

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.

Principle of lesivity and the crime of "preparatory acts, proposition, conspiracy and criminal associations" in the Drug-Related Activities Regulating Law of El Salvador

Lady Carolina Guzmán Marenco
(Jefe de Departamento: Legislación, Procesos Constitucionales y Justicia Internacional en Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, El Salvador. Estudiante de Maestría en Ciencias Penales, UCR)

Fecha de recepción: 12 de octubre, 2018

Fecha de aceptación: 28 de noviembre, 2018

RESUMEN

En la actual Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas de El Salvador, en adelante “LERARD”,¹ se prevén como delito “[l]os actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en esta ley, la proposición, [y] conspiración con el mismo fin”, lo que se traduce en la punibilidad de actos preparatorios de delitos de peligro abstracto como el Tráfico Ilícito (art. 33), Promoción y fomento (art. 35), Facilitación de medios (art. 36), exhibición (art. 46), entre otros de peligro abstracto. Si admitimos que los delitos de peligro abstracto implican tan solo una potencial (en muchos casos inexistente) puesta en peligro del bien jurídico protegido y los actos preparatorios de los mismos resultan más alejados de la lesividad, ¿la punibilidad de actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas según el artículo 52 (o el anterior artículo 59) de la LERARD podría considerarse compatible con el principio de lesividad? ¿Qué esfuerzos pueden realizarse desde la practica judicial para compatibilizarlo con el principio de lesividad?, o en su caso, ¿qué propuestas de *lege ferenda* pueden formularse?

Palabras clave: *Peligro abstracto, bien jurídico, lesividad, actos preparatorios, “asociaciones delictivas”, antijuridicidad material.*

ABSTRACT

In the current regulatory law of drug-related activities in El Salvador, henceforth “LERARD”, are provide as a crime “[T]he preparatory acts to commit any of the

1. 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).



offenses in this law, the proposal, [and], conspiracy for the same purpose”, which translates into the punishability of preparatory acts in crimes of abstract risk such as Illicit Trafficking (Article 33), Promotion and (Article 35), Media Facilitation (Article 36), Exhibition (Article 46), among others of abstract risk. If we admit that the abstract risk crimes involve only a potential (in many cases non-existent) endangerment of the legally-protected rights and its related preparatory acts are further away from the lesivity, would the punishability of preparatory acts, proposition, conspiracy and criminal associations according to the article 52 (or the previous article 59) or LERARD be considered compatible with the principle of lesivity? What efforts can be made from the judicial practice to make it compatible with the principle of lesivity? Or where appropriate, what *lege ferenda* proposals can be formulated?

Keywords: Abstract risk, legally protected rights, lesivity, preparatory acts, criminal associations, material unlawfulness

I. 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 ha sido los señalamientos de ilegitimidad desde un importante sector de la doctrina, por considerarlos contrarios al principio de lesividad e incompatibles con el ideal de la mínima intervención del Derecho Penal o *ultima ratio*.

El presente artículo tiene por objeto 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. Para ello, se hará referencia a consideraciones teórico-doctrinarias y jurisprudenciales sobre los delitos de peligro abstracto y los actos preparatorios.

En febrero de 2018, el inciso 1 del artículo 52 LERARD fue objeto de una 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 reconoció la inconstitucionalidad de la consecuencia jurídica prevista en el referido artículo, prefirió no otorgar efectos

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>



inmediatos a la declaratoria de inconstitucionalidad para evitar que la conducta delictiva quedara impune, adoptando la figura de inconstitucionalidad diferida. 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. 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 el sistema jurídico salvadoreño hasta que el Órgano Legislativo adapte la pena del delito establecido en el artículo 52 inc. 1 LERARD.³

