relacionadas en el prefacio de esta resolución, se advierte que las mismas no han sido anonimizadas, es decir, no han sido convertidas a versión pública, tal como lo ordena el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) no obstante, así haberlo requerido por medio de los memorándums respectivos, enviados a dichas autoridades.

Lo anterior, constituye un obstáculo para la entrega de la información ordenada para este día, por cuanto, debe ser esta Unidad la que realice esta labor de convertir las referidas sentencias en versión pública, y tal actividad, requerirá más tiempo de lo legalmente previsto, ya que se han enviado dos sentencias con 480 páginas y dos con 168 páginas, y las mismas deben ser minuciosamente analizadas, para extraer de ellas, todo aquello que constituya dato confidencial.

Es en atención a esas “otras circunstancias excepcionales” que señala la LAIP en el art. 71 inc. 2º, que debemos ubicar los motivos antes expuestos, los cuales justifican proceder a otorgar la ampliación del plazo de forma oficiosa, fijando como última fecha para entregar la información a la usuaria el día **21/11/2019**.

Por tanto, con base en los considerandos anteriores y arts. 70 y 71 inc. 2º de la LAIP, se resuelve:

1. Amplíese de oficio el plazo para la entrega de la información requerida por la ciudadana, por cinco días hábiles más, contados a partir 15/11/2019, programándose la misma a más tardar el **21/11/2019**.
2. Hágase saber esta decisión a la ciudadana, a fin de que tenga conocimiento de la misma.
3. Notifíquese a la peticionaria.




Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial: San Salvador, a las quince horas con dos minutos del día veintiuno de noviembre del dos mil diecinueve.

Por recibidos:

i) Memorándum referencia DPI-922/2019 de fecha 04/11/2019, procedente de la Dirección de Planificación Institucional, por medio del cual informan: "...lamento comunicarle que la información solicitada no es posible proporcionarse en razón de contener variables de seguimiento procesal no incluidas en los diferentes instrumentos de recolección de datos de esta unidad organizativa" (sic).

ii) Oficio n° 2112 de fecha 11/11/2019, procedente del Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, por medio del cual remite: "...la única Sentencia Definitiva proveída por este Juzgado que cumple con los parámetros solicitados es la clasificada bajo la referencia número **53-06-2018/58-02-2018** de las diecisiete horas del día once de enero de dos mil diecinueve; la cual remito a usted en formato digital, contenida en un disco compacto" (sic), adjunta en formato digital la copia de la aludida sentencia.

iii) Memorándum referencia SA-1502019 de fecha 13/11/2019, procedente de la Unidad de Sistemas Administrativos de esta Corte, por medio del cual informan: "...Ante lo solicitado hago de su conocimiento lo siguiente: 1)-Los Juzgados Especializados de Sentencia de San Miguel y Santa Ana, no cuentan con Sistemas de Seguimiento de Expedientes. 2)- Los Juzgados Especializados de Sentencia A, B y C de San Salvador, no se cuenta con la información requerida" (sic).

iv) Oficio n° 3533 de fecha 13/11/2019, procedente del Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador, por medio del cual informan: "...que en cuanto a lo solicitado, le reporto que únicamente se han emitido tres sentencias en cuanto a los delitos indicados:

A) En el año 2016, se emitió la sentencia 14-B-16-4

B) En el año 2017, se emitió la sentencia 88-B-16-3

C) En el año 2018, no se emitió sentencia alguna respecto de los delitos que han sido solicitados

D) En lo que va a la fecha del año 2019, se emitió la sentencia 79-B-18-7" (sic).

Al respecto se hacen las consideraciones siguientes:

I. En fecha 01/11/2019, se recibió solicitud de información número 744-2019, mediante la cual se requirió vía electrónica:

“A. INFORMACIÓN ESTADÍSTICA:

1. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2016.

2. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2017.

3. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas. Por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2018.

4. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante el año 2019 (a la fecha).

5. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de San Salvador, durante el año 2016.

6. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de San Salvador, durante el año 2017.

7. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de San Salvador, durante el año 2018.



8. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "A" de San Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

9. Número es sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador, durante el año 2016.

10. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 dela Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador, durante el año 2017.

11. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San: Salvador, durante el año 2018.

12. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San: Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

13. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "C" de San: Salvador, durante el año 2016.

14. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia "C" de San Salvador, durante el año 2017.

15. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley

Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador, durante el año 2018.

16. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

17. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2016.

18. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado d Sentencia de Santa Ana, durante el año 2017.

19. Número de sentencias condenatorias por el delito de "Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2018.

20. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2019 (a la fecha).

B. ACCESO A COPIAS DE SENTENCIAS NO DISPONIBLES EN PORTAL DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL: Adicionalmente, por tener prevista la aplicación guías de análisis de contenido de sentencias como instrumento de investigación, solicito acceso a copias — de preferencia en archivo digital — de las versiones públicas de:

1. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2016.



2. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2017.

3. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2018.

4. De ser posible, sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, durante el año 2019 (a la fecha).

5. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2016.

6. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2017.

7. Sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2018.

8. De ser posible, sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fueron emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante el año 2019 (a la fecha)” (sic).

II. Por resolución con referencia UAIP/744/RAdm/1910/2019(1) de fecha 01/11/2019, se admitió la solicitud de información presentada por la peticionaria y se emitieron los memorándums referencias:

- UAIP 744/2563/2019(1) de fecha 01/11/2019 dirigido al Director de Planificación Institucional de esta Corte, el cual fue recibido en la misma fecha.

- UAIP/744/2564/2019(1) de fecha 01/11/2019, dirigido a la Unidad de Sistemas Administrativos de esta Corte, el cual fue recibido en la misma fecha.

- UAIP/744/2565/2019(1) de fecha 01/11/2019, dirigido al Juzgado Especializado de Sentencia B de San Salvador, el cual fue recibido en la misma fecha.

- UAIP/744/2566/2019(1) de fecha 01/11/2019, dirigido al Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, el cual fue recibido en la misma fecha.

Con el fin de requerir la información estadística a las dos primeras unidades organizativas y el texto de las sentencias, a los dos tribunales señalados; los cuales fueron recibidos en tales dependencias la misma fecha.

III. En fecha 14/11/2019, debía entregarse la información solicitada por la usuaria; sin embargo, al analizar las copias de las sentencias en formato digital remitidas por las autoridades relacionadas en el prefacio de esta resolución, se advirtió que las mismas no fueron anonimizadas, es decir, no fueron convertidas a versión pública, tal como lo ordena el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP); no obstante, así haberlo requerido expresamente en los memorándums respectivos, enviados a dichas sedes judiciales.

2. En virtud de lo anterior, se emitió la resolución con referencia UAIP UAIP/744/RP/1979/2019(1) de fecha 14/11/2019, por medio de la cual se autorizó la prórroga de oficio del plazo de respuesta de cinco días más a esta Unidad, a fin de realizar la labor de convertir en versión pública las sentencias enviadas por las autoridades judiciales mencionadas, ello ante la omisión aludida.

IV. En virtud de lo expuesto por el señor Director de Planificación Institucional, en cuanto al: "...número de sentencias condenatorias por el delito de 'Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas' previsto en el Art. 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, emitidas por los Juzgados Especializados de Sentencia del país durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019 (a la fecha), al respecto lamento comunicarle que la información solicitada no es posible proporcionarse en razón de contener variables de seguimiento procesal no incluidas en los diferentes instrumentos de recolección de datos de esta unidad organizativa" (sic), y lo expuesto por el Jefe de la Unidad de Sistemas Administrativos: "...Ante lo solicitado hago de su



conocimiento lo siguiente: 1)-Los Juzgados Especializados de Sentencia de San Miguel y Santa Ana, no cuentan con Sistemas de Seguimiento de Expedientes. 2)- Los Juzgados Especializados de Sentencia A, B y C de San Salvador, no se cuenta con la información requerida” (sic).

Es importante tener en consideración la resolución definitiva del Instituto de Acceso a la Información de las quince horas con veinte minutos del veinte de diciembre del año dos mil dieciséis, pronunciada en el expediente con referencia NUE-214-A-2016(CO), en la cual se establece como una de las causales que pueden dar lugar a la inexistencia de la información: “*que nunca se haya generado el documento respectivo*” (itálicas resaltadas agregadas).

Así, en dicha decisión el Instituto sostuvo que “... no solo basta con argumentar que la información que ha solicitado no existe, sino que se debe demostrar que efectivamente se realizaron gestiones necesarias para la ubicación de la información de su interés, y que éstas fueron las adecuadas para atender a la particularidad del caso...”.

En el presente caso, ha quedado establecido que esta Unidad realizó las gestiones pertinentes ante las Dependencias correspondientes a efecto de requerir la información señalada por la usuaria, respecto de la cual se ha afirmado la inexistencia de la información, por tanto, estamos en presencia de la causal aludida en el precedente citado.