La referida sentencia de inconstitucionalidad fue notificada a la Asamblea Legislativa el 20 de marzo de 2018 por lo que el plazo de seis meses está cerca de su vencimiento. El 20 de julio fue recibida en la Asamblea Legislativa la pieza de correspondencia para la reforma del inciso 1 del artículo 52 LERARD, para adaptar la pena en los términos señalados por la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016. Cabe destacar que la propuesta de reforma establece una pena de prisión de uno a tres años para los actos preparatorios, mientras que para la proposición y conspiración con el mismo fin se establece una pena de prisión de seis meses a dos años.⁴

A pesar de lo anterior, la problemática de la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto en la LERARD subsiste, pues el artículo 52 LERARD no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico y subsistirá al menos hasta el vencimiento del plazo previsto por la Sala de lo Constitucional. Aunque la Asamblea Legislativa no cumpla con adaptar la pena según lo dispuesto en la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016 en el plazo correspondiente, el anterior artículo 59 LERARD recobrará vigencia. Dicho artículo, al igual que el actual artículo 52 LERARD, prevé la punibilidad de actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto contenidos en la misma ley. Por ende, es importante analizar la compatibilidad del castigo de los actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

3. *Ibidem*.

4. 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>

La doctrina parece estar de acuerdo con la intervención el 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 jurídico⁵.

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

- 1) **El Derecho Penal puede proteger bienes jurídicos:** Según el Principio de Protección de Bienes Jurídicos “solo los intereses humanos (Feuerbach) o, en su caso, los bienes jurídicos (Birnbbaum, von Liszt) pueden ser objeto de protección por el Derecho Penal”,⁶ dentro de ellos pueden incluirse “los intereses sociales que por su importancia puedan merecer protección del derecho”⁷ y los “determinados por un sistema de valores de raigambre constitucional.”⁸ En todo caso, las ideologías y valores morales o religiosos deben quedar excluidos de protección penal.⁹

5. 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.

6. 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.

7. Mir Puig, 119.

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

9. 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”.

- 2) **El Derecho Penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o peligro¹⁰ para concretos bienes jurídicos.**¹¹ Aunque, como se ha apuntado antes, el Derecho Penal puede proteger bienes jurídicos, no todos los bienes 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**.¹²

- 3) **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,¹³ su intervención debe circunscribirse a responder ante las modalidades de ataque más lesivas o más peligrosas¹⁴ 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.

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 peligro, las objeciones aparecen cuando lo que se pone en peligro son bienes colectivos, universales o supraindividuales y se configuran delitos de peligro abstracto. En los últimos tiempos se ha optado por la creación de distintos bienes jurídicos de carácter universal con considerable amplitud y vaguedad, para responder a los nuevos “retos” de la modernidad,¹⁵ dando lugar a un Derecho Penal

10. En opinión de Enrique Bacigalupo, la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta sólo 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.

11. Berdugo Gómez de la Torre, 102.

12. Mir Puig, 121.

13. 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”.

14. Así, Mir Puig, 118.

15. 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.”.

propio de la “sociedad de riesgo”,¹⁶ 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.¹⁷

A. Punibilidad de los actos preparatorios, proposición y conspiración:

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.¹⁸

Sin embargo, la generalidad del argumento, -sin distinguir entre actos preparatorios de delitos de resultado y de peligro (concreto y abstracto)- permite que se planteen conclusiones como la de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, que 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”, sugiere que excepcionalmente pueden ser sancionados, afirmando que:

El principio de lesividad se postula, por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir, excluye la responsabilidad penal por comportamientos sin resultado dañoso.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la regulación punitiva de actos dirigidos a determinado resultado – como los preparatorios- [...].¹⁹

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

17. 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.

18. Berdugo Gómez de la Torre, 105

19. 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

En términos generales, en las sentencias de inconstitucionalidad 54-2005 y 22-2007²⁰ se ha reconocido que los actos preparatorios, pueden ser punibles de manera excepcional, al igual que la proposición y conspiración en la acción de inconstitucionalidad 5-2001.

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.

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 cuándo no, anticipar la tutela penal.

En la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016, la Sala de lo Constitucional al referirse al artículo 52 LERARD, ha legitimado la punibilidad de los actos preparatorios, proposición y conspiración, afirmando que:

(...) existe una variedad de conductas distantes de la producción efectiva de un determinado peligro y cuya criminalización debe ser excepcional en lo posible. Dentro de este conjunto de comportamientos se encuentran los denominados actos preparatorios del delito, y que se mantienen dentro del denominado estadio previo a los márgenes tradicionales de injerencia punitiva. En efecto, el castigo de estos actos preparatorios constituye una de las formas extremas de la anticipación de la tutela penal en atención a diversas justificaciones de corte político-criminal, como es la importancia del bien jurídico protegido, la especial peligrosidad del comportamiento y aun la especial peligrosidad que reviste el rol de los preparadores. (...) 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 los 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

20 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, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10563.pdf>



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.²¹ [Subrayado añadido]

B. 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.²² Frente a ello, a sugerencia de algunos, 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.²³ En todo caso, las objeciones antes apuntadas han sido respondidas por Vargas Pinto, de la siguiente forma:

[...] 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.²⁴

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

21. 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>

22. 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”.

23. 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 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”.

24. Vargas Pinto, 43.

colectivo (puro)²⁵ y con justa razón, ante las dificultades para afirmar la posibilidad real de lesión de los mismos. 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.²⁶ Corresponde entonces 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 a 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 cual 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.²⁷

Aunque la opinión antes citada resulta bastante convincente, quizá la presunción de inocencia es la realmente afectada y no el derecho de defensa, 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 implica la inversión de la carga de la prueba.

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

26. Así, Chinchilla Calderón y García Aguilar, 326, indican que el “*principio de responsabilidad penal o personalidad, exige que la persona responda penalmente por hechos propios y no ajenos. La responsabilidad penal, como derivación del principio de culpabilidad, alcanza a la propia acción ejecutada por el sujeto*”.

27. 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 –al menos en apariencia- implican una renuncia al análisis de antijuridicidad material.²⁸ Sin embargo, si admitimos que las normas penales tienen necesariamente una dimensión directiva o imperativa y otra valorativa, lo correcto habría de ser entender que la valoración hecha por el legislador, 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 el peligro del mismo, corrigiéndole “la plana” a quien legisla.

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, 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.

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 criminal²⁹.
[Subrayado añadido]

Ha sido gracias al funcionalismo radical³⁰ que se justifica la configuración de estos delitos, en tanto se funde la noción de bien jurídico con el respeto a la vigencia de

28. 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”.

29. 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%b3n final.pdf>

30. 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

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.³¹

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

La doctrina antes citada no ha hecho una separación al cuestionar la legitimidad del castigo de los actos previos a la fase de ejecución según se trate de delitos de resultado o de peligro, y mucho menos se ha detenido a analizar el castigo de actos preparatorios, proposición y conspiración de delitos de peligro abstracto, como el tráfico ilícito, facilitación de medios, promoción y fomento, exhibición, entre otros. Sin embargo, encontrándose fuertemente cuestionada la técnica de peligro abstracto para proteger –supuestamente- bienes jurídicos, existen aún más razones para dudar de la compatibilidad del castigo de los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad.

III. 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.

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

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

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.

31. 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.

colaboración para la materialización y a tal fin invita a otras personas en la plasmación del proyecto”.³²

La legislación salvadoreña ofrece una definición similar en el artículo 23 inciso 1 del Código Penal.³³ 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”³⁴ 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”.

Para establecer qué ha de entenderse como actos preparatorios, conviene recordar que el *iter criminis*³⁵ tiene una fase interna y la fase externa puede dividirse en dos: preparación y ejecución. En la fase de preparación pueden incluirse los actos preparatorios. La doctrina identifica la conspiración y proposición como actos preparatorios, sin embargo, es posible advertir 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”³⁶, 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 haberse dado comienzo a la inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, lo que constituiría ya una conducta de tentativa.³⁷

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:

32. 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.