En consecuencia, al haberse determinado que la información antes relacionada, a la fecha no existe en la Dirección de Planificación Institucional y la Unidad de Sistemas Administrativos, ambos de esta Corte, debe confirmarse la inexistencia de la información señalada anteriormente, y que fue requerida por la usuaria.

Es preciso señalar que la Dirección de Planificación Institucional, es la dependencia encargada de contribuir al fortalecimiento institucional mediante el procesamiento, análisis, estudio y publicación de información y estadísticas judiciales que reflejen el trabajo realizado por el Órgano Judicial en todo el país y la Unidad de Sistemas Administrativos, se encarga de la provisión de tecnología, sistemas manuales y automatizados que brinden soporte técnico a los procesos judiciales, coordinando las labores de las Oficinas Comunes de Apoyo para contribuir a la disminución de la carga procesal de Juzgados y Tribunales.

V. En ese sentido, y con el objeto de garantizar el derecho de la ciudadana de acceder a la información pública según los parámetros establecidos en la Ley de Acceso a la

Información Pública, lo cual encuentra sustento en su artículo 1 del mencionado cuerpo legal al establecer que se debe “garantizar el derecho de acceso de toda persona a la información pública, a fin de contribuir con la transparencia de las actuaciones de las Instituciones del Estado”, así como dar vigencia a los fines de la misma ley en el sentido de “facilitar a toda persona el derecho de acceso a la información pública mediante procedimientos sencillos y expeditos”, entre otros fines, es procedente entregar a la peticionaria la información relacionada al inicio de la presente resolución.

Con base en los arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Acceso a la Información Pública, se resuelve:

a) Confírmese, la inexistencia de la información relacionada en el considerando IV de esta resolución, tanto en la Dirección de Planificación Institucional como en la Unidad de Sistemas Administrativos, ambos de la Corte Suprema de Justicia, por los motivos ahí expuestos.

b) Entréguese a la peticionaria los memorándums relacionados en el prefacio de esta resolución, procedentes de la Dirección de Planificación Institucional, de la Unidad de Sistemas Administrativos, ambos de la Corte Suprema de Justicia, y de los Juzgados Especializados de Sentencia “B” de San Salvador y Especializado de Sentencia de Santa Ana, así como la información anexa a los mismos, la cual consta en formato digital.

c) Notifíquese.



Me/mgph



Memorando

Para: Licenciada Eva Marcela Escobar Pérez
Oficial de Información Interina

De: Ing. Iván Vladimir Montejo
Director de Planificación Institucional

Asunto: Información estadística solicitada

Fecha: 04 de noviembre de 2019



En atención a memorándum UAIP/740/2563/2019(1) donde requiere el número de sentencias condenatorias por el delito de “Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas”, previsto en el Art. 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, emitidas por los Juzgados Especializados de Sentencia del país durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019 (a la fecha), al respecto lamento comunicarle que la información solicitada no es posible proporcionarse en razón de contener variables de seguimiento procesal no incluidas en los diferentes instrumentos de recolección de datos de esta unidad organizativa.

Atentamente,



C.c. Ingeniero Miguel Ángel Zamora Recinos - Jefe de la Unidad de Información y Estadística -DPI
Archivo
IM/jdt

"Planificación para el éxito Institucional"

Santa Ana, 11 de noviembre de 2019

Oficio N° 2112
Señora Oficial de Información de Órgano Judicial,
Unidad de Acceso a la Información Pública.
Honorable Corte Suprema de Justicia,
San Salvador.-

Atentamente, por éste medio; y en respuesta a su memorándum UAIP/744/256/2019(1), de fecha uno de los corrientes mes y año; mediante el cual se solicitó acceso a copias de Sentencias Condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas; previsto y sancionado en el Art. 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas emitidas por ésta Sede Judicial durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019 hasta la fecha.-

Al respecto hago de su conocimiento que la única Sentencia Definitiva proveída por éste Juzgado que cumple con los parámetros solicitados es la clasificada bajo referencia número **53-06-2018/58-02-2018**, de las diecisiete horas del día once de enero de dos mil diecinueve; la cual remito a usted en formato digital, contenida en un disco compacto.-

De igual manera creo oportuno hacer mención que el memorándum que se relaciona en el párrafo primero tiene consignada como destinatario a la Licenciada **Sonia Maritza Sales Rivera**, quien fungió únicamente como Jueza Suplente de ésta Sede Judicial; pero no obstante ello el periodo para el cual fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia a la fecha ya ha llegado a su fin.-