33. “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”.

34. *Ibíd.* 320.

35. 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”.

36. Mir Puig, 338.

37. 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.

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.³⁸

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 que se constituye como un acto preparatorio del delito.

1. *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 de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico,³⁹ 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.⁴⁰

2. *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.

a) Teoría objetiva:

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

39. 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.

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

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)”.⁴¹

b. 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 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”⁴², 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 futuras⁴³ [Subrayado añadido].

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”.⁴⁴

41. Mir Puig, 338.

42. *ibíd.*, 339.

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

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

c. Teoría Mixta:

Es concebida como una teoría ecléctica,⁴⁵ 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.

B. 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”.⁴⁶ 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”.⁴⁷ Se suele identificar los delitos de peligro abstracto con los de mera actividad,⁴⁸ sin embargo, algunos admiten que los delitos de peligro abstracto pueden ser delitos de resultado material.⁴⁹

1. *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, lo que es equivalente a eximir a los jueces del análisis de antijuridicidad material. La jurisprudencia salvadoreña ha admitido que cuando se trata de delitos de peligro abstracto, el delito “se consuma con cualesquiera de las conductas específicas en el precepto, sin necesidad de producción de resultados lesivos y concretos; sin que sea necesaria la transmisión de la droga, para lograr la plena consumación”.⁵⁰ Lo anterior, innegablemente constituye la anulación del principio de lesividad.

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

46. Vargas Pinto, 254.

47. Crespo et al. , 109.

48. 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.

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

50. 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,

2. *Intentos por superar las críticas.*

a) 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).⁵¹ 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 expuesto 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 CP, pero dicha sala ha concluido que no existe tal incompatibilidad, proponiendo una “interpretación conforme” del mismo, en el siguiente sentido:

[...] 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 también.⁵²

<http://jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EAaBzrF13NApnd7r4MmCX/5ycfTZO10u15AZ66ZEtXgEpKYd63X0M6nJnInytwspkzbc8JQJhmnGllIHGi6xiZelzQaiiA7WaC0HvTErryr6IS78jAzm5OhgyMKW5vgcKplw0y4m3l/7rXU65mKGXRC90TQTNCaGF+6FW7jxbMxWobJbY2t4ymo/WrWF7B2Nlw==>

51. Véase Vargas Pinto, 264-265.

52. 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 bien es apreciable el intento por compatibilizar los delitos de peligro abstracto con el principio de presunción de inocencia, la Sala de lo Constitucional se limita a prescribir que corresponde al órgano 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.

b. 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 concreta de la conducta o la “aptitud como elemento material del tipo de delito”.⁵³ Es interesante, en el mismo sentido, la sub clasificación 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 del Derecho Penal Moderno, Derecho Penal Máximo o Derecho Penal del Riesgo.⁵⁴

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 “animo de tráfico” y prescribiendo la necesidad de un análisis judicial orientado a determinar la aptitud de la conducta.⁵⁵

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

54. 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

55. 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

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”.⁵⁶ 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”.⁵⁷

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 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”.

c. 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”.⁵⁸

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”⁵⁹.

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

noviembre de 2012, 9 horas”. Consultado 9 de mayo, 2017, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/Inconst70-2006.pdf>

56. Vargas Pinto, 288.

57. 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

58. Vargas Pinto, 259.

59. *Ibíd.*, 393.



incontrolada. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en relación con el delito de posesión y tenencia ha indicado que:

[...]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.⁶⁰

d. 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. Ferrajoli⁶¹ y Bustos Ramírez, son algunos de los que proponen tal transformación, aunque admiten que en algunos casos no es posible. También Binding con su propuesta de ampliar el bien jurídico pretende la configuración de estos tipos penales como de delitos de lesión.⁶²

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 proponer 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”.⁶³ 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.

60. 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>

61. Para mayor detalle, véase Ferrajoli, 479.

62. Al respecto, Vargas Pinto, 299.

63. Vargas Pinto, 116.



C. Asociaciones delictivas” en el art. 52 LERARD: ¿delito de pertenencia a una organización criminal o asociación transitoria resultante de proponer, conspirar o concertar el delito?

Antes de determinar que ha de entenderse por “asociaciones delictivas”, es importante traer a cuenta los alegatos relativos a la prohibición de doble juzgamiento. Tal objeción fue planteada ante 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 establecido en el art. 52 de la LERARD, respecto de un mismo suceso. En dicho caso se estimó 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 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 11.⁶⁴ [Subrayado añadido]

La Sala parece entender 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, 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 delito⁶⁵, muestra de ello es que el legislador no establece

64. 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>

65. **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

una pena específica para tal delito sino que remite a la pena que este prevista para el delito que estén preparando, proponiendo, conspirando o concertando.

Curiosamente, tras la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016 en la que se declaró la inconstitucionalidad diferida del inciso 1 del artículo 52 LERARD, la propuesta de reforma de dicho artículo para adecuar la pena prevista al principio de proporcionalidad, establece el máximo y mínimo de pena para sancionar los actos preparatorios, la proposición y la conspiración, pero no establece ningún monto de pena para la “asociación delictiva”. Además, el anterior artículo 59 LERARD que fue sustituido por el artículo 52 LERARD, no hacía referencia a la “asociación delictiva”.

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:

- 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, 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”⁶⁶. En contraste, ello no se exige para las “asociaciones delictivas”.

Por tanto, el artículo 52 LERARD no prevé un delito de “asociación delictiva”, entendida como un delito de pertenencia a una organización o estructura criminal. El delito lo constituyen los actos preparatorios, proposición y conspiración, de los cuales puede resultar una asociación delictiva transitoria para cometer uno de los delitos tipificados en la misma ley. En consecuencia, la “asociación delictiva” no es un delito autónomo, distinto a los actos preparatorios, proposición y conspiración, por esa razón el legislador no estableció una pena específica por la pertenencia a la “asociación delictiva” remitiendo a la pena que esté prevista para el delito que estén preparando, proponiendo, conspirando o concertando y la actual propuesta de reforma del mencionado artículo, únicamente establece la pena específica que ha de imponerse a los actos preparatorios, la proposición y la conspiración, sin

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.[Subrayado añadido]

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



prever una consecuencia jurídica específica por pertenecer a una “asociación delictiva”.

Por otra parte, aunque excede el objeto del presente artículo es posible afirmar que el artículo 52 LERARD 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. Tampoco es cierto que con el art. 52 de la LERARD se quiera sancionar la pertenencia a una estructura criminal, puesto que el legislador ya ha previsto el delito de Agrupaciones Ilícitas en el artículo 345 del Código Penal. Cabe destacar que la misma Sala de lo Constitucional al referirse a la punibilidad de los actos preparatorios, proposición y conspiración ha admitido que “la necesidad de su castigo independiente desaparece en cuanto el infractor continúe de forma progresiva los subsiguientes grados de desarrollo del delito”.⁶⁷

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?

De lo antes indicado, podemos concluir que mientras las agrupaciones ilícitas tienen como finalidad “una actividad genérica a delinquir”⁶⁸, las “asociaciones delictivas” tienen, al igual que la conspiración y proposición, como finalidad la comisión de delitos concretos. Lo relevante para el tema que nos ocupa es que la asociación delictiva a la que se refiere el inciso 2 del 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.

En todo caso, los delitos de asociación, como delitos de peligro abstracto, además de ser incompatibles con el principio de lesividad⁶⁹, suponen un problema de culpabilidad ya que al dispensar de comprobación la relación de entre el

67. 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>

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

69. En opinión de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (Madrid, España: Editorial Trotta, 2000), 479, en el caso de delitos “-como los de asociación, conspiración, instigación para ciertos delitos [...] - es imposible una transformación en figuras de peligro concreto sin caer en esquemas normativos informados por el tipo de autor”.

comportamiento y un resultado dañoso o peligroso, debilitan la carga de verificación empírica de los nexos de causalidad.