Sin otro particular, muy cordialmente me suscribo.-

" DIOS UNIÓN LIBERTAD "



Lic. Carlos Rodolfo Linares Ascencio
Juez Especializado de Sentencia

UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
Nombre:	<i>C. de la</i>
Fecha:	12 NOV 2019
Hora:	11:45 am
RECIBIDO	

Unidad información en CD



Unidad de Sistemas Administrativos
4ª. Planta, Edificio de Oficinas Administrativas y Jurídicas
Corte Suprema de Justicia
Tele fax, 2231-83 67

SA-150-2019

San Salvador, 13 de noviembre de 2019

Licenciada

Eva Marcela Escobar Pérez

Oficial de Información Interina del Órgano Judicial
Presente.

Estimada Licda. Escobar Pérez:

En atención a memorándum referencia **UAIP/744/2564/2019(1)**, recibido el día uno de noviembre del presente año, mediante el cual requiere:

“A. INFORMACIÓN ESTADÍSTICA:

1. Número de sentencias condenatorias por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, previsto en el artículo 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” (sic), fueron emitidas por:

- Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 a la fecha.
- Juzgado Especializado de Sentencia “A” de San Salvador durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 a la fecha.
- Juzgado Especializado de Sentencia “B” Salvador durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 a la fecha.
- Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 a la fecha
- Juzgado Especializado de Sentencia de Santa Ana, durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019 a la fecha.”

Ante lo solicitado hago de su conocimiento lo siguiente que: 1)- Los Juzgados Especializados de Sentencia de San Miguel y Santa Ana, no cuentan con Sistemas de Seguimiento de Expedientes. 2)- Los Juzgados Especializados de Sentencia A, B y C de San Salvador, no se cuenta con la información requerida.

Además, hago de su conocimiento que se recibió por correo electrónico la información de dos UAPI, y por la carga laboral generó la confusión, por tal situación no se entregó en la fecha señalada por la Unidad que preside.

Se anexa impresión de correo electrónico.

DIOS UNION LIBERTAD

UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Nombre: *E. Escobar*
Fecha: **13 NOV 2019** Hora: *12:15 pm*
RECIBIDO

Lic. Juan Pablo Barrera Galdámez
Jefe-Int. Unidad de Sistemas Administrativos
Corte Suprema de Justicia



Anexo 1 folio útil



San Salvador, 13 de noviembre de 2019.

Oficio No. 3533

Lic. Eva Marcela Escobar Pérez

Oficial de Información del Órgano Judicial interina
Presente.

Deseándole éxitos en sus labores diarias, en esta ocasión me es grato dirigirme a su persona, en contestación a memorándum UAIP/744/2565/2019(1); y manifestarle que en cuanto a lo solicitado, le reporto que únicamente se han emitido tres sentencias en cuanto a los delitos indicados:

- A) En el año 2016, se emitió la sentencia 14-B-16-4
- B) En el año 2017, se emitió la sentencia 88-B-16-3
- C) En el año 2018, no se emitió sentencia alguna respecto de los delitos que han sido solicitados
- D) En lo que va a la fecha del año 2019, se emitió la sentencia 79-B-18-7.

En virtud de lo anterior, remito copia digital de las tres sentencias antes indicadas, las cuales solicito sean copiadas de la memoria USB que se proporciona de este juzgado y sean resguardadas por su persona.

Sin otro particular.

DIOS

UNION

LIBERTAD



Msc. Tathiana María Morales Artiga
Jueza Especializada de Sentencia "B" Interina

UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
Nombre:	<i>[Firma]</i>
Fecha:	14 NOV 2019
Hora:	8:55 am
RECIBIDO	

*Anexo información en
USB*



MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

ANEXO N° VI

GUÍA DE ANÁLISIS DE SENTENCIA

La presente guía de análisis de sentencia, está referida a la investigación sobre “Principio de lesividad y el delito de ‘actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas’ en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador”, como requisito previo para obtener el grado de Magíster en Ciencias Penales en el Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica.

INSTRUCCIONES GENERALES:

Las preguntas deben responderse de forma precisa y apegándose al contenido de la sentencia. Previo a ello, se sugiere el destacado o subrayado de la sentencia para facilitar la identificación de la información relevante para dar respuesta a cada pregunta. En ese caso, utilice color amarillo para destacar todo lo relacionado con el análisis de antijuridicidad material y verde para destacar el resto. Las preguntas con opciones “Sí” y “No” han de responderse colocando una X, añadiendo una descripción u observaciones **si es requerido**.