IV- CONCLUSIÓN Y TOMA DE POSICIÓN:

En relación a la justificación de la punibilidad de los actos preparatorios incluidos la 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 razón de 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 pueden significar una cierta peligrosidad⁷⁰ (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.⁷¹ Sin embargo, se asoma la 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.⁷² Igual situación puede presentarse con el

70. Es importante traer a cuenta lo sostenido por Mir Puig, 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”.

71. 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 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.

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

delito de proposición, conspiración y Apología para cometer Rebelión o Sedición y el delito de proposición y conspiración de delitos de defraudación al fisco.⁷³

La misma Sala de lo Penal de El Salvador ha admitido en su jurisprudencia que: “[l]os actos preparatorios son barreras de protección anticipada y punitiva de los bienes jurídicos, en los que no sólo se puede identificar un problema de *iter criminis* sino de coautoría anticipada, por ende el legislador sólo lo sanciona en casos específicos”.⁷⁴

El artículo 52 LERARD no prevé un delito de “asociación delictiva”, entendida como un delito de pertenencia a una organización o estructura criminal. El delito lo constituyen los actos preparatorios, proposición y conspiración, de los cuales puede resultar una asociación delictiva transitoria para cometer uno de los delitos tipificados en la misma ley. En consecuencia, la asociación delictiva a la que se refiere el inciso 2 del 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.

De mantenerse la confusión entre la “asociación delictiva” mencionada en el inciso 2 del artículo 52 LERARD con el delito de agrupaciones ilícitas (art. 345 CP), al bastar la afiliación grupal con la finalidad de delinquir para su configuración, sin requerir una conducta dañosa de bienes jurídicos, es innegable el sacrificio del principio de lesividad al ampliar la misión del derecho penal a la mera gestión y prevención de riesgos, sancionando el asociarse con malas intenciones. En lugar de sancionar actos objetivamente idóneos para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, se sancionan actos subjetivamente dirigidos a la afectación de los mismos.⁷⁵

Por otra parte, a pesar de las propuestas para resolver las dificultades que representan los delitos de peligro abstracto parece que no ha sido posible compatibilizarlos exitosamente con el principio de lesividad, ya sea porque se hace a costa de invertir la carga de la prueba en contra del principio de presunción de inocencia con la admisión de prueba negativa de todo peligro o porque la constatación de la aptitud o idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico no resuelve la problemática en los delitos de peligro abstracto formales y sigue siendo cuestionable la insignificancia que supone una mera aptitud o idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico, cuando la intervención penal solo estaría justificada ante los ataques más graves y significativos. Sin ser un tribunal penal, la Corte Interamericana de Derechos

73. Ver artículos 249 – 251, 340, 341 y 342 del Código Penal de El Salvador.

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

75. Ferrajoli, 486-487 ha indicado que esto conlleva a “una profunda transformación, en sentido administrativo y preventivo, del sistema penal entero, con la consiguiente alteración, en sentido policial, de la función judicial”.

Humanos ha reconocido los principios de mínima intervención penal, de protección exclusiva de bienes jurídicos y lesividad, al afirmar que:

En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas [...] y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido⁷⁶ [Subrayado añadido].

En coherencia con lo anterior, lo ideal es que los delitos de peligro abstracto simplemente no sean admitidos en los sistemas que pretendan un Derecho Penal Mínimo propio de un Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, en ordenamientos jurídicos como el salvadoreño, donde la técnica de peligro abstracto se ha convertido en la predilecta para la conminación penal de conductas relacionadas con las drogas, el abandono de la técnica de peligro abstracto no resulta tan fácil, principalmente cuando se trata de delitos como el Tráfico Ilícito o Posesión y Tenencia.

Ha sido la comunidad internacional la que ha empujado la política criminal de Estados como el salvadoreño hacia un control absoluto sobre ciertas drogas.⁷⁷ Sin embargo, para compatibilizar la denominada “lucha contra las drogas” con el principio de lesividad existen varias alternativas, como recurrir preferentemente a controles distintos del derecho penal para tal fin, eliminar delitos relativos a las drogas que sean de peligro abstracto formales y reestructurar los delitos de peligro abstracto materiales en delitos de resultado concreto o lesión, expulsando del ordenamiento jurídico aquellos cuya conversión al menos en delitos de peligro concreto fuera imposible. Sin embargo, como la tarea no es fácil podríamos admitir la propuesta de adoptar el criterio de “incontrolabilidad” para el análisis judicial en delitos como el Tráfico Ilícito, Posesión y Tenencia con fines de Tráfico e incluso el Expendio Ilícito de Sustancias Medicinales.

Al ser cuestionable la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de lesividad, la objeción es aún mayor frente a la punibilidad de los actos preparatorios, proposición, conspiración de delitos de peligro abstracto. En relación

76. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia Caso Kimel Vs. Argentina: Serie C No. 177; 2 de mayo 2008”: párrs. 76-77.

77. Por ejemplo con la adquisición de compromisos internacionales al ratificar instrumentos como la “Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada por el Protocolo de 1972)”.

a los actos preparatorios de Tráfico ilícito, la jurisprudencia nacional 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”⁷⁸.
[Subrayado añadido]

Queda entonces claro que la figura de actos preparatorios sanciona 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 por lo que el defecto no puede subsanarse desde la práctica judicial. 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.

V- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

#1.- Se propone la derogación de los siguientes delitos de la LERARD, por sancionar meras desobediencias e inmoralidades:

PROPAGANDA SOBRE USO DE DROGAS

Art. 45.- El que hiciere propaganda directa o indirecta, por cualquier medio, a favor de uso o consumo de drogas o para cualquier actividad sancionada por esta Ley, será penado con prisión de tres a seis años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.

EXHIBICIÓN

Art. 46.- El que en 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.

#2.- Se propone incluir la frase: *que pusiere en grave peligro la salud*, en la redacción de los siguientes artículos de la LERAD:

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

De *lege ferenda* proponemos la siguiente redacción de los artículos 38 y 39 LERARD:

PRESCRIPCIÓN O SUMINISTRO

*Art. 38.- 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, **que pusiere en grave peligro la salud**, será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.*

ALTERACIÓN DE MEDICAMENTO

*Art. 39.- El que empleare drogas en la fabricación de productos farmacéuticos, en dosis mayores que las autorizadas, **que pusiere en grave peligro la salud**, será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.*

El art. 40 LERARD tiene dos incisos. Nuestra propuesta de *lege ferenda* abarca el inciso 1 y se propone la siguiente redacción:

EXPENDIO ILÍCITO DE SUSTANCIAS MEDICINALES

*Art. 40.- El que estando autorizado para el expendio de sustancias medicinales que contengan drogas, las expendiere en especie, calidad o cantidad distinta a la especificada en la receta médica, **que pusiere en grave peligro la salud**, será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.*

Si el expendio se hiciera sin receta médica cuando el producto no pudiese obtenerse sin ese requisito, la pena será de cinco a quince años de prisión y multa de cinco a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.

El art. 41 LERARD tiene dos incisos. La propuesta de *lege ferenda* abarca únicamente el primer inciso, respecto del cual proponemos la siguiente redacción:

ADMINISTRACIÓN DE DROGAS

*Art. 41.- El que administrare sin fines terapéuticos o prescripción médica a otra persona, con el consentimiento de ésta, cualquier clase de drogas, **que pusiere en grave peligro la salud**, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.*

#3.- En relación al delito de establecido en el art. 32 LERARD de *lege ferenda* se propone incorporar la frase: *destinadas al tráfico ilícito*, con la siguiente redacción:

FABRICACIÓN O TRANSFORMACIÓN

Art. 32.- *El que sin autorización legal elaborare, fabricare, transformare, extrajere u obtuviere drogas, **destinadas al tráfico ilícito**, será sancionado con prisión de diez a quince años y multa de cinco a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.*

#4.- Se propone la derogación del artículo 52 de la LERARD por su manifiesta incompatibilidad con el principio de lesividad (entre otros).

#5.- Excepcionalmente, de estimar necesario el adelantamiento de la tutela penal para una protección reforzada de la niñez o de graves ataques a la salud, a nuestro criterio, el único caso en el que podría en cierta medida justificarse la punibilidad de actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas, es respecto del delito de Administración de Drogas (sin consentimiento o en menor de edad) establecido en el inciso 2 del art. 41 LERARD. De *lege ferenda* se propone sustituir la frase “*para cometer cualquiera de los delitos tipificados en esta ley*” en el inciso 1 del art. 52 LERARD, por la frase: *para cometer el delito establecido en el inciso 2 del artículo 41 de la presente ley*, con la siguiente redacción:

ACTOS PREPARATORIOS, PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y ASOCIACIONES DELICTIVAS

Art. 52.- *Los actos preparatorios **para cometer el delito establecido en el inciso 2 del artículo 41 de la presente 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 (...).*

REFERENCIAS.

- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: TEMIS S.A., 1996.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Pérez Cepeda, Ana y Laura Zúñiga Rodríguez. *Lecciones de Derecho Penal: Introducción al Derecho Penal*. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016.
- Chinchilla Calderón, Rosaura y Rosaura García Aguilar. *En los linderos del lus Puniendi*. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2005.
- Crespo, Eduardo Demetrio, De Vicente Martínez, Rosario y Nuria Matellanes Rodríguez. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*, 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental: 2016.

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 11. Año 11. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. 2019.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 4ª ed. Madrid, España: Editorial Trotta, 2000.

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

Hassemer, Winfried, "Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos", en *Pena y Estado*. 23-36. Traducido por Elena Larrauri. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

-"Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 8. 173-186. Traducido por Francisco Muñoz Conde. España: DOXA, 1990.

Mendoza Buergo, Blanca. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. 1ª ed. Madrid, España: CIVITAS, 2001.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Barcelona, España: Reppertor, 2006.

Piña Rochefort, Juan Ignacio. *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

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.

Vargas Pinto, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente irrelevante*. 1ª ed. Santiago de Chile: ARANZADI, 2007.

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

REVISTA

Madrigal Navarro, Javier. "Delitos de peligro abstracto: Fundamento, crítica y configuración normativa", *Revista Judicial* N° 115 (San José, Costa Rica, marzo 2015): 169 – 187.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia nacional:

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-

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](#)



2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas”.

- “Sentencia de Inconstitucionalidad 54-2005; 5 de octubre de 2011, 8:20 horas”.

- “Sentencia de inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007; 16 de noviembre de 2012, 9 horas”.

- “Sentencia de inconstitucionalidad 6-2009; 19 de diciembre 2012, 16 horas.

-“Sentencia de inconstitucionalidad 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007; 24 de agosto 2015, 15:22 horas”.

- “Habeas Corpus 250-2009/252-2009; 11 de noviembre de 2011, 12:08 horas”.

- “Sentencia de inconstitucionalidad 3-2016; 19 de febrero 2018, 15:45 horas”

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

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

Jurisprudencia extranjera:

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.

Jurisprudencia internacional:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia Caso Kimel Vs. Argentina: Serie C No. 177; 2 de mayo 2008”.

INSTRUMENTO INTERNACIONAL

Naciones Unidas, “Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada por el Protocolo de 1972)”.