Teniendo en cuenta la existencia de macro-procesos que suponen la acumulación de varios y distintos casos (eventos) en una sola sentencia, siempre que el análisis jurídico para cada caso conste de forma separada en el texto de la sentencia, se requiere dar respuesta a las preguntas de la presente guía separando cada uno de los casos. Asimismo, en lugar de “Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas” se utilizará el acrónimo “APCAD”, y en lugar de “Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” se utilizará el acrónimo “LERARD”.

Aunque se mencionen otros delitos en la sentencia, las respuestas han de circunscribirse al delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas.

Datos de la Sentencia	
Juzgado:	
Fecha:	
Hora:	
Referencia:	
Número de imputados:	
Delitos:	
Número de imputados por el delito de APCAD:	
Número de condenados por el delito de APCAD:	
Número de casos (eventos) por el delito de APCAD:	

I. Hechos (relato fáctico) considerados como típicos:

II. Delito/s preparados, propuestos, conspirados o concertados:

III. Consideración del bien jurídico protegido en el análisis de tipicidad (tipicidad conglobante):

No _____ Sí _____

Observaciones:

ANÁLISIS DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL DEL DELITO DE APCAD:

IV. Afirmación de la antijuridicidad material:

No _____ Sí _____

V. Fundamento para afirmar la contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico:

Sin fundamento _____ Con Fundamento _____

a. Afirmación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido:

No _____ Sí _____

Si se afirma la lesión:

i. Fundamentación de la afirmación de lesión del bien jurídico protegido.

No _____ Sí _____

Descripción:

ii. Indicación expresa de los datos, circunstancias o características de la conducta en el caso particular, considerados como indicios para afirmar de lesión del bien jurídico.

No _____ Sí _____

Descripción:

Si se afirma una puesta en peligro:

- i. Afirmación de la **puesta** en peligro de la Salud Pública, como bien jurídico protegido:

No _____ Sí _____

- ii. Afirmación de la puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, **distinto a la Salud Pública**:

No _____ Sí _____ ¿cuál? _____

- iii. Afirmación de la **aptitud o idoneidad** de la conducta **para generar una situación de riesgo** para la Salud Pública como bien jurídico protegido:

No _____ Sí _____

b) Fundamento de la afirmación del peligro para el bien jurídico:

- i. Fundamentación de la afirmación del peligro para el bien jurídico protegido:

Sin fundamento: _____ Con fundamento: _____

- ii. Corroboración del peligro para el bien jurídico protegido, a partir de datos y circunstancias específicas:

No _____ Sí _____

1. Indicación expresa de datos, circunstancias o características de la conducta en el caso particular,

considerados como indicios para afirmar el peligro para la **Salud Publica**:

No _____ Sí _____

Descripción: _____

2. Indicación expresa de datos, circunstancias o características de la conducta en el caso particular, considerados como indicios para afirmar el peligro para **otro** bien jurídico protegido por el ordenamiento:

No _____ Sí _____

¿Cuál bien jurídico? _____

Descripción: _____

iii. Demostración del peligro para el bien jurídico protegido por parte del Ministerio Público, con el aporte de evidencia sobre datos o circunstancias que se constituyeron como indicios de ello:

No _____ Sí _____

Descripción: _____

iv. Peligro para el bien jurídico protegido determinado a partir de la concreta aptitud e idoneidad de la conducta para ello:

No _____ Sí _____

v. Consideración *ex ante* del legislador sobre la aptitud e idoneidad de la conducta para poner en peligro o lesionar el bien jurídico, sin corroborar la puesta en peligro del bien jurídico en el caso concreto:

No _____ Sí _____

Descripción:

c) Teorías orientadoras para el análisis de antijuridicidad material (de delitos de peligro abstracto):

vi. Afirmación de puesta en peligro del bien jurídico, basada en la ausencia de pruebas que acrediten la falta de puesta en peligro del bien jurídico (prueba negativa):

No _____ Sí _____

Descripción: _____

- vii. Afirmación de puesta en peligro del bien jurídico, basada en elementos probatorios que demuestran la concreta aptitud o idoneidad de la conducta para ello:

No _____ Sí _____

Descripción: _____

- viii. Afirmación de puesta en peligro del bien jurídico, basada en la comprobación de la pérdida del dominio de la situación concreta de un modo relevante para el bien jurídico-penal, donde el comportamiento peligroso puede alcanzar a cualquiera que se le acerque (ej. difusión incontrolada de drogas).

No _____ Sí _____

Fecha de aplicación:

Observaciones:

