

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL.
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**



**DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS Y SU DESARROLLO EN LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SALVADOREÑA.**

ASESOR DE CONTENIDO:

LIC. FREDY ALIRIO MONTOYA CRUZ.

ASESOR METODOLOGICO:

LIC. CARLOS ARMANDO SARA VIA.

PRESENTADO POR:

GABRIELA YAMILETH GUZMÁN REYES.

KAREN ESTEFANY ESTRADA JUAREZ.

VANESSA ISABEL PERDOMO RAMOS.

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADEMICO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS.**

NOVIEMBRE 2019

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN MIGUEL, EL SALVADOR.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES:

MTRO. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO.

RECTOR.

DR. RAÚL ERNESTO AZCUNAGA LÓPEZ.

VICE-RECTOR ACADEMICA.

MTRO. JUAN ROSA QUINTANILLA QUINTANILLA.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO.

ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL.

SECRETARIA GENERAL.

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.

FISCAL GENERAL.

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
AUTORIDADES:

ING. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ.
DECANO.

LIC. ÓSCAR VILLALOBOS.
VICE-DECANO.

LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNÁNDEZ.
SECRETARIO GENERAL.

LIC. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA.
DIRECTOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA FACULTAD.

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

AUTORIDADES:

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA.

JEFE DEL DEPARTAMENTO

LIC. RAFAEL ANTONIO ANDRADE POLÍO.

COORDINADOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DEL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y CIENCIAS SOCIALES.

LIC. FREDY ALIRIO MONTOYA CRUZ.

DIRECTOR DE CONTENIDO.

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA.

DIRECTOR METODOLÓGICO.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios todopoderoso porque me permitió culminar satisfactoriamente uno de mis sueños (la carrera universitaria) que con tanto esmero y dedicación logré concluir, todo gracias a su misericordia y fidelidad para conmigo, por ser mi guía y mi fortaleza en los tiempos de debilidad.

Gracias a mi madre, por su paciencia, apoyo, comprensión y solidaridad.

Gracias a toda mi familia y amigos que son parte de mi vida profesional, agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida.

A mis compañeras de trabajo de tesis, gracias por su amistad, los esfuerzos realizados y la dedicación brindada en cada una de las etapas de este proyecto.

Gracias a mi asesor de tesis y cada uno de los Licenciados que me han acompañado durante el largo camino, brindándome siempre su orientación con profesionalismo ético en la adquisición de conocimientos y afianzando mi formación como estudiante universitaria.

Gabriela Yamileth Guzmán Reyes.

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi madre, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar las dificultades que se nos han presentado. A Vanessa y Gabriela por haber sido unas excelentes compañeras de tesis y amigas, por haberme tenido la paciencia necesaria y por motivarme a seguir adelante en los momentos de desesperación y sobre todo por hacer de su familia, una familia para mí. A mi familia en general por darme ánimos de continuar y poner empeño en mis estudios.

Karen Estefany Estrada Juárez.

Gracias a Dios todo poderoso por haberme permitido llegar hasta este momento, gracias a mi familia especialmente a mis padres por ser los principales promotores de mis sueños y que con su esfuerzo y dedicación me permitieron concluir mis estudios superiores, a mis madrinas Ana y Rosibel por su ayuda incondicionalmente, a mis hermanos y a mi querido Ale gracias por tu apoyo y amor. Agradezco mucho la ayuda de mi asesor de tesis, así como también de mis docentes a lo largo de la carrera y a la universidad en general por los conocimientos que me han brindado, a mis compañeras y amigas de tesis por la amistad entablada desde antes de comenzar esta investigación, y mis compañeros de prácticas del Tribunal Segundo de Sentencia.

Vanessa Isabel Perdomo Ramos.

INDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCION | i |
| CAPITULO I SINTESIS DEL PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 1 |
| 1.1 Planteamiento del problema..... | 1 |
| 1.1.1 Situación problemática..... | 1 |
| 1.1.2 Antecedentes del problema..... | 3 |
| 1.1.3 Enunciado del problema. | 6 |
| 1.1.3.1 Problema Fundamental..... | 6 |
| 1.1.3.2 Problemas Específicos. | 6 |
| 1.1.4 Justificación..... | 6 |
| 1.2. Objetivos. | 10 |
| 1.2.1 Objetivos Generales..... | 10 |
| 1.2.2 Objetivos Específicos..... | 10 |
| 1.3. Alcances de la investigación. | 10 |
| 1.3.1 Alcance doctrinario..... | 10 |
| 1.3.2 Alcance Jurídico..... | 11 |
| 1.3.3 Alcance teórico..... | 12 |
| 1.3.4 Alcance Temporal. | 12 |
| 1.3.5 Alcance espacial. | 13 |
| 1.4. Sistema de hipótesis. | 13 |
| 1.4.1 Hipótesis general. | 13 |
| 1.4.2 Hipótesis específica..... | 13 |
| 1.4.3 Operacionalización de hipótesis. | 14 |
| CAPITULO II MARCO TEORICO..... | 19 |

| | |
|--|----|
| 2.1. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. | 19 |
| 2.1.1. ¿Derecho de castigar o poder punitivo del Estado? | 21 |
| 2.1.2 Una teoría de los derechos fundamentales. | 24 |
| 2.1.3. La seguridad como deber del Estado. | 27 |
| 2.1.4. El poder punitivo del Estado en un Estado constitucional de derecho..... | 32 |
| 2.1.5 El principio de proporcionalidad en la formulación de tipos penales. | 35 |
| 2.1.6 La libre configuración legislativa y la severidad de las sanciones penales | 39 |
| 2.2. LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, SU INCIDENCIA Y DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL | 42 |
| 2.2.1 El Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano. | 44 |
| 2.2.2. El enemigo desde una perspectiva filosófica | 48 |
| 2.2.3. El enemigo en el ámbito político | 52 |
| 2.2.4. El enemigo en la esfera de lo jurídico. | 58 |
| 2.2.5. Günther Jakobs y la justificación del derecho penal del enemigo. | 61 |
| 2.2.6. Luigi Ferrajoli y la teoría del garantismo penal. | 64 |
| 2.2.7. La crítica de Luigi Ferrajoli a la teoría del derecho penal del enemigo. | 67 |
| 2.3. DELITO DE TERRORISMO Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. | 69 |
| 2.3.1. Análisis de la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 Acum | 69 |
| 2.3.2. Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras | 72 |

| | |
|--|------------|
| 2.3.3. La sanción de la pertenencia a grupos terroristas. Ambigüedad en la interpretación de la sentencia 22-2007 Acum. | 75 |
| 2.3.4. El derecho penal de autor y el derecho penal de acto | 76 |
| 2.3.5. La amenaza a la unidad del Estado..... | 79 |
| 2.3.6. Supuestos en los cuales debe calificarse la pertenencia a grupos terroristas..... | 81 |
| CAPITULO III PRESENTACION, DESCRIPCION E INTERPRETACION DE RESULTADOS..... | 84 |
| 3.1 Diseño metodológico..... | 84 |
| 3.1.2 Métodos, Técnicas e Instrumentos de Investigación. | 84 |
| 3.1.2.1 Método Científico. | 84 |
| 3.1.3 Población..... | 85 |
| 3.1.4 Instrumentos de investigación. | 86 |
| 3.2 Resultados de la entrevista no estructurada. | 87 |
| 3.2.1 Presentación de la Entrevista No Estructurada. | 87 |
| 3.2.2 Interpretación de Resultados. | 95 |
| 3.2.3 Valoraciones sobre la problemática de la investigación..... | 95 |
| 3.2.4 Demostración y Verificación de Hipótesis..... | 96 |
| 3.2.5 Interpretación de logro de objetivos..... | 98 |
| 3.3 Consideraciones finales. | 100 |
| CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | 104 |
| BIBLIOGRAFÍA | 110 |
| ANEXOS..... | 116 |
| Anexo N°1: Cronograma..... | 116 |
| Anexo N°2: Entrevista no estructurada..... | 118 |
| Anexo N°3: Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007..... | 120 |

INTRODUCCION

La presente investigación no pretende hacer un estudio superficial que sólo tenga importancia en el ámbito académico; lo anterior se advierte en tanto que el delito de organizaciones terroristas y la teoría del *Derecho Penal del Enemigo*, no de supuestos jurídico penales y teorías que trasciendan a ser tratados en artículos doctrinales de revistas de ciencias penales, sino que es una temática compleja que se está convirtiendo cada vez más en un fenómeno en donde los Estados deben centrar más su atención y darle el tratamiento adecuado y de manera urgente.

Ello tiene una relevante importancia, pues lo que está en juego es nada menos que la seguridad ciudadana y la unidad del Estado, al estar siendo víctimas y objetivos de ataque por parte de las organizaciones terroristas que imperan en El Salvador. Lo que sí se pretende en la presente investigación, y este es naturalmente el propósito de la misma, es arribar a la comprensión precisa respecto de qué es exactamente la teoría del *Derecho Penal del Enemigo* y su probable correspondencia en el ordenamiento jurídico salvadoreño, probable analogía de dicha teoría encontrada en la sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007.

Este trabajo de grado, presentado y desarrollado con el nombre de ***“Delitos de Organizaciones Terroristas y su Desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional Salvadoreña”***, se inicia con una explicación del contexto en el que se encuentra el país en nuestros días y que se considera puede favorecer la positivación de normas penales más severas por parte de la Asamblea Legislativa como respuestas penales represivas ante la escalada delincencial, normas penales en el marco de una Política Criminal identificables como ya se precisó, con la teoría del *Derecho Penal del Enemigo*, y su vez en evidente contradicción con la teoría del *Garantismo Penal*.

Se iniciará por plantear de manera concreta desde la situación problemática, enunciando los problemas que son de relevancia para la esfera jurídica de este país, en tanto que atañen no solo a situaciones meramente jurídicas, políticas, sino más bien aspectos de interés del conglomerado social, es decir, incurriendo directamente en la sociedad salvadoreña como víctima principal sobre la cual recae el accionar de las organizaciones terroristas.

En el capítulo dos analizaremos los argumentos planteados por el penalista alemán Günther Jakobs, quien realiza una manifestación del Derecho penal que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, un adelantamiento impositivo de murallas de punibilidad, naturalmente con marcado rigor punitivo, dentro de otras características. Asimismo, se repasan las ideas de una serie de iusfilósofos garantistas que establecen diferencias con lo que ahora estamos llamando Derecho penal del enemigo y como se aplica al Delito de Organizaciones Terroristas, y posteriormente se recogen, las principales críticas que se han vertido sobre este modelo de Derecho penal y se hace un posicionamiento personal sobre el mismo.

En el capítulo tres se analizarán respuestas de los especialistas en el Ordenamiento jurídico-penal cercanas al Derecho Penal del Enemigo. Los supuestos que se analizarán no suponen una manifestación perfecta de ese Derecho Penal planteado por el profesor Jakobs, pero sí reúnen de forma difusa algunos de sus rasgos básicos; por lo que existe el riesgo de que se produzca una consolidación paulatina de éste.

A partir de la tabulación de los datos y con la comprobación de las hipótesis de manera positiva, se dejará entrever que son verificables íntegramente y que son abordadas y apegadas a la sociedad desde el punto de vista constitucional.

Luego, en su momento, se asumirá una posición en torno a la propuesta de admitir un Derecho Penal del Enemigo como parte del derecho penal y su aplicación en el Delito de Organizaciones Terroristas, que hemos conocido históricamente, dando o no cabida a los postulados planteados por Günther Jakobs, para lo cual necesariamente se presentarán los puntos de vista del grupo respecto de aquellas posturas presentadas en la primera parte que merezcan tal reflexión crítica, con especial énfasis en los aportes brindados por los autores seleccionados en este trabajo.

Y para finalizar se establecen las conclusiones que inciden en la sociedad, es decir, se describieron apartados especiales para llegar a las conclusiones finales de la investigación, pero que abordadas unifican, justifican y sustentan todo el estudio del fenómeno denominado maras o pandillas y ahora consideradas organizaciones terroristas.

CAPITULO I SINTESIS DEL PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1 Planteamiento del problema.

1.1.1 Situación problemática.

El Estado salvadoreño se encuentra organizado, entre otras finalidades, para la consecución de la seguridad y el goce de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, al trabajo a la propiedad y posesión de sus bienes y, también, a la integridad física y moral. Al Estado le corresponde la protección de esos derechos en referencia y la protección y seguridad de todos los derechos fundamentales incluidos en el catálogo que van desde el artículo 1 al 82 de la Constitución de la República.

Ese derecho a la seguridad¹ debe ser garantizado por el Estado en todas sus dimensiones, para ello existe todo un ordenamiento jurídico compuesto por reglas, valores y principios que son garantías de normas de convivencia. Pero, cuando existe la perturbación y lesión de bienes jurídicos de trascendencia penal dentro del conglomerado social, el Estado crea normas penales, las cuales son aplicables a sus ciudadanos; para aquellos delitos que históricamente se han materializado a través de la historia de las sociedades humanas. Esos delitos y sobretodo las penas cumplen cierto grado de plausibilidad.

El punto es cuando ciertos delitos rompen con aquel desplazamiento y registro criminógeno de manera excesiva; esto es, que amenaza con la existencia de las personas y por consiguiente con la unida del Estado. Por ello, no hay otro mecanismo que el de la severidad de la sanción penal por la

¹ La Sala de lo Constitucional, en su copiosa jurisprudencia ha descrito una *dimensión material* de lo que se ha de entender por "seguridad", tal derecho, sostiene: "equivale a un derecho a la tranquilidad, es decir, un derecho de poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores los bienes muebles o inmuebles que cada uno posee, o bien la tranquilidad de que el Estado tomará las medidas pertinentes y preventivas para no sufrir ningún daño o perturbación en la persona" (Sentencia de 7-IX-2001, Inc. 15-98, Considerando IV 1 B).

dimensión y alcance de los mismos. Esas conductas atípicas se encuadran en los denominados delitos de terrorismo o de proposición y conspiración para cometer esos actos de terrorismo, en donde las víctimas son comunidades enteras, enormes grupos poblacionales.

El Código Penal, regulaba en sus artículos 343 y 344 la tipificación de delitos denominados Actos de Terrorismo y Proposición y Conspiración para Actos de Terrorismo; previendo el legislador la sanción, como una forma de prevención general para que no se cometieran los referidos tipos penales de forma aislada. El asunto es cuando estos actos alcanzan un nivel de organización y los actos típicamente sancionados son cometidos de forma sistemática soslayando la normal penal.

Y este fenómeno no solamente ha ocurrido después de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2002 en los Estados Unidos, sino que, se han replicado en España, Francia, Inglaterra y, también en Bélgica, el pleno corazón de la Unión Europea. En El Salvador era impensable que existieran estructuras criminales capaces de provocar muerte y terror; pero esa realidad se presentó con mayor acentuación el día 20 de junio del 2010, cuando un grupo de pandilleros de la Mara 18² quemaron un microbús con personas adentro, muriendo 17 personas y otras resultaron heridas.

Pero es de precisar que en el año 2006, como reacción a la escalada de acciones terroristas de estos grupos denominados maras o pandillas³, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (LECAT);⁴ no obstante, unos ciudadanos recurrieron a la Sala de lo

² La mara 18 se formó en algunas áreas en donde se “establecieron los migrantes estaban dominadas por pandillas juveniles, siendo la más conocida la Pandilla 18, integrada por mexicano-americanos y que había surgido en la década de los 60.” Para mayor ilustración ver: “Informe para la discusión Violencia juvenil, maras y pandillas en El Salvador”, Equipo POLJUVE El Salvador.

³ Una aproximación a lo se deberá entender por maras y pandillas se encuentra en “**Maras y pandillas en Centroamérica**”. Volumen I, UCA Publicaciones, Managua. Año 2001, p. 31-23.

⁴ La mencionada ley fue aprobada mediante Decreto Legislativo 108, del 21 de septiembre del 2006, publicado en el Diario Oficial 193, Tomo 373, del 17 de octubre del 2007.

Constitucional a interponer demandas en contra de la LECAT, pero, fueron declarados inconstitucionales ciertos artículo de la LECAT; sin embargo, la mayoría de artículos fueron declarados que no contrariaban la Constitución y, lo más importante es que la Sala de lo Constitucional declaró que las maras o pandillas detalladas en la sentencia eran grupos terroristas⁵.

La problemática que se pretende arribar es que, no obstante y existe una ley especial aplicable a estos grupos terroristas (LECAT), la misma ha sido reforzada por la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 Acum, existe también la ratificación de la Convención Interamericana contra el Terrorismo; la afectación por parte de estos grupos a la población y al Estado aún persiste.

1.1.2 Antecedentes del problema.

La problemática delincriminal en el país comienza a tener su mayor presencia y desarrollo a niveles nunca registrados en la denominada época de la *postguerra*, pero en ese preciso momento no se le dio la requerida atención al referido problema social en una etapa que, a lo mejor, había mayor facilidad de controlarlo de manera efectiva, ya que no presentaba los signos de complejidad que hasta ahora se perciben.

En el año de 1993 es cuando se realiza la primera encuesta monográfica sobre el tema delincriminal relacionado con grupos pandilleriles; el estudio sostiene que los salvadoreños venían advirtiéndolo y acusando año tras año que la delincriminal iba en aumento y junto a esa percepción, encuentran más acuerdo

⁵ La sentencia de inconstitucionalidad en comento fue pronunciada el día 24 de agosto del año 2015, en donde la Sala de lo Constitucional arribó a la conclusión de que en efecto, estos grupos eran terroristas: *“Por esto, son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado—, control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal—, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella...”*

en la opinión de que el gobierno no estaba haciendo nada para resolverlo⁶. Lo anterior es un claro indicativo que al menos cuando se comenzó a gestar esa problemática delincencial era manejable con políticas criminales pero teniendo como sustrato políticas públicas de carácter preventivas.

En el año 2003 se crea la *Ley Antimaras*⁷, siendo esta ley de carácter temporal y tenía a su vez por finalidad combatir las denominadas maras o pandillas, pero esta ley fue declarada inconstitucional⁸ por la Sala de lo Constitucional, irónicamente un día después que había perdido vigencia⁹. Posteriormente se creó la denominada *Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales*, la cual contenía los mismos supuestos de inconstitucionalidad de la Ley Antimaras recientemente declara inconstitucional, porque el contenido de tipos penales previstos eran similares a la recién ley declarada contraria a la Constitución y por consiguiente expulsada del ordenamiento jurídico salvadoreño; de igual forma, es de señalar que esta segunda ley antimaras -así se le llegó a conocer también- era temporal, prevista para una vigencia de 90 días.

Luego el Estado, al percatarse de la dimensión de peligrosidad de estos grupos criminales para con la seguridad de la población y de la estructura política del mismo Estado, mediante Decreto Legislativo N° 108 aprueba en el mes de septiembre del 2006 la denominada Ley Especial Contra Actos de Terrorismo.

El Estado, en esa misma intención de combatir la escalada y proliferación de estos grupos pandilleriles, en ese orden cronológico es que posteriormente

⁶ Cruz, José Miguel. *“¿Elecciones para qué?”* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLASCO). UCA Editores, primera edición, 2001, p. 58.

⁷ La Ley Antimaras fue creada mediante Decreto Legislativo N° 158, de 9-X-2003, publicado en el Diario Oficial N° 188, tomo 361.

⁸ La inconstitucional de esta Ley Antimaras fue mediante resolución con referencia 52-2003 Acum, de fecha uno de abril del 2004.

⁹ Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC), y otros. *“Maras y pandillas en Centroamérica. Políticas juveniles y rehabilitación. Volumen III”*. UCA Publicaciones, Managua, Nicaragua. Primera edición 2004, p. 76.

se crea, en el mes de septiembre del año 2010, por medio de Decreto Legislativo N° 458 la *Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal*; siempre encaminada a combatir a las maras y pandillas con alcance hacia otro tipo de organizaciones de naturaleza criminal.

El Considerando IV de la referida *Ley de Proscripción de Maras o Pandillas* establece lo siguiente: “Que es evidente el fortalecimiento y el incremento de la gravedad y el impacto de la actividad delictiva de las maras o pandillas. Por lo que se vuelve necesario, aumentar el control sobre estas agrupaciones para implementar la política integral de justicia, seguridad pública y convivencia, especialmente en lo relativo a la prevención social de la violencia y el delito y, en la atención a la víctima.

Además se requiere la intervención de las instituciones del Estado y del municipio para el pleno desarrollo de las políticas sociales a favor de la comunidad”. Como se logra percibir, la *Ley de Proscripción de Maras o Pandillas* involucra a los municipios en el combate a estos grupos pandilleriles, puntualiza en el nombre de las estructuras y, la peculiaridad también de incluir a un grupo de exterminio de pandilleros, conocida como la *Sombra Negra*.

Como ya se ha precisado, el estudio estará centrado únicamente en el caso de la inconstitucionalidad 22-2007 porque en esta sentencia en donde la Sala de lo Constitucional, en primer lugar, cataloga a cierta pandilla o maras como grupos terroristas y, además, precisa sobre su aplicación en el marco de una interpretación conforme.

1.1.3 Enunciado del problema.

1.1.3.1 Problema Fundamental.

- ✓ ¿Cuál es la causa por la que los jueces y fiscales no determinan el objetivo del tipo penal en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismos en relación con la sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007?

1.1.3.2 Problemas Específicos.

- ✓ ¿Cuáles son los supuestos en los cuales debe de configurarse el tipo penal de procedencia s grupos terroristas?
- ✓ ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la pena no proporcional con el principio de humanidad y resocialización en el Delito de Organizaciones Terroristas?

1.1.4 Justificación.

El combate jurídico penal hacia la delincuencia ha sido una de las principales prioridades del Estado Salvadoreño para prevenir y combatir el alto nivel de delincuencia, ello ha potenciado las medidas necesarias para prevenir, decretar, contrarrestar, investigar y sancionar las diversas manifestaciones de terrorismo y otras acciones de grupos o individuos relacionados de manera directa o indirecta con la comisión de actos terroristas, su financiación, facilitación y colaboración con ellos. Como consecuencia de los ataques terroristas realizados en diversos países a inicios de este siglo, precisamente después de los atentados del 11 de septiembre del 2001 ocurridos en los Estados Unidos de América.

En 2006 El Salvador derogó el tratamiento relativo a este fenómeno delictivo que existía en su Código Penal y aprobó la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo. Posteriormente se presentó una demanda de inconstitucionalidad sobre la mayoría de disposiciones de la LECAT, pero la

Sala de lo Constitucional, a través de una interpretación conforme determinó la inconstitucionalidad de unos artículos o conceptos y la no contradicción con la Constitución de la mayoría de artículos impugnados por los demandantes.

En la actualidad, a El Salvador se le observa una tendencia político criminal que extiende el concepto de actos de terrorismo a diversos tipos de conflictividad social y delincuencia que se observa, uno de ellos es el fenómeno de las maras o pandillas que según la *Ley de Proscripción de Maras Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal*, el artículo 1 establece que “Son ilegales y quedan proscritas¹⁰, pues claramente tienen una mayor expresión delincuencia, ya que muchos miembros de estas agrupaciones comenten delitos de todo tipo, asesinatos, extorsiones y hechos delictivos relacionados con el crimen organizado que trascienden en contra de la seguridad y unidad del Estado

Dando cumplimiento a los derechos consagrados en la Constitución, es obligación del Estado proteger el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, el trabajo, la propiedad, la posesión y la conservación y defensa de estos derechos. Las personas, de manera individual, tienen derechos humanos, pero también de forma colectiva; por tal motivo, en importantes instrumentos normativos internacionales y nacionales, se ha procurado reconocer y salvaguardar esos derechos, así como consolidar los sistemas o los mecanismos para garantizarlos, como en el caso de la seguridad pública, es por esto que es necesaria la aplicación de la LECAT, ya que dicha técnica legitima la urgente protección de los intereses sociales y al ser el terrorismo un fenómeno criminal internacional viene a estar debidamente justificada.

En tal sentido se distingue una doble perspectiva, una que mira hacia el hecho pasado sometido a juicio, y otra hacia el futuro mediante la medida de

¹⁰ Proscribir: del latín “*proscribere*” prohibir el uso de una cosa por costumbre.

seguridad que emplea el Estado, la cual no actúa como comunicación sino como lucha contra el peligro, encontrándose en una situación ambivalente, por un lado, salvaguardar el bien jurídico de la vida y la seguridad estatal, pero a su vez garantizar el respeto y garantía de los derechos fundamentales. A partir de esto se introduce la noción de Derecho Penal del Enemigo¹¹, por oposición al Derecho Penal Del Ciudadano. Así es como Günther Jakobs, denomina 'Derecho' al vínculo de personas que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con los enemigos no se determina por el Derecho, sino por la coacción.

Ahora bien, con lo anteriormente expuesto se aborda la justificación de la problemática de la siguiente forma: Se justifica la incorporación del concepto de "enemigo" como parte integrante del derecho penal en el marco de una política criminal, señalando que estaría operando en la práctica una reconfiguración del concepto de persona, y consecuentemente, una restructuración de lo que debemos entender por derecho penal. Esto se basa en una visión netamente descriptiva del fenómeno, constatando su existencia, y por ende, se busca a partir de allí construir las bases de su justificación.

Más allá de discutir o no la lógica sistémica de reconfiguración de la estructura "persona" a partir de la estructura "enemigo", debemos partir de la premisa que el derecho penal está dirigido a seres humanos. Ello nos permite plantear que el hecho de que se pueda constatar la presencia de manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la práctica legislativa no habilita en lo absoluto a sostener que dichas expresiones sean o deban ser consideradas parte del derecho penal.

Nadie puede desconocer la necesidad de tipificar y sancionar de manera efectiva la creciente criminalidad que surge en el ámbito de las organizaciones

¹¹ Rodrigo Ríos Álvarez (2012) señala que *Derecho Penal Del Enemigo*, es una manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal.

criminales, como lo son el narcotráfico, el terrorismo y/o delitos sexuales, tal como han destacado la mayoría de los autores que han realizado estudios en esta materia. Ahora bien, si aceptamos esta necesidad de una mayor represión en este tipo de delitos, con las consecuencias que ello conlleva también a nivel procesal penal –con el aligeramiento de determinadas garantías– esta tolerancia no puede ser en ningún caso absoluta en el sentido que implique sin más el desconocimiento del núcleo duro que está en la base del derecho penal aquel dirigido a los ciudadanos, tomando para ello la diferenciación de Jakobs.

Con respeto a las garantías y derechos con reconocimiento constitucional y a nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos, el derecho a la vida, la integridad física y la seguridad de las personas no debe dejarse de lado, ya que constituyen un límite para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, pero una cesión de garantías individuales en la lógica de una mayor seguridad de la sociedad, dando por hecho que el resultado de esta limitación de garantías y derechos fundamentales por parte del Estado conlleva automáticamente en una mayor seguridad y paz social.

Siguiendo en este punto a Demetrio Crespo, si estamos en la convicción de lo que está detrás del ejercicio de fuerza estatal siendo la protección de “bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad”¹², a través de todas las consecuencias penales y procesales penales que se han destacado y que son características del Derecho Penal del Enemigo.

La fuerza Estatal debe ser la última alternativa de la cual se debe auxiliar para efectos de intentar solucionar conflictos sociales con el fin de la paz social y la anhelada seguridad son suficientes para legitimar un actuar estatal

¹² CRESPO, Demetrio. (2007). “Acerca de la composición de la entre la libertad y la seguridad en el Derecho Penal”. Universidad de Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca y los autores, pág. 183.

diferenciado entre ciudadanos y enemigos. Por ello, si el Estado omite actuar o bien actúa de manera deficiente ante tales delincuentes peligrosos, esa omisión o deficiencia *denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado* al no utilizar la herramienta jurídica para evitar estas consecuencias, la seguridad es alcanzable como tal, bastando para ello que el Estado actúe de manera intensa reprimiendo y castigando a aquellos que no pueden ser “rehabilitados”.

1.2. Objetivos.

1.2.1 Objetivos Generales.

- ✓ Analizar los criterios de la Sala de lo Constitucional para determinar cuándo y en qué manera un grupo delictivo debe de considerarse organización terrorista.

1.2.2 Objetivos Específicos.

- ✓ Diferenciar la teoría del Derecho Penal del Enemigo del Derecho Penal del Ciudadano con relación a la teoría de los Derechos Fundamentales.
- ✓ Identificar si nuestro Sistema Penal se suscribe al Derecho Penal Mínimo o al Derecho Penal Máximo.

1.3. Alcances de la investigación.

1.3.1 Alcance doctrinario.

El tema a desarrollar tiene que ver con dos deberes trascendentales del Estado. Por una parte, constitucionalmente el Estado está en la obligación de garantizar la seguridad de la ciudadanía, en ese sentido debe formular leyes, dentro de la potestad de diseñar e implantar una política criminal; no obstante, en un Estado Constitucional de Derecho es de rigor la protección y respeto a derechos fundamentales de las personas.

Ante esa ineludible realidad, es de desarrollar un abordaje sobre el Estado Constitucional de Derecho y, como el tema deviene de una sentencia de la Sala de lo Constitucional, es pertinente también enfocarse en la facultad de los tribunales constitucionales como guardianes de la Constitucional; esto es, debe sostenerse una tesis sobre el tránsito de un Estado legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho porque es en este último modelo de Estado en donde sí se observa el respeto y garantía de derechos fundamentales así como la labor importante de un tribunal constitucional.

Para lograr dejar por sentado la dimensión y comprensión de aspectos doctrinales, será preciso retomar las directrices de juristas sobre lo que se debe entender por Estado Constitucional de Derecho; para ello es de retomar lo afirmado por Manuel Aragón, por ejemplo, de Peter Häberle y Hans Peter Schneider respecto de la doctrina sobre el Estado Constitucional de Derecho.

1.3.2 Alcance Jurídico

Naturalmente se debe estudiar los tipos penales consignados en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, tomando como parámetro la sentencia 22-2007 en tanto que, en esa sentencia se establecen los parámetros para determinar cuáles estructuras son consideradas grupos terroristas, las razones y fundamentos de tal apreciación, así como las directrices que deben tomar en cuenta los juzgadores al momento de aplicar la LECAT.

La sentencia con referencia 22-2007 se enmarca en este alcance jurídico en razón que, existe una discusión sobre las normas de origen judicial y, particularmente, porque la jurisprudencia es fuente del Derecho. En la referida sentencia 22-2007, la Sala de lo Constitucional precisa que es únicamente al Estado, por ejemplo, que le corresponde la facultad de delimitar y ejercer control del territorio. La unidad de un Estado es de vital importancia para la armonía de Comunidad Jurídica, y por ello esa sentencia sirve de soporte para

que los jueces con facultades de aplicar la LECAT lo hagan sin que exista la posibilidad de caer en vulneración de derechos fundamentales.

1.3.3 Alcance teórico.

Se ha sostenido que el Estado dentro de la facultad de garantizar la seguridad de las personas y, por otra parte, de garantizar sin distinción la protección y respeto de derechos fundamentales, se encuentra en una situación ambivalente, porque es bien complejo garantizar los dos cometidos que constitucionalmente le asisten. Por ello, se ha de desarrollar una **teoría de los derechos fundamentales**, así como, en virtud de la complejidad y gravedad de delitos que cometen estas estructuras criminales, abordar la **teoría del Derecho Penal del Enemigo** para comprender si el contexto del denominado Derecho penal Mínimo encajaría y procedería esta teoría desarrollada principalmente por Günther Jakobs.

En razón de esa evidente dicotomía, se incorporará a este trabajo toda la **teoría del garantismo penal** de su máximo exponente, Luigi Ferrajoli, en contraposición a la **teoría del Derecho penal del enemigo**, para luego dilucidar si es posible que en un Estado Constitucional de Derecho sea posible, al menos materialmente hablando, la implementación de una teoría del Derecho penal del enemigo a la luz de la sentencia 22-2007 y la LECAT.

1.3.4 Alcance Temporal.

Como el problema de delincuencia pandilleril se comienza a gestar a partir de 1992, esto es, después de la firma del Acuerdo de Paz, el análisis parte de una interpretación integral que tiene su ubicación sin ánimos presuntuosos, de 1992 a 2007, como una primera etapa y, la segunda, de 2007 a la fecha. En la primera parte de esos acontecimientos se sitúan en orden cronológico al serie de leyes que aprobó la Asamblea Legislativa, luego, a partir de la sentencia 22-2007 que ha venido a aclarar algunos tipos penales,

preceptos y conceptos inmersos en la LECAT, se vuelve hacer mayor énfasis a partir de la emisión de la sentencia en comento de la Sala de lo Constitucional.

1.3.5 Alcance espacial.

Es de precisar que el estudio en desarrollo estará referido a los casos que han conocido los tribunales de sentencia y especializado de la ciudad de San Miguel. Ello sentará las premisas para determinar si la LECAT debe ser de aplicación exclusiva de los jueces especializados y arribar a los motivos por los cuales los tribunales de sentencia con jurisdicción ordinaria de San Miguel también han aplicado, en pocos casos, la denominada LECAT.

1.4. Sistema de hipótesis.

1.4.1 Hipótesis general.

- ✓ En la inconstitucionalidad 22-2007, la Sala de lo Constitucionalidad mediante una interpretación conforme establece los presupuestos que el juzgador debe valorar al momento de aplicar la Ley Especial contra Actos de Terrorismos, la cual propicia la eficacia del combate a las agrupaciones terroristas que atentan contra la población y la unidad del Estado.

1.4.2 Hipótesis específica.

- ✓ La Ley Especial Contra Actos de Terrorismos en su aspecto sustancial como teoría del Derecho Penal del Enemigo, es una estrategia en el marco de una eficiente política criminal.
- ✓ En el marco de un Derecho Penal Mínimo son permisible la severidad de las penas y medidas que busquen recuperar la seguridad de la población

1.4.3 Operacionalización de hipótesis.

| <p>Objetivo General.</p> <p>Analizar los criterios de la Sala de lo Constitucional para determinar cuándo y en qué manera un grupo delictivo debe de considerarse organización terrorista.</p> | | | | | |
|--|---|--|---|--|--|
| <p>Hipótesis general.</p> <p>En la inconstitucionalidad 22-2007, la Sala de lo Constitucionalidad mediante una interpretación conforme establece los presupuestos que el juzgador debe valorar al momento de aplicar la Ley Especial contra Actos de Terrorismos, la cual propicia la eficacia del combate a las agrupaciones terroristas que atentan contra la población y la unidad del Estado.</p> | | | | | |
| DEFINICION CONCEPTUAL | DEFINICION OPERACIONAL | VARIABLE INDEPENDIENTE | INDICADORES | VARIABLE DEPENDIENTE | INDICADORES |
| <p>Criterios de la Sala de lo Constitucional en la aplicación de la LECAT.</p> | <p>La aplicación de la LECAT a las organizaciones terroristas propicia la eficacia del combate delictivo.</p> | <p>Presupuestos de aplicación de la LECAT,</p> | <p>- Estado -Sala de lo Constitucional - Población.</p> | <p>Finalidad de combatir los grupos terroristas.</p> | <p>- Organizaciones terroristas. - Presupuestos de aplicación.</p> |

Objetivo Específico 1.

Diferenciar la teoría del Derecho Penal del Enemigo del Derecho Penal del Ciudadano con relación a la teoría de los Derechos Fundamentales.

Hipótesis Específica 1

La Ley Especial Contra Actos de Terrorismos en su aspecto sustancial como teoría del Derecho Penal del Enemigo, es una estrategia en el marco de una eficiente política criminal.

| DEFINICION CONCEPTUAL | DEFINICION OPERACIONAL | VARIABLE INDEPENDIENTE | INDICADORES | VARIABLE DEPENDIENTE | INDICADORES |
|---|---|---|--|---|--------------------|
| Teoría del Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del ciudadano como poder punitivo del Estado. | Derecho Penal del Enemigo como una política criminal eficiente. | Los derechos fundamentales y su relación con la Teoría del Derecho Penal del Enemigo, | -Derechos Fundamentales. -Teoría del Derecho Penal del Enemigo. | El derecho Penal del Enemigo como aspecto sustancial de la LECAT. | Política criminal |

Objetivo Específico 2.

Identificar si nuestro Sistema Penal se suscribe al Derecho Penal Mínimo o al Derecho Penal Máximo.

Hipótesis Específica 2

En el marco de un Derecho Penal Mínimo son permisible la severidad de las penas y medidas que busquen recuperar la seguridad de la población

| DEFINICION CONCEPTUAL | DEFINICION OPERACIONAL | VARIABLE INDEPENDIENTE | INDICADORES | VARIABLE DEPENDIENTE | INDICADORES |
|--|---|-------------------------------------|-----------------------------------|--|---|
| Derecho Penal Mínimo y el Derecho Penal Máximo como sistemas emergentes en la actualidad | Identificación de que sistema Penal es viable la aplicación en el un Estado Constitucional Salvadoreño. | La severidad de las penas y medidas | - Penas - Medidas de Seguridad | En el Sistema Penal Mínimo y Máximo y el fin de la seguridad de la población y el Estado | - Sistema Penal Mínimo. - Sistema Penal Máximo. - Seguridad - Población -Estado |

| CODIGO DE PREGUNTA | TEMA FUNDAMENTAL | CATEGORIAS BÁSICAS |
|--------------------|---|---|
| 01 | Derechos fundamentales y el poder punitivo del Estado en los delitos que cometen las organizaciones terroristas | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Constitución de la Republica. ✓ Escritos de Derecho Constitucional ✓ Derechos fundamentales y Estado constitucional. ✓ Teoría de los Derechos Fundamentales. |
| 02 | Criterios de la Sala de lo Constitucional en la aplicación la Ley Especial contra Actos de Terrorismos | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sentencia de Inconstitucionalidad ✓ Ley Contra Actos de Terrorismos. |
| 03 | Contraste de la Teoría del Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano. | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Teoría del Derecho Penal del Enemigo de Günther Jakobs. ✓ Derecho y razón. Teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli. ✓ Funcionalismo del Derecho Penal. |
| 04 | Consecuencia jurídica de la pena no proporcional con el principio de humanidad y resocialización en el Delito de Organizaciones Terroristas | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Tribunal de Sentencia de San Miguel. ✓ Juzgado especializado en Sentencia de San Miguel. |
| 05 | Derecho Penal del Enemigo como Política Criminal. | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Estado Salvadoreño. ✓ Asamblea Legislativa. ✓ Corte Suprema de Justicia. |

| | | |
|----|------------------------------|--|
| 06 | Sistema Penal en el Salvador | ✓ Derecho penal Mínimo ✓ Derecho Penal Máximo |
|----|------------------------------|--|

CAPITULO II MARCO TEORICO

2.1. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Toda sociedad debidamente organizada cuenta con cierto tipo de normativa que conforma todo el ordenamiento jurídico, el cual sirve para propiciar las relaciones de armonía en esa misma sociedad. Todo ese conglomerado de la sociedad, incluida su cultura, tradiciones y sus instituciones y órganos fundamentales de gobierno, conforman lo que se conoce como Estado. Esos acuerdos de convivencia devienen de las teorías de Hobbes y de Rousseau, por ejemplo, que se denominan en la *teoría del Derecho y del Estado* como el contractualismo; esto es, que el Estado como ente jurídico deviene de un enorme acuerdo entre sus ciudadanos, un contrato social.

Este Estado es concebido –en palabras de Hegel-, como un ente absoluto y unitario, de cuya “unión como tal es verdadero contenido y fin, y la determinación de los individuos es llevar una vida universal; su posterior y particular satisfacción, actividad y comportamiento tienen como punto de partida y como resultado esa sustancialidad y validez universal”¹³. Esa *unidad* del Estado, desde la perspectiva *contractualista* puede verse amenazada cuando ciertos integrantes rompen con el ordenamiento jurídico, en ese caso se quebranta el orden y la persona que infringe la norma debe ser expulsada del Estado. Hoy en día, a esa reacción del Estado al quebrantamiento de una norma, puede ser subsanado por medio del poder punitivo del Estado.

El Estado, en consonancia con el anterior argumento por medio del control social que ejerce en su circunscripción aplica su poder punitivo. Pero ese poder punitivo del Estado encuentra ciertas limitaciones, es decir, que debe respetar ciertos parámetros dentro de su poder punitivo; porque a su vez esa

¹³ Georg, Hegel. *“Filosofía del Derecho”*. Editorial Claridad, Buenos Aires, colección Biblioteca Filosófica 5, quinta edición, 1968, pp. 212-213.

legitimidad del Derecho penal derivable del poder punitivo, encuentra su legitimación en la Constitución, en los Pactos y Tratados¹⁴ internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo.

No obstante, hay ciertas teorías como se apuntó al inicio de este acápite, en el sentido que, quien infringe la norma penal, debe ser expulsado del Estado; así, Jakobs precisa que, “todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca a su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de la comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho, en todo caso no en ese momento”¹⁵. Ante esa complejidad, el Estado debe sancionar conductas penales previstas en las leyes, pero además debe respetar los derechos fundamentales de las personas que infringen la norma.

Se ha sostenido que si bien es cierto cuando un ciudadano quebranta la norma penal el Estado debe sancionar, pero lo cierto es que, en un Estado Constitucional de Derecho; no obstante, y esté legitimando ese poder punitivo del Estado, debe tener un límite, siendo que, frente al límite del poder desproporcional o arbitrario del Estado han surgido los derechos fundamentales como límites a ese poder sancionador. Lo anterior resulta complejo para el Estado, porque por una parte debe garantizar la seguridad de todos sus ciudadanos y, a su vez garantizar el respeto a los derechos fundamentales.

Esas garantías del Estado frente a la potestad de conminar y aplicar penas, estas no deben implicar severidad, porque como ya se ha precisado, existe un catálogo de derechos fundamentales en la mayoría de las constituciones democráticas. Esos derechos fundamentales, a decir de Ferrajoli, no son más que todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. “**Derecho penal. Parte general.**” Editorial Tirant lo Blanch, séptima edición, Valencia, 2007, p. 68.

¹⁵ Jakobs, Günther. “**Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**”. Civitas Ediciones, S. L. Reimpresión 2000, Madrid (España), p. 70.

personas con capacidad de obrar¹⁶. Lo anterior implica que, si los seres humanos tienen ese *status* de persona, naturalmente es sujeta de esos derechos fundamentales.

Lo que debe ocurrir, por tanto, es un elemento esencial que debe tomar en cuenta el legislador al momento de configurar las normas penales, y es el principio de proporcionalidad, el cual va a garantizar que la norma penal que se pretende aprobar no lesione derechos fundamentales cuando no se ajustan a este principio en comento. Y es que, si bien es cierto que el poder punitivo del Estado se encuentra legitimado, ese principio de proporcionalidad asegura que el legislador cuando tenga que intervenir en materia de derechos fundamentales debe supeditarse al cumplimiento de ciertos presupuestos, a saber. 1) Cuando la norma persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria y, 4) que exista proporcionalidad en los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa¹⁷.

2.1.1. ¿Derecho de castigar o poder punitivo del Estado?

En el Estado actual, que es normalmente democrático y de derecho, *el ius puniendi* será la potestad o el poder atribuido a determinado órgano del Estado, en este caso a la Asamblea Legislativa, para imponer penas, sanciones y establecer medidas de seguridad a quienes después del debido proceso, se les declaró como responsables por los delitos que cometen.

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad; ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar,

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. ***“Derechos y garantías. La ley del más débil”***. Editorial Trotta, colección Estructuras y Procesos. Tercera Edición, 2002, Madrid (España), p. 37.

¹⁷ Lopera Mesa, Gloria Patricia. ***“Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”***. En ***El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional***. Editor: Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador. Primera edición, 2008, p. 272.

mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades.

La función punitiva del Estado Social y democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su derecho de castigar lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen¹⁸, por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas¹⁹. Estos límites se expresan en forma de principios que se componen de bases constitucionales.

Pero si bien el principio democrático expresa un requisito necesario, no es suficiente. Éste no basta para que exista legitimidad, sino que debe darse una legitimación "desde afuera" como señala Ferrajoli. Este autor asevera que no basta una democracia formal, sino que se requiere de una democracia sustancial, en donde el límite a las decisiones de las mayorías se encuentre en los derechos de las minorías. Sólo si el Estado es considerado como un medio para alcanzar la tutela de los derechos fundamentales estará legitimada su función, y dicha legitimación nunca será perfecta o completa, por lo que el poder en todos los Estados de Derecho padecerá de cierta ilegitimidad política.

Una vez esbozada la fuente de legitimidad del poder parece que continúa pendiente una justificación de las penas a aplicar. Pero se cree que es precisamente en ese principio democrático justificado "desde afuera" donde radica la justificación misma de las penas. Establecidos democráticamente los bienes jurídicos y tipos de ataques penalmente sancionados, se legitima también el tipo de penas seleccionadas. Pero el hecho de que se legitimen no quiere decir que dicha legitimación sea automática, sino que deben cumplirse

¹⁸ Mantilla Nogués, Rodríguez Pisón (1999) *Compendio De Derecho Penal. Parte General*, editorial Leyer Bogotá, pag. 9

¹⁹ BUSTOS, Ramírez, Juan (1984, 1997) *Manual de derecho penal español. Parte General*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 64

ciertos requisitos como el respeto a las garantías individuales, a los derechos de las minorías y a los derechos humanos.

Resulta oportuno citar a Ferrajoli cuando señala que "es difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional, tendencialmente clasista y contrario a la Constitución de la escala de bienes tutelados por nuestro Derecho Penal, en contradicción con el escaso valor otorgado a la libertad personal, de la que se priva incluso por infracciones levísimas²⁰".

Los Fundamentos del poder punitivo del Estado se analizan desde la perspectiva de cuando un ciudadano comete un delito ¿qué se hace con él?, ¿Cómo actúa la sociedad con quien viola las normas establecidas? ¿Cuándo el Estado adquiere el derecho de privar a un ciudadano de sus propios derechos y de castigarlo? A estas interrogantes se les responde con el Poder Punitivo definido como la facultad que tiene el Estado para sancionar con un pena privativa de libertad a quien comete un crimen, al que violó las normas para que no vuelva hacerlo, y a su vez tratar de disuadir a los demás para que no les pase lo mismo.

Debe entenderse la sanción penal como un producto de la decisión democrática en el ejercicio de la libertad como derecho a la autodeterminación. Al parecer no existe un acuerdo ni siquiera a nivel teórico de la finalidad que pretende alcanzarse con las penas, pero se considera que existen razones para creer que la sociedad en general está de acuerdo en que se imponga una pena a aquellos que afecten ciertos bienes jurídicos de formas especialmente reprochables. Y entonces, desde un punto de vista agnóstico, puede decirse que la finalidad de las penas consiste en cumplir con el mandato democrático de sancionar las conductas delictivas con penas.

Muñoz Conde y García Arán señalan que, en los casos graves, la reparación debe ir acompañada de otra pena "para distinguir entre la gravedad

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, editorial Trotta, pág. 476

de la conducta y la del daño²¹”, es decir, debe sancionarse a quien delinque y debe atenderse a la víctima de forma debida. El tema de la proporcionalidad está estrechamente vinculado con el desvalor de acción y de resultado propios del delito ya que son éstos los criterios que deben tomarse como base para establecer la proporcionalidad de la pena; Ferrajoli señala que en un sistema garantista deben acogerse criterios tanto objetivos como subjetivos, y señala que “los límites de la pena tienen que variar tanto en relación con el daño como en relación con la culpa. Pero el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.²²

2.1.2 Una teoría de los derechos fundamentales.

La teoría de los derechos fundamentales se ha usado como elementos argumentativos a favor o en contra de un sinnúmero de postulados presentes en las sentencias de constitucionalidad. El concepto fuerte de derecho es aquel que relaciona todos los elementos del derecho para su conceptualización. Podemos ver un ejemplo en la definición de Ihering como “intereses jurídicamente protegidos”²³. Dicha definición fuerte de derechos incluye términos propios del mismo; intereses, circunstancias jurídicas y protección.

El principio ius fundamental material es aquel que exige certeza absoluta (como en la Teoría de los derechos fundamentales) para aceptar la afectación de una libertad. Alexy afirma que “es casi imposible imaginar que exista una medida de derecho económico, laboral o ecológico que no intervenga en la libertad de profesión y oficio o en el derecho de propiedad de alguien”²⁴. Razón para abrir un debate sobre la posición del jurista en cuanto a la ponderación de las libertades o de los formalismos.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2004) *Derecho Penal. Parte general*, 6ta edición Tirant Blanch, Valencia, p. 688.

²² FERRAJOLI, Luigi, (1995) *Derecho y Razón*. Ibídem t, p. 399.

²³ Alexy, ROBERT (1998). En: *Derecho y razón práctica*. Coyoacán. México: Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, p. 22.

²⁴ Alexy, ROBERT. (2001) “*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*” Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid segunda reimpresión, p.53.

Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferentes: las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales; las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación; y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social, son sólo tres ejemplos²⁵. A partir de lo anterior se puede determinar que no existe ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran República Federal de Alemania.

El hecho de que haya que distinguir entre estas diferentes teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden dentro del respectivo marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental²⁶. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas resulta por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas de las estructuras posibles y necesarias de los derechos fundamentales, es decir, de una teoría formal general de los derechos

²⁵ Alexy, ROBERT (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. p. 27

²⁶ *Ibidem*, p. 28

fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales.

Por ello, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse, por una parte, de los conocimientos teórico-jurídicos y, por otra, contribuir a ellos a través del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática²⁷. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, jurídica. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente es practicado como ciencia del derecho y es designado como "dogmática jurídica" o "jurisprudencia", es decir, la ciencia del derecho en sentido estricto y propiamente dicho. Una vez analizado lo anterior, es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa.

La teoría de Alexy ha contribuido decisivamente en la creación y fundamentación de subreglas y el establecimiento de sus propias condiciones de posibilidad, la sistematización de la jurisprudencia, la construcción del precedente judicial vinculante, la fundamentación de los derechos como principios, las formas de resolver las tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria mediante la dogmática de los márgenes de acción y en la comprensión y defensa de fenómenos como la expansión de la densidad normativa de la Constitución y la constitucionalización material del ordenamiento jurídico.

La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico. Apunta a una teoría integrativa que

²⁷ *Ibidem*. p.29

abarque de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan ser formulados en las tres dimensiones y los vincule óptimamente. A una teoría tal se la puede llamar una "teoría ideal de los derechos fundamentales". Toda teoría fácticamente existente y, en este sentido, real de los derechos fundamentales puede ser considerada sólo como una aproximación a este ideal.

2.1.3. La seguridad como deber del Estado.

La seguridad como bien jurídico en el ámbito penal es la noción de relativa estabilidad, calma o predictibilidad que se supone beneficiosa para el desarrollo de un país tomando un papel primordial en la defensa del Estado. Tomando en cuenta el "derecho a la seguridad"²⁸, como valor autónomo, contradice absolutamente la función clásica de garantía de los derechos fundamentales, pues, cuanto más crezca un derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá limitado, Kotter establece que "así como a los recursos y estrategias para conseguirla el derecho a la seguridad sería una garantía de la libertad"²⁹.

Con una connotación negativa se ha dicho que "seguridad nacional es la ausencia de inseguridad para la soberanía nacional, tanto desde el punto de vista de amenazas provenientes del exterior, como las que tengan su origen al interior del territorio que abarca la nación. Con una connotación positiva se habla de seguridad nacional para sostener la necesidad de desarrollar políticas que tiendan al mejoramiento de la sociedad y al mantenimiento del orden interno y externo"³⁰.

²⁸ W. HASSEMER, (1999) *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. p. 272. "El derecho a la seguridad genera la sociedad del control y el derecho de exclusión condicionado por los efectos perversos de la globalización neoliberal de la economía".

²⁹ M. KÖTTER, "*Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft*", en *Kritische Justiz*, I, (2003). pp. 64, 73-74. El Estado de derecho liberal debe considerar la seguridad como la vía que conduce a garantizar los derechos individuales.

³⁰ GREIFF, Gustavo de. "*Terrorismo y seguridad nacional*". El derecho internacional que hereda el siglo XXI. En: Méndez Silva, Ricardo (coord.). *Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso*

En una comunidad donde no haya un poder instituido que genere un orden en la misma, conlleva a que cada persona tenga que cuidarse de la otra; con lo cual cada una debe generar mecanismos de seguridad en relación con las demás, con lo que se genera una comunidad de la inseguridad donde impera la desconfianza entre sus miembros, donde éstos no se pueden brindar seguridad entre ellos mismos. Por tanto, será una comunidad en la que continuamente se vulneran los derechos fundamentales de las personas como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la propiedad, entre otros.

En este contexto, los miembros de las comunidades optan por construir la institución del Estado, ceden en sus voluntades para construir una entidad que tiene que generar un cierto orden en la sociedad, y al haberse creado por decisión de los miembros de la comunidad, estos se comprometen a respetar y cumplir las decisiones del Estado.

Harold Laswell, quien definió a la seguridad nacional como una ausencia de coerción procedente del exterior³¹, entendido que el Estado tiene como una de sus principales funciones brindar seguridad a los ciudadanos de la comunidad, seguridad frente a las amenazas externas e invasiones de otros Estados; frente a las amenazas al interior del Estado como delincuencia común y narcotráfico; y, en general, frente a cualquier peligro para la comunidad. Quizás esta previsión para el delincuente primario, sea consecuencia de las voces doctrinales que proponían una formulación de la libertad vigilada destinada única y exclusivamente a delincuentes habituales y reincidentes³².

Con el propósito de efectuar este cumplimiento el Estado tiene el monopolio de la fuerza y le corresponde generar la paz al interior de su

Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 151.

³¹ LASWELL, Harold. (1950) *National Security and Individual Freedom*. New York: Mc Graw-Hill Book, p. 51

³² GUIASOLA LERMA, (2008) *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 159.

comunidad y en el espacio territorial que gobierna. En adición a lo antes mencionado, el Estado tiene un conjunto de funciones a través de los diferentes organismos que debe cumplir en favor de su comunidad como legislar y decretar leyes que dirigirán los comportamientos de los miembros de la sociedad, declarar la guerra y firmar la paz, juzgar los conflictos de los miembros de la comunidad, brindar los servicios básicos de educación, salud, establecer un sistema de infraestructura de comunicación (carreteras, puertos, aeropuertos), sistemas bancarios, entre otros.

En consecuencia, el Estado debe generar los mecanismos para que los miembros de la comunidad se sientan respetados y seguros en la sociedad en la que existe un actor principal que les brinda seguridad y orden, y se respetan los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad. A su vez, para que el Estado pueda cumplir con las funciones antes descritas, tiene que exigir impuestos a los miembros de la comunidad. Sin embargo, no debemos dejar de señalar que los Estados enfrentan problemas en el adecuado cumplimiento de sus funciones, sobre todo en relación con su rol de brindar seguridad a los ciudadanos.

Un primer problema es la “debilidad del Estado³³”, un Estado débil no cumplirá con sus funciones de manera óptima y, por tanto, no estará en condiciones de brindar un buen servicio de seguridad a la población, la cual no se sentirá segura en su comunidad.

Con el paso del tiempo el Estado tiene más funciones que brindar a la población, con lo cual al extenderse sus funciones se hacen más visibles sus problemas estructurales. Así por ejemplo, hace 50 años no existía Internet, ahora es prácticamente un servicio básico que el Estado debe brindar en sus

³³ En palabras de Jairo Estrada (2015) “las tesis sobre la «debilidad del Estado», su «colapso parcial», o sobre el «Estado fallido» parecen confundir Estado con institucionalidad estatal. A ellas les es común una idea de Estado como exterioridad, ajena a la relación de clase. En realidad, a lo largo del conflicto el poder del Estado se ha fundamentado en el poder de clase, aunque no necesariamente siempre se manifieste como tal” (p. 312)

centros educativos, ayuntamientos, entre otros; igualmente, hace un siglo el sistema de transporte de la población eran las carrozas, ahora el Estado no solo ha tenido que crear un sistema de transporte urbano masivo al interior de las ciudades (por ejemplo, autobuses y metros) sino poner a disposición de la población diferentes modos de transporte para que se pueda movilizar a otras ciudades y países como sistema de transporte aéreo.

Si un Estado débil se desestructura estaremos ante la situación de un Estado fallido, es decir, un Estado que ha perdido toda capacidad de brindar seguridad a la población y que no puede brindarle los servicios públicos básicos, no puede establecer leyes, sus instituciones son ineficientes y no está en capacidad de recaudar impuestos.

En consecuencia, se pierde totalmente el monopolio del uso de la fuerza, las fuerzas del Estado conviven con fuerzas colaterales que gobiernan en determinadas zonas del territorio y que brindan seguridad a la población de estos sectores a cambio de un impuesto, un ejemplo, de esta figura son las organizaciones criminales vinculadas al tráfico de drogas que brindan seguridad al interior de las zonas populares en algunas ciudades.

En este mismo sentido se refiere Daniel Pécaut a la debilidad estatal, aunque utiliza la expresión precariedad estatal. Al respecto dice que “el Estado en estas condiciones se encuentra lejos de poder ejercer una autoridad cualquiera que sea sobre la mayor parte del territorio e, incluso, de poder conservar el monopolio de la violencia legítima”.³⁴

Un segundo problema que advertimos es que si bien existen diferentes tipos de seguridad (como seguridad alimentaria, seguridad ciudadana o seguridad nacional) nos centraremos en seguridad nacional³⁵ puesto que es el

³⁴ Pécaut, D. (2002). “*Guerra contra la sociedad*”. Bogotá: Espasa., p. 608

³⁵ Kindhäuser, U. K. (1989) *Gefährdung als Straftat*. Establece que **Seguridad Nacional**, en un Estado de libertades establecer la seguridad como bien jurídico no solo resulta correcto, sino también indispensable, pues si lo que se busca es la protección de bienes frente a la interferencia de terceros, no se puede restringir dicha protección a la evitación de lesiones

objeto de la presente investigación al ser uno de los bienes jurídicos tutelados en el delito de organizaciones terroristas. Se debe reconocer también que se está frente a un mundo cada vez más complejo y globalizado donde las amenazas a la seguridad nacional que enfrentan los Estados para proteger a su población se incrementan y son cada vez más difíciles de detectar y controlar por las propias fuerzas del Estado.

En relación con lo antes mencionado se puede considerar un conjunto de amenazas como narcotráfico, crimen organizado, armas de destrucción masiva, frente a los que se requiere un compromiso de todos los Estados a fin de adoptar medidas que busquen reducir las causas que producen estos problemas o medidas que los disminuya a nivel mundial. Esto nos lleva a la idea de pensar en las reales posibilidades del Estado actual de controlar las amenazas por sus propios medios y de requerir un trabajo en conjunto con los otros Estados para controlar las amenazas globales.

Corresponde al Estado brindar seguridad a sus ciudadanos frente a las diversas amenazas internas y externas; el Estado debe generar los mecanismos para que los ciudadanos se sientan seguros en la sociedad, dentro de la cual el Estado brinda seguridad y se respetan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los modelos más recientes de política criminal adoptados en Europa y Estados Unidos contra la micro y macro-criminalidad han asumido la filosofía de la seguridad global³⁶, creando un proyecto de defensa en el que desaparece el principio de legalidad procesal y se muda en un Leviatán³⁷ omnipresente e incontrolable, un Leviatán global interesado en el control y vigilancia de la identidad del sistema y la exclusión de lo diferente.

³⁶ DAL LAGO, A, (2003) *Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l'11 settembre*, Verona Ombre corte, p. 84.

³⁷ *Leviatán*, por Thomas Hobbes, (1651) La obra de Hobbes, puede entenderse como una justificación del Estado absoluto, a la vez que como la proposición teórica del contrato social, y establece una doctrina de derecho moderno como base de las sociedades y de los gobiernos legítimos.

En sentido amplio la seguridad ciudadana es una situación social en la que no existen riesgos o peligros para los ciudadanos, es decir, que éstos pueden ejercitar libremente sus derechos y libertades sin que exista obstáculo para ello. En definitiva, se trata de una situación que debe garantizar a los ciudadanos el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos y libertades que ostentan, tanto individuales como colectivos, en el marco de la Constitución.³⁸

2.1.4. El poder punitivo del Estado en un Estado constitucional de derecho.

La función punitiva del Estado es el derecho que tiene el Estado a castigar, aplicando penas dentro de los márgenes del Estado de derecho y el Estado democrático, es decir es el poder del Estado para aplicar las sanciones a quienes trasgreden el orden jurídico con acciones delictivas con el objeto de salvaguardar el orden de convivencia social.

Según Serrano, la función punitiva del Estado tiene límites que constituyen garantías con relación al sujeto; estos límites están dados por la reserva de la función punitiva del Estado y la autolimitación en el ejercicio de tal función³⁹ sosteniendo que a su vez es privativa, de ahí que sólo mediante leyes puedan decretarse penas cuando el delincuente comete delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, pero tendiendo a la limitación; siendo el Estado el llamado a la autolimitación, recurriendo para esto a preceptos y criterios jurídicos doctrinarios.⁴⁰

La potestad punitiva del Estado se puede entender como un poder de naturaleza política dirigido intencionalmente a sancionar conductas tipificadas como delitos, contravenciones o infracciones administrativas, cuya titularidad

³⁸ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Seguridad ciudadana*. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 14.

³⁹ SERRANO, Antonio, (1996) *Manual de Derecho Penal*. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. UCA. Editores, Págs. 58,59.

⁴⁰ BECARÍA César (1998) *De los delitos y de las Penas*, Madrid, Pág. 20

corresponde al Estado en defensa de la sociedad que se contiene y racionaliza a través del derecho penal y del derecho administrativo sancionador.

Conviene precisar que en el Derecho Punitivo del Estado, los límites del poder punitivo se basan en respeto a la dignidad humana, el concepto mismo de la justicia, siendo esto un problema fundamental ya que en cada legislación responde a necesidades y problemas de la sociedad. Muñoz Conde resume los límites del Estado en dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado⁴¹.

Limitar el ejercicio del poder punitivo, es indudable que su concepción se vincula con la habilitación de aquel. Es decir, sería imposible hablar de bienes jurídicos penalmente protegidos sin poder punitivo, tal como resultaría plantear un derecho humanitario sin guerras, o un derecho internacional sin comunidad internacional.

Si se acepta que la noción de bien jurídico protegido penalmente cumple un rol fundamental vinculado a los límites que trae intrínsecamente para reducir la irracionalidad inherente del poder punitivo, no podemos olvidar que también funciona como habilitador de aquel. Hassemer apoya esta tesitura, al señalar que el hecho de que una limitación de las intervenciones constituye al mismo tiempo un espejo de su legitimación, es decir, que puede entenderse como justificación de las intromisiones llevadas a cabo dentro de los límites establecidos, resulta evidente.⁴²

Ahora bien, la protección estatal en favor de ciertos bienes jurídicos implica concebir el derecho como herramienta⁴³, mas ello no equivale a señalar que serán protegidos penalmente. Solo un conjunto de bienes jurídicos ya tutelados por la Constitución, el Derecho Internacional, etc., serán por los que,

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2004) *Derecho Penal. Parte general*, Óp. Cit. 81.

⁴² HASSEMER, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en Hefenendehl (ed.), p. 98.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, (1995) *Derecho y Razón*. Óp. cit, p. 227

de ser lesionados, se podrá ejercer el poder punitivo. Tal como indica Hassemer, una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el estado inherente no puede decir con qué fin la lleva a cabo⁴⁴.

De lo recién expuesto cabe obtener dos conclusiones: el derecho es concebido como una herramienta reguladora de la sociedad y protectora de los bienes jurídicos; y que la legislación penal no puede crearlos, sino que el poder punitivo quedará habilitado solamente ante la lesión de aquellos que hayan sido puestos en esa categoría, como su última medida de salvaguarda.

En efecto, la potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificadas constitucionalmente por la necesidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. A través del derecho penal el Estado brinda una protección subsidiaria frente a ciertas agresiones a determinados bienes jurídicos o valores constitucionales, mediante la imposición de penas, cuando estima que es necesario acudir a este mecanismo para brindarles una protección eficaz.

Sin embargo, el principio de necesidad lleva a suponer que si la pena es la última razón de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil, justificada en la medida en que resulta necesaria para el mantenimiento de su organización política. De lo contrario, sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena.

Jakobs parte de una premisa que moldeará todo su estudio, desde su propuesta en relación a la teoría del delito, hasta su reconocimiento de un

⁴⁴ HASSEMER, W., op. cit., p. 103

derecho penal del enemigo. Ella es la función que le reconoce al derecho penal: garantizar la identidad de la sociedad⁴⁵, a través de normas cuya vigencia es fundamental y, en consecuencia, la pena corregirá la desconfianza en la norma que produjo su infracción. Esta visión actual del “funcionalismo sistémico”⁴⁶, ofrece al poder punitivo una posible expansión inédita, y ello no solo se corresponde con el desconocimiento del bien jurídico como límite, sino que al adoptar como único bien jurídico la vigencia de la norma, no podrá nunca ejercerse una función crítica, pues siempre se estará legitimando la punición de cualquier infracción al deber de respetarla. No se puede pretender que la norma penal se autolimite, nada más lejano al estado de derecho.

El ejercicio del poder punitivo del Estado requiere la colaboración de las diversas ramas del poder público. Las diversas consideraciones que entran en juego en el establecimiento de la dosimetría penal son reflejadas en la fijación legislativa de penas máximas y mínimas dentro de las cuales el juez con base en ciertos criterios impone la pena, una vez establecido que la conducta lo amerita.

Al hacerlo, el juez penal está aplicando materialmente un aspecto puntual de la política criminal, tal como ésta fue definida por el legislador en la ley. Sin embargo, la labor del Estado de ejecutar una política criminal no termina en la imposición de la pena por parte del juez. Por el contrario, esta política se materializa también durante todo el período en el cual la pena se está cumpliendo.

2.1.5 El principio de proporcionalidad en la formulación de tipos penales.

El análisis jurídico doctrinario de los criterios que se utilizan para determinar las penas privativas de la libertad, ha estado presente en todas las

⁴⁵ Jakobs, G. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 75.

⁴⁶ PARSONS, T, *El sistema social*, Ed. Alianza, Madrid, 1984. Respecto de otros funcionalistas, ver TAVARES, J.: *Bien jurídico y función en Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004 p. 34 y ss.

legislaciones por los diversos autores a través del desarrollo histórico del derecho penal. La pena considerada como la sanción tradicional del delito, hoy en día, sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. La pena es una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, prevista por la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo.⁴⁷

Para Zaffaroni, las limitaciones a la función penal emanan de los principios constitucionales, siendo tarea constante la búsqueda del sentido y alcance de la misma⁴⁸ con la finalidad de humanizar las penas. La legalidad de la pena no se optimiza con el requerimiento de que la pena no se encuentre prevista con anterioridades, en la ley penal, sino que demanda también cierto grado de determinación o criterio claro e inequívoco de determinabilidad⁴⁹.

Al hacer un análisis de la realidad salvadoreña, se toma en cuenta que esta función es propia de los jueces, los cuales al aplican el tipo penal correspondiente al delito cometido, es entonces que los jueces tienen la obligación de imponer una pena fundamentada o motivada en el marco jurídico, con criterios adecuados de acuerdo al delito cometido, tomando en cuenta las atenuantes o agravantes conforme a la situación, de lo contrario la no correcta aplicación del tipo penal en el delito cometido por el imputado sería perjudicial para este y para la sociedad, en consecuencia se incrementa inseguridad jurídica restando credibilidad a la administración pública

Principio de proporcionalidad de la penal: Este principio tiene como fundamento, medir la legitimidad y el alcance que guarda la medida impuesta y la necesidad social, retomando la importancia en el Derecho Penal con relación a la libertad de una persona acusada de un delito, en tanto que debe proteger a la persona en el sentido de que busca evitar que se vulnere la integridad física y

⁴⁷ Trejo Escobar, M. (2015). *La función punitiva del Derecho Penal*. *Entorno*, (38) p.6-12. Recuperado de <http://biblioteca.utec.edu.sv/entorno/index.php/entorno/article/view/150/771> 10 de agosto del 2019.

⁴⁸ ZAFFORINI, Eugenio Raúl, (1988) *Tratado de Derecho Penal*. Pág. 112.

⁴⁹ *Ibidem*.

moral del individuo, o sea la medida de la sanción no debe exceder o sobrepasar la medida de la culpabilidad y que todo ejercicio de sus derechos, deberes y libertades no deban tener más limitaciones que las establecidas por la Ley, con el fin de asegurar el respeto y el reconocimiento de los derechos y libertades de los individuos.

Para su defensa, este principio tiene su fundamento en ciertas condiciones o circunstancias que debe resumir la persona para ser considerada imputable de un delito, pues para aplicar una pena se hace necesario de que la persona sea psíquicamente capaz de conocer lo ilícito de su acción para que pueda ser considerado un ser normal, ya que de otro modo se estaría en presencia de una persona incapaz de ser considerada culpable, aunque se le haya declarado culpable.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.⁵⁰ Con relación al Derecho Penal, la Constitución determina los principios delimitadores de dicha normativa, conjugando una serie de elementos imprescindibles para definir el ámbito de la aplicación legítima del Derecho Penal; estableciendo los derechos, libertades y garantías fundamentales que limitan el Poder Punitivo del Estado.

La determinación del marco penal no suele plantear problema para los autores de un delito o falta consumada, cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada. La determinación legal de la pena no se detiene en la fijación del marco legal según las reglas referidas, sino que comprende además, la concreción de dicho marco, señalando la extensión (antes se decía "grado") en la que debe imponerse. Ello presupone la técnica de la división de la pena en partes.

⁵⁰ ALEXIS, Robert. (2003) *La fórmula del peso*, en Miguel CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pag 10.

Una vez establecido el marco concreto que corresponde al delito o delitos, en caso de concurso, el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la determinación judicial de la pena en sentido estricto, esto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina *ley de la ponderación* y que se puede formular de la siguiente manera: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"⁵¹ ya desde la misma definición de principio, que es un mandato de optimización en la medida de lo posible, aquello que es ordenado por el principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos.

Al decidir si procede la suspensión condicional de la pena resultante, o si cabe sustituirla por otra consecuencia jurídica es correspondida por la "determinación judicial de la pena en sentido amplio", ambas decisiones quedan sometidas al arbitrio judicial, pero este arbitrio, que no puede confundirse con la arbitrariedad, ha de orientarse con arreglo a algunos principios,⁵² estos principios han de extraerse, en parte, de las declaraciones expresas de la Ley, pero en parte también de los fines que cabe atribuir al Derecho Penal.

En efecto a veces falta toda indicación legal expresa al respecto y que cuando sí existe, posee un grado de ambigüedad que hace necesaria su interpretación; conviene, pues, partir de la función y de los límites que correspondan al Derecho Penal. En el Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho penal ha de proteger a la sociedad mediante una prevención general y especial sometida a principios y limitaciones como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

⁵¹ R. Alexy, (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 161.

⁵² JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, (1978). Comp. Criterios de Determinación de las Penas. Pág. 202

El principio de proporcionalidad de la pena consagrada en el art 64 inc tercero del Código Penal,⁵³ al momento de aplicar la pena, orienta y faculta al juez a que aplique discrecionalmente y dentro de los límites de la pena dependiendo del delito, la decisión de cuánto tiempo le corresponderá cumplir la pena.

Esto quiere decir que básicamente lo que se establece es la obligación que el juez tiene de valorar las atenuantes o agravantes del hecho ilícito cometido por el autor para la determinación de la pena, los criterios a valorar son las circunstancias atenuantes o agravantes. Las atenuantes van encaminadas a favorecer al autor ya sea por su edad o por la forma de la comisión del delito, de tal manera que considera que la concurrencia de estas circunstancias debe tomarse en cuenta para determinar la pena.

2.1.6 La libre configuración legislativa y la severidad de las sanciones penales

La Constitución de la Republica faculta al Órgano Legislativo a emitir las leyes necesarias para regular la conducta de los particulares y de los poderes públicos dentro del Estado⁵⁴, es decir que el legislador tiene libertad de configuración para crear y modificar los procesos y actuaciones judiciales, en sus diversos aspectos, siempre y cuando respete los derechos, garantías, principios y valores contemplados en la misma Constitución y obre conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y la ordenación fundamental de la sociedad y del Estado, en un momento determinado.

No obstante, tal potestad de configuración legislativa, por tratarse de una expresión del ejercicio del poder público no puede ser ilimitada, comoquiera que en un Estado constitucional se encuentran excluidos los poderes absolutos en

⁵³ **Art 64 del Código Penal** (1973), *“Cuando concurren dichas circunstancias en un mismo hecho punible, el juez o tribunal valorará unas y otras, a fin de establecer la justa proporción de la pena que deba imponer”*,

⁵⁴ **Art. 121 de la Constitución de la Republica de El Salvador** (1983) *“La Asamblea Legislativa es un cuerpo colegiado compuesto por Diputados, elegidos en la forma prescrita por esta Constitución, y a ella compete fundamentalmente la atribución de legislar”*.

virtud del carácter vinculante de los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos constitucionales, a los cuales se debe ajustar el ejercicio del poder público.

Esa libertad de configuración legislativa conlleva la posibilidad para el Órgano Legislativo de reemplazar las leyes antiguas por leyes nuevas, tomando en cuenta que es imprescindible adaptar gradualmente el derecho a las nuevas exigencias sociales, culturales, políticas y económicas. En el sistema jurídico salvadoreño, la libertad de configuración legislativa está reconocida en la Constitución dándole la facultad de reformar y a derogar sus propias leyes, mediante el principio general del derecho que dispone: la ley posterior deroga la ley anterior; la ley más reciente es determinante, por corporeizar la voluntad temporalmente más inmediata del legislador.

Como se ha dicho, la existencia de una libertad de configuración legislativa, reconocida constitucionalmente, implica que no toda retroactividad de la ley se encuentre prohibida por la norma suprema. La pregunta que suscita este parecer, es si existe algún límite a respetar por parte de esa libre configuración legislativa, a fin de que no termine convirtiéndose en una “arbitrariedad legislativa⁵⁵”. En especial, cuando las sucesivas reformas penales puedan tener motivaciones electorales y busquen generar un falso sentimiento de que se está haciendo algo en el combate de la delincuencia. A mi modo de ver, el límite es el principio constitucional de proporcionalidad.⁵⁶

La proporcionalidad de la pena es un límite constitucional indispensables a las necesidades preventivas, tanto generales como especiales; y ello no debe entenderse como obstáculo a un eficaz combate de la criminalidad, pues las penas. Así por ejemplo Roxin ha señalado que: “la aplicación de las penas

⁵⁵ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Edit. Gráfica Horizonte, Lima, 1999, Pág. 78.

⁵⁶ MARTINEZ, Martín, (2009) *La justificación de la pena de acuerdo a la jurisprudencia constitucional: consideraciones críticas*, Publicado en la Revista De Iegibus, N° 5, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 2010, p 12.

comporta a la vez efectos de prevención general y de prevención especial. Incluso en la selección y determinación de la pena debería darse preferencia a las necesidades de prevención especial, pues una pena orientada a la prevención especial, a la resocialización del autor, tiene también un efecto de prevención general, mientras que una pena a la que sea ajena la finalidad preventivo-especial, provocadora de reincidencia, lesiona en último término a la propia comunidad”⁵⁷

En la realidad salvadoreña se puede determinar que la detención preventiva, se ha convertido en una práctica usual y recurrente en los estrados judiciales, basados en la escala de severidad de los delitos de acuerdo a la gravedad de la pena, como criterio objetivo de valoración a efectos de imponer la detención preventiva, en el examen de proporcionalidad deberá tener en cuenta la gravedad del delito entendida como la nocividad social o reprochabilidad de la conducta típica criterio definitivo en la determinación de la severidad de la pena, tanto en la actividad del legislador en la tipificación de los delitos como en la del juez en la individualización judicial de la pena. A su vez, la severidad de la pena es decisiva en la determinación de la imposición de la medida de aseguramiento.

La proporcionalidad es un principio orientador en la determinación de la gravedad de una conducta punible y en la severidad de la pena que se acompaña, tanto en la configuración legislativa y en la determinación de los tipos penales; en la individualización de la pena y en la actividad propia del juez penal en la imposición del tipo penal.

La proporcionalidad busca establecer una correspondencia entre la duración y la naturaleza de la pena con la severidad del delito, “estimada a base del daño social generado por la conducta y grado de responsabilidad del

⁵⁷ ROXIN / ARTZ / TIEDEMANN, (comp), *Introducción al Derecho penal y Derecho penal procesal*, Edit. Ariel, Barcelona, Pág. 63.

convicto...⁵⁸”. La rigurosidad de la pena deberá responder a la severidad del delito es decir a la proporcionalidad y a unos criterios objetivos previamente establecidos para la aplicación de dicha pena la no arbitrariedad.

La severidad de las penas ante el fenómeno del aumento del crimen en El Salvador, no debe responderse con un aumento de las sanciones penales, analizando tanto su radio de acción en cuanto a la modalidad de conductas, como de las sanciones que para estas se prevén, es decir se tiene que dar con búsqueda de solución de los conflictos sociales, de lo contrario el endurecimiento de la respuesta punitiva se daría ante el aumento de la criminalidad, mayor severidad en las penas; la existencia de nuevas formas de conductas que afecten la soberanía del Estado y la Paz Publica, nuevas incriminaciones delictivas con penas proporcionales a la afectación del bien jurídico, ante la violencia del delito la instauración de penas de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance, la utilización de un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias y por último la propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho.

2.2. LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, SU INCIDENCIA Y DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Afirmar que la teoría *denominada derecho penal del enemigo* ha tenido una incidencia particular en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, puntualmente los contenidos que se enmarcan en la sentencia de Inc. 22-2007 y, también, en el marco de una política criminal respecto de la LECAT, naturalmente a lo mejor no vaya a encontrar consensos, esto es, que puede y se trate únicamente de un endurecimiento de apenas siempre en el marco de la política criminal del Estado.

⁵⁸ Dora Nevares-Muñiz. (2002). *Conductas de severidad equivalente con penas distintas*, Puerto Rico, pág. 6.

Así, mientras la política criminal “incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal”⁵⁹, y es entendida como “...aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad; y en sentido académico (disciplina) como aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal...”⁶⁰

La política de persecución penal es tan sólo una parte integrante y fundamental de ese conjunto de herramientas utilizadas a dichos fines. Toda esa política criminal debe desarrollarse sin salirse del contenido de la Constitución, la cual es asimilada como una Constitución marco.

Lo cierto es que para arribar a la afirmación consistente en que sí se trata de una teoría del derecho penal del enemigo, será pertinente que se realice un análisis jurídico de la referida Inc. 22-2007. Ante todo, es de vital importancia que se enuncien los conceptos que sobresalen en la teoría del derecho penal del enemigo; por ejemplo, derecho penal del ciudadano, derecho penal del enemigo, grupos terroristas, Estado unitario, contrato social, entre otros.

Cuando se hace alusión al derecho penal del ciudadano, se puede advertir que el art. 345 del código penal en donde se encuentra regulado el tipo penal de “Agrupaciones Ilícitas”, en los artículos primeros del Capítulo II “De los delitos relativos a la paz pública”, se encuentran derogados otros tipos penales,

⁵⁹ Roxin, Claus. *“Política criminal y sistema de derecho penal”*. Editorial Hammurabi, colección Claves del derecho penal, volumen 2, primera reimpression, Argentina 2002, p. 19.

⁶⁰ Jhonny García Aquino en *“Política criminal en un estado de derecho”*. Artículo publicado en la página web de “Revista Pensamiento Penal” -www.pensamientopenal.com.ar-, año 2014. (<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina35667.pdf>-, año 2014).

tales como “Actos de Terrorismo” y la “Proposición y Conspiración para cometer Actos de Terrorismo”.

No obstante, y dentro de los verbos rectores se encuentran “Agrupaciones Ilícitas”, y se refieren a las pandillas, aunque también a un grupo de personas que se reúnen para delinquir de forma no permanente. De ello se infiere que el referido artículo es aplicable a personas que se reúnen de forma eventual para perpetuar un acto ilícito; esto puede considerarse como una descripción y sanción leve para ciudadanos que ahora se les ha denominado “comunes”.

Sin embargo, en las disposiciones que contiene la LECAT son aplicables exclusivamente para sujetos que pertenecen a estas estructuras terroristas y cuya agrupación y accionar es permanente. En razón de lo anterior, la LECAT es considerada una modalidad que se deriva de la teoría del derecho penal del enemigo. Todas las acciones terroristas de estos grupos criminales son un atentado contra el Estado. Por ejemplo, estas estructuras criminales controlan territorios, lo cual no se encontrará como regulación en el art. 345 del código penal, por lo que, para las pandillas o maras es aplicable preferencialmente la LECAT, por ser una ley especial que busca combatir a estos grupos que atentan contra la seguridad y unidad del Estado.

2.2.1 El Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano.

Las corrientes para definir el tipo de derecho o sistema penal que se acoge en cada nación, país, región o época, a través de la historia han sido bastas; para la profundización del Sistema Penal de nuestro país y como parte de la contextualización del tema, es necesario desarrollar las premisas que constituyen el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano.

Ambas concepciones son antítesis una de otra, sin embargo convergen en el mismo punto, en la forma que definen e interrelacionan al enemigo y al ciudadano, siendo uno contrario al otro y dependientes, pues para que existan

enemigos, deben ser primero ciudadanos que están presentes y forman parte integrante del Estado, pero que en un momento preciso, dejan de serlo por actuar de forma contraria.

El derecho penal del Ciudadano es aquel la legislación de Derecho penal, La políticas públicas en materia de Seguridad, Penitenciaria, y política Criminal no se dirige, al menos prioritariamente, a combatir la delincuencia. Será seguramente porque el Derecho penal ordinario o del ciudadano tiene como función principal ratificar la confianza normativa de éste y motivarlo para que se mantenga en la obediencia a las normas⁶¹.

Una de las características de este derecho es que ve al el ciudadano como obediente, entregado y sumiso⁶², que le deben obediencia al derecho al menos en todo o en parte, al no delinquir continuamente. Por otra parte, La esencia del concepto de derecho penal del enemigo⁶³ está en que este constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico, ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos, ya que, con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos.

En ese sentido, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, en tanto que el derecho penal del enemigo combate peligros. Sin embargo “que todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí, por medio del derecho en cuanto a personas”, pero como el enemigo es aquel que integra la criminalidad organizada y los grupos terroristas⁶⁴, individuos que violentan grave y permanentemente el derecho, el Estado no debe tratarlos ya como

⁶¹ El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs, Juan Antonio García Amado, Universidad de Saragoza, enero de 2006.

⁶² Yannesit Palacios Valencia, *Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Internacional*, Revista Latinoamericana sobre Derechos Humanos, vol. 21, julio diciembre de 2010, pag. 19

⁶³ *Ibíd.* EDPE en el Derecho Internacional.

⁶⁴ Gunter Jakobs define al terrorista como aquella persona que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Por ello, las regulaciones del proceso penal del enemigo se dirigen a la eliminación del riesgo terrorista.

personas, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás, pues ellos se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho, al no prestar la garantía cognitiva mínima, necesaria para el tratamiento como persona.

Factible sería comparar esta definición con la realidad de nuestro país, en el sentido que el sistema judicial a través de la Jurisprudencia ya ha definido a los terroristas como “enemigos” del Estado, debe entenderse por “terrorismo”⁶⁵, constituye el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

Surge la interrogante ¿porque se les cataloga como enemigos?, al respecto se tienen afirmaciones como “que cualquier malhechor que ataque el derecho social, deja de ser miembro del Estado, puesto que se haya en guerra con éste⁶⁶”, diferenciándose así, el trato por recibir para aquellos que sean considerados como enemigos, frente al ciudadano que es respetuoso del sistema. Y es aquí donde radica la importancia de este tipo de sistemas, en la clara sectorización, señalamiento y fragmentación de la sociedad, inclusive se hacen como potenciales formas de segregación no solo jurídica, sino también social, política, económica y posiblemente un derecho penal y procesal para ciudadanos, y un “derecho” penal para los enemigos.

El derecho penal del enemigo y del ciudadano, se caracteriza por la punibilidad, es decir: un amplio adelantamiento de la punibilidad caracterizado

⁶⁵ Comunicado de prensa de la Sala de lo Constitucional, del día 25 de agosto del año 2015, sobre resolución emitida por la inconstitucionalidad alegada al art. 1 y ss de LECAT

⁶⁶ El contrato social, Jean Jacobs Rosseau, libro II, cap V

porque la visión retrospectiva del sistema punitivo ha sido reemplazada por una lógica prospectiva, por un aumento de la magnitud de las penas en contraste con el derecho penal "de ciudadanos" -desproporcionalidad en las penas - por la disminución e incluso supresión de las garantías procesales individuales (esto último incluso hace hablar a algunos de un Derecho Procesal Penal de Enemigo), y por siendo esta una característica propuesta por Luis Gracia Martín⁶⁷, el surgimiento de un segmento especial del Derecho Penitenciario destinado a ser aplicado en contra de los destinatarios del Derecho Penal del Enemigo.

En este sentido la diferenciación también radica en que el derecho penal del enemigo está encaminado a la prevención de carácter general, abstracto, es decir la norma como un mandamiento de hacer o no hacer que es de obligatorio cumplimiento, mientras que para el enemigo es directamente la consecuencia jurídica o sanción por el cometimiento de hechos delictivos.

De igual manera esta teoría que somete bajo sospecha al ciudadano considerado como un posible creador de peligros no permitidos, como un potencial enemigo, lo cual lleva consigo la tipificación de conductas creadoras de peligro. Éste encuentra su justificación en el especial foco de peligro que integra el sujeto: si el delincuente es más peligroso, mayor ha de ser la reacción penal.

Al concebir al delincuente como enemigo, con relación a las sanciones, el punto de partida es que se justifican las penas más severas para todos aquellos que atacan el derecho de la sociedad. A pesar de que es posible que una interpretación de esta teoría deje como conclusión que todo delincuente puede ser tratado como enemigo, la aparente rigurosidad y arbitrariedad de este derecho penal está igualmente atenuado y limitado por principios propios del

⁶⁷ LUIS GARCÍA MARTÍN "*Consideraciones críticas*", cit. nota n° 5, p. 6,

Estado de derecho y del derecho penal, como la proporcionalidad y la retribución⁶⁸.

2.2.2. El enemigo desde una perspectiva filosófica

La concepción filosófica del enemigo dentro del derecho penal, fue expuesta mucho antes que se acogiera como un sistema penal, más bien como una forma de explicar el Estado, su organización, la forma de las sociedades, el poder político y económico, entre algunas de las acepciones encontramos:

La corriente filosófica del enemigo planteada por Kant se caracteriza por la fundamentación de un Estado De Derecho sin excepciones, y en el que todo sujeto “también el que infringe el derecho” se reencuentra a sí mismo de un modo más libre y con mayor igualdad; a ningún ciudadano se le exige una ulterior aquiescencia. En Kant sólo existen enemigos antes del estado jurídico (status de derecho: en alemán, Rechtszustand); después del establecimiento del status de derecho ya no existen enemigos y sólo hay derecho penal de ciudadanos⁶⁹.

Para Kant no hay un pacto social como hecho histórico⁷⁰; el pacto es una hipótesis para la fundamentación metafísica de la teoría del derecho. Precisamente por ese motivo no debería utilizarse el argumento que he denominado cronológico en ninguno de sus dos sentidos: si no hay un momento histórico determinado para afirmar que se ha sellado el pacto, no es posible mantener que alguien ya estaba dentro del pacto y no puede salir de él, ni puede afirmarse que quien no entró en él no pueda ser excluido.

Se utilizan categorías temporales que son inaceptables si el pacto no es un hecho histórico; en Kant no hay un antes y un después del contrato social en sentido estricto. El propio “contrato original” (ursprüngliche Kontrakt) es

⁶⁸ Carlos Pérez del Valle: *Estudios de filosofía política y del derecho penal*. U. Externado, p. 55.

⁶⁹ KANT, “Zur ewigen Frieden”, Immanuel KANT, Werke in sechs Bänden (edic. de Rolf Toman), Bd. 6, 1995, p. 286, Nota al pie. 7 En este sentido, Jörg A

⁷⁰ Georg GEISMANN, “*Kant als Vollender von Hobbes und Rousseau*”, Der Staat 21 (1982), p. 183.

concebido por Kant como el concepto racional de la constitución del Estado (Vernunftbegriff einer Staatsverfassung). Y sólo en ese sentido, en cuanto referido a un concepto de razón, pueden utilizarse categorías temporales⁷¹.

Para Rosseau, en principio, todo aquel que ataca las bases fundamentales del orden social, mediante el delito, debe tratársele como enemigo de la sociedad y, en consecuencia, debe ser privado de los derechos como ciudadano y del trato como persona. Rosseau plasma y define en el mismo Contrato social el concepto de enemigo; el punto de partida es que se justifican las penas más severas para todos aquellos que atacan el derecho de la sociedad. A pesar de que es posible que una interpretación de esta teoría deje como conclusión que todo delincuente puede ser tratado como enemigo, la aparente rigurosidad y arbitrariedad de este derecho penal está igualmente atenuado y limitado por principios propios del Estado de derecho y del derecho penal, como la proporcionalidad y la retribución⁷².

En consecuencia, los principios racionales básicos del derecho penal impiden la aplicación indiscriminada de las penas más severas, como la pena de muerte y el exilio, a cualquier delito; igualmente, impide que se trate a todo delincuente al margen de toda garantía y proceso para determinar su responsabilidad individual y la consecuente sanción. Por lo que Rosseau no se refiere como enemigo a cualquier y a todo delincuente, en cuanto su elaboración teórica busca justificar la aplicación de las penas más severas dentro del contrato social, sino que se refiere a aquellos que cometen los delitos

⁷¹ . Cfr. de nuevo HRUSCHKA, JZ-2004, p. 1090, nota al pie 77: la tripartición de los estatus o estados (presocial, social –ambos prejurídicos- y jurídico) no es temporal. La hipótesis de HRUSCHKA es que las tres distintas “leyes” del derecho (lex iusti, lex iuridica y lex iustitiae distributivae) serían atributos respectivos de los diferentes estatus

⁷² Carlos Gaviria Díaz: **Herejías Constitucionales**. Bogotá: FCE, 2001, pp. 303 y ss. Gunther Jakobs: Sociedad, norma y persona, U. Externado, p. 50. “Todo aquel que niegue su racionalidad o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho”.

más graves y que representan una lesión al contrato social y a la ley natural y que, por lo tanto, representan una lesión y una amenaza a la vida social⁷³.

El estado de naturaleza es estado de inseguridad: en estado de naturaleza no sólo no está garantizada la reciprocidad en el reconocimiento de los derechos privados, sino que es posible en todo momento un conflicto insoluble en relación con los derechos de cada uno. Esto significa que, en estado de naturaleza, no hay ninguna garantía de mi seguridad y, por tanto, que el estado de naturaleza se distingue por la inseguridad. Este es el punto que desarrolla Kant: la mera permanencia de un sujeto en estado de naturaleza, mientras yo estoy en estado jurídico-civil, “me priva de esta seguridad y me lesiona ya a través de este estado, en el instante en que se encuentra junto a mí, aunque no sea en forma activa (facto), sino por la ilegalidad de su estatus (statu injusto), por el que yo mismo me encuentro amenazado permanentemente por él”.

Para Hobbes, esa concepción de naturaleza es similar, además el derecho penal de enemigo se justifica como una necesidad de defensa legítima de individuos que están asociados en el contrato y que temen a otros individuos que no han asumido o que no son parte del contrato⁷⁴. Para Hobbes, el derecho penal de enemigo se aplica en primer lugar como guerra, y, segundo, una vez alcanzado un acuerdo o aplicadas las medidas de seguridad, se aplica el derecho, en donde los enemigos, necesariamente, son tratados como personas, es decir, con derechos y garantías. Por lo anterior, el derecho y la política criminal de enemigo en Hobbes no se presentan mediante una sola cara, es decir, el ejercicio de la guerra, el exterminio del enemigo o la aplicación de medidas de seguridad por fuera de las garantías y derechos hoy vigentes en cualquier ordenamiento jurídico.

⁷³ Carlos Pérez del Valle: *Estudios de filosofía política y del derecho penal*. U. Externado, p. 55.

⁷⁴ *Ibidm*, pag. 71

Hobbes distingue entre malos ciudadanos y quienes no lo son; por eso distingue dos ordenamientos jurídicos: uno para el ciudadano que se comporta mal y otro para aquel que comete delitos frente a la ley natural, afectando y amenazando la existencia misma del Estado y la sociedad⁷⁵. En el derecho penal de enemigo de Hobbes, el enemigo, además de la comisión de delitos, debe hallarse en un estado de guerra permanente contra la sociedad; al enemigo lo debe anteceder una conducta contraria a derecho, que presupone una franca y objetiva rebeldía, por lo que la reacción de la comunidad, representada por el Estado, no supone, como en Rosseau, una reacción al delito o a un enemigo reconocido puntualmente como criminal, sino, más ampliamente, surge de las necesidades de defensa de una comunidad y de personas en estado civil que temen ataques de otros individuos o la amenaza futura de quienes no han asumido las reglas del pacto social⁷⁶.

Se puede deducir de estas concepciones, que el enemigo está ubicado dentro de la naturaleza, dentro del Estado, pero la concepción filosófica más profunda entonces es ¿Quién es el enemigo?

Quien ha de ser destinatario del derecho penal del enemigo; la respuesta no será quien es el enemigo, porque precisamente es un punto de partida conceptual del mismo derecho penal de enemigo la inseguridad cognitiva, y por tanto, la dificultad de identificar al enemigo concreto. Por este motivo, cuando se pregunta por el destinatario del derecho penal del enemigo debe precisarse, sobre todo, cuáles son los delitos respecto de los cuales se considera que quienes los cometen son o pueden ser enemigos⁷⁷.

⁷⁵ Carlos Pérez del Valle: ob. cit., pp. 62 y 63

⁷⁶ *Ibidem*, p. 65

⁷⁷ Una aproximación sobre este punto, que HÖRNLE (GA 2006, pp. 89 y ss.) considera demasiado vaga (*außerordentlich vage*), puede encontrarse en JAKOBS (Eser/Hassemer/Burkhardt (edic.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 51 y ss) en la definición de determinados delitos que suponen que el individuo “en todo caso presumiblemente ha abandonado el derecho de forma permanente”.

¿Significa esta determinación de sujetos que cometen determinados delitos, una diabolización o demonización del delincuente o de determinados delincuentes? La utilización de la palabra enemigo podría suponer, desde luego, una carga peyorativa, porque se trata simplemente de una separación que puede explicarse desde el punto de vista del derecho penal: frente al individuo peligroso, que no es persona en el derecho, el estado no reacciona con una pena que supone comunicación, sino con lucha contra el peligro.

¿Por qué entonces se habla de que el derecho penal del enemigo supone demonización del delincuente enemigo? La pregunta puede responderse en dos formas diferentes: bien porque al hablar del enemigo como no-persona (Unperson) suponga una diabolización de éste; bien porque las consecuencias hacia el enemigo implican un trato que sólo cabría con un sujeto demonizado.

2.2.3. El enemigo en el ámbito político

La concepción política del enemigo está muy vinculada con la política criminal, pues es en el ámbito social y político donde se manifiesta, se reprime, sectoriza y particulariza, razón por la cual las políticas adoptadas por el Estado, dependen de la concepción que se tenga del enemigo. Así pues, cuando la política no es de prevención, sino de penas que van en aumento, de políticas que buscan exclusivamente la sanción, cuando mayor sea la represión contra el enemigo, por tanto, daremos un esbozo de los conceptos referentes a política criminal y derecho penal del enemigo y la interacción de ambas para crear el enemigo en el contexto político.

La política criminal es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter privativo.

Es pertinente diferenciar la política criminal de lo que es la política penal, ya que esta última es una respuesta circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado; mientras que la primera debe entenderse como una acción de transformación social institucional, bajo la premisa de que entre todos los instrumentos de política criminal el derecho penal es, en último análisis, el instrumento más inadecuado, por tales razones, la política criminal es aquella que nos va a proporcionar las medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico, establecidas por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad

Si bien es cierto, el derecho penal no es el único instrumento para intentar acabar con el delito, ni tal vez hoy el más importante; sin embargo representa el medio más vigoroso de control social, pero también, es, quizás, el más seguro para él individuo mismo que proporciona un marco superior de garantías. Puesto que, determinadas conductas han merecido y siguen mereciendo una respuesta penal y cualquier intento de análisis que no lo tenga en cuenta resultará insuficiente. Aunque al derecho penal se lo conciba como el último recurso de la política criminal, no cabe duda que la entidad de los bienes jurídicos implicados requiere hacer uso también de ese último recurso.

De esta forma, se mantiene atento a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho, y ese motivo es que en el sistema punitivo se ponen en juego muchas de las garantías de nuestro orden constitucional (Lamarca, 1987, p. 546)⁷⁸. La corriente del derecho penal mínimo tiene el acierto de proponer una intervención limitada y racional del sistema punitivo (en consonancia con el carácter fragmentario, subsidiario y de última ratio del derecho penal y con el principio de intervención penal mínima y necesaria) y de fomentar un análisis crítico de toda concentración de poder punitivo en manos del Estado.

⁷⁸ Nuevo Derecho, Vol. 5, Nº 6. Enero-Junio de 2010. pp. 19-28 - ISSN 2011-4540. Envigado

Muchos análisis de la justicia penal coinciden en afirmar la aplicación del derecho penal y de la política criminal de enemigo es una constante histórica que contiene la funcionalización del derecho penal para el desarrollo de la guerra y justifica la aplicación de los estados de excepción, la doctrina del enemigo interior, la arbitrariedad, la ilegitimidad de la justicia penal y la crisis permanente de la justicia.

Estos análisis presentan el concepto de la política criminal de enemigo en su lado negativo, es decir, como un conjunto de decisiones para la prevención y persecución del delito, en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política en la toma de decisiones en materia criminal, lo que repercute negativamente en los derechos y garantías de los ciudadanos, así como en la eficacia y eficiencia del sistema penal.

En suma, dicha perspectiva presenta la política criminal y la política criminal de enemigo desde sus meros efectos negativos, como: la improvisación, la ineficacia, la expansión de la coacción y represión política, la reducción de los derechos y garantías, entre otros⁷⁹.

Lo anterior coincide con la teoría que describe la expansión del derecho penal en la sociedad moderna; se trata, a grandes rasgos, de una ampliación cualitativa y cuantitativa de las sanciones penales, o sea, es un endurecimiento de las penas y una ampliación de las conductas que eventualmente tienen sanciones penales; para algunos esta dinámica del sistema penal es consecuente con la evolución misma de las relaciones sociales y con la incontenible reproducción de las relaciones sociales en la sociedad moderna, caracterizada como sociedad del riesgo global; en cambio, para otros, esta ampliación de la intervención penal resulta una intervención abusiva y arbitraria

⁷⁹ Iván Orozco Abad: ***Política y justicia en la coyuntura actual colombiana***. En: Justicia y Sistema Político, U. Nacional, Fescol, 1997, pp. 31- 66

del derecho penal en terrenos ajenos a la intervención tradicional de este sistema⁸⁰

La política criminal latinoamericana de la última década y, en especial, la costarricense, no puede pensarse separadamente del debate entre la “modernización” del derecho penal y las contradicciones de la búsqueda urgente de un derecho penal del enemigo. El mensaje que se envía a nivel político desde el populismo jurídico-penal resulta muy sugerente y atractivo: la impunidad sería el producto de excesivas garantías a favor del delincuente y de un olvido de los derechos de la víctima.

El objetivo es el combate de la criminalidad a cualquier costo, aun de las garantías del derecho penal, construidas a lo largo de muchos siglos, con el objetivo de limitar el enorme poder del Estado en la persecución de los delitos. En este trabajo, pretendemos dar una mirada a estas tendencias populistas y acercarlas a sus contrapartes, teóricamente más complejas, provenientes de los discursos científicos continental europeos. El producto final de esta reflexión puede ayudar a alertar sobre las consecuencias teóricas de estos juegos ideológicos y develar el signo que se oculta en sus demandas de un “nuevo” derecho penal de seguridad.⁸¹

El enemigo, es contemplado también por las políticas públicas, no solo frente a quien infringe una norma y viola el estatus, sino que se considera más dinámica y compleja, incluye elementos e instrumentos que se aplican para la prevención, reparación y represión de los fenómenos delictivos. En los últimos años, aparece delineada más claramente una política criminal pública como tal,

⁸⁰ Juan Bustos Ramírez: **“Política criminal y Estado”**. Revista Ciencias Penales, agosto 1996, año 9, N.º 12, p. 4. “En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad”.

⁸¹ Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. RDMCP-UCR www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr **modernización del derecho penal y política criminal del enemigo. Dos fenómenos recurrentes en los flujos y reflujos legislativos en américa latina** Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

es decir, consecuente con la tensión y contradicción entre la eficacia y eficiencia del sistema en la persecución y prevención del delito y el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esta última fase del desarrollo de las políticas criminales podríamos decir que se ha implementado una política criminal de enemigo y una política criminal de ciudadano dentro del Estado de derecho. Lo que quiere decir que en las tensiones que enmarcan las decisiones en materia criminal se advierte un esclarecimiento y diferenciación de las decisiones políticas y jurídicas; además de ello hoy se advierte como innecesario el uso recurrente y caprichoso del estado de excepción, de igual forma, se ha consolidado el control constitucional y la justicia penal desde los valores de la Constitución, y, finalmente, se advierte una evolución dogmática especial y procesal que permite diagnosticar una gran evolución en el diseño, implementación y evaluación de la política criminal pública⁸².

Es necesario evitar un punto de partida en el que el moderno derecho penal sea presentado únicamente como la simple expansión de la coacción y la represión, realizada caprichosa y abusivamente por el derecho penal y por quienes toman las decisiones en materia criminal. Por el contrario, es necesario presentar la intervención del derecho penal en las relaciones sociales modernas como un producto social evolutivo y como una necesidad, que, eso sí, debe ajustarse a exigencias y criterios básicos como la pertinencia y la proporcionalidad de estas respuestas penales⁸³.

La expansión del derecho penal describe una creciente injerencia del derecho penal en las relaciones sociales, en los conflictos sociales y una

⁸² Muchas de las causas de la racionalización efectiva de la ley penal no obedecen propiamente a la iniciativa del gobierno, sino al control constitucional y a la evolución propia del sistema, que ya no admite el uso recurrente de formas de lucha contra la delincuencia al margen del derecho y el otorgamiento de facultades especiales represivas al gobierno

⁸³ Claus ROXIN: *Problemas actuales de la política criminal*, 2000, p. 99. Propone en su cuarta tesis que “el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, tiene que ser complementado con sanciones penales similares de carácter constructivo”

intervención amplia de lo penal en la tutela de bienes, intereses y necesidades sociales que antes eran, o bien desconocidos o tratados en otras esferas de regulación social⁸⁴.

La incontenible reproducción y complejización de las relaciones sociales jalonadas por la ciencia y la tecnología trae consigo la ampliación del campo de la comunicación social sobre lo ajustado o no ajustado a derecho, lo que produce un constante y dinámico replanteamiento evolutivo de la relación entre los derechos y deberes de las personas en la vida social. El sistema jurídico reacciona en esta sociedad mediante coevolución con los demás sistemas sociales, sobre todo, reconociendo que el riesgo es una de las características del desarrollo de las relaciones sociales de la sociedad moderna. En otras palabras, entendiendo que ni los derechos ni los deberes dependen únicamente de la estricta codificación o del papel que el derecho penal pueda desarrollar por sí mismo, por ejemplo, como última ratio.

Algunos análisis afirman que la crisis de la justicia penal no solo se mantiene, sino que se ha agudizado, debido a factores ineludibles como: los problemas internacionales en materia de delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico, delitos económicos, entre otros), que justifican la lucha universal contra estos delitos y la expansión del derecho penal en todos los países. Además de esto, en Colombia los problemas internos y la lucha frontal declarada por el presidente Uribe contra todas las formas y grupos de delincuencia organizada traerían una expansión inevitable de la guerra y la consecuente implementación de un derecho penal de guerra, que trae la crisis general en materia de derechos humanos y garantías individuales⁸⁵

⁸⁴ Jesús María SILVA: *La expansión del derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 25 y ss. Quien describe un derecho penal de tres velocidades, con algunas características similares a la propuesta teórica de Jakobs. **SILVA SÁNCHEZ** introduce el concepto de "Derecho penal de tres velocidades". Para explicarlo expone que el Derecho penal de la globalización no es todo el Derecho penal, sino que se concentra en la delincuencia económica u organizada y modalidades conexas.

⁸⁵ Defensoría del Pueblo, Cátedra Ciro Angarita Barón: Diego Cardona: La lucha terrorista y el panorama internacional, 2004; Éric Lair: Las poblaciones civiles entre guerra y terrorismo, 2004;

Ahora bien, lo que no puede pasar desapercibido es que existe un poder que define la conciencia colectiva, ya que es algo que impone culturalmente a la mayoría, a través de creencias, estereotipos, satisfactores, intereses y miedos. En ocasiones, son excesos en los que el propio Estado incurre ante su potestad punitiva y son valores impuestos que coinciden generalmente con los intereses del grupo dominante. El derecho penal de un Estado de Derecho, por ende, no puede dejar de esforzarse por mantener y perfeccionar las garantías de los ciudadanos como límites reductores ya que de otra forma se pasaría a liberar el poder punitivo irresponsablemente y ocasionaría la pérdida del Estado de Derecho.

2.2.4. El enemigo en la esfera de lo jurídico.

En el contexto jurídico-penal actual se visualizan dos tendencias cada vez más notorias: una trata al autor como persona, como ciudadano; la otra como individuo, como fuente de peligro (así en caso de terroristas, o de autores de violencia de género, entre otros). Estas tendencias son aquellas a las que Jakobs se refiere como Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, estableciendo que estas son dos polos en un solo mundo y no polos opuestos.

La transformación del el quehacer jurídico en la sociedad, tiene la fachada perfecta en instituciones democráticas, que se soportan bajo la fórmula del Estado Social de Derecho, situación que como se observa, es un sofisma del sistema que lo utiliza para transgredir el derecho del modo más simple, irradiado precisamente por el método de la sospecha, frente a supuestos de peligro abstracto que justifican el actuar irracional fundamentado desde las normas⁸⁶.

Anteriormente se creía que el ordenamiento jurídico debía ser para la protección del ciudadano y la represión del enemigo, un ordenamiento jurídico

⁸⁶ Ibid, *EL Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Internacional*. Pag. 7

debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

Jurídicamente el enemigo es el sujeto de la pena, la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha contra la seguridad, ya que la esencia del derecho penal del enemigo está entonces en que este constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos. Todo esto, pese a la ideología predominante, que está excluyendo desde todo punto de vista la idea de humanización del derecho en el discurso del derecho penal, que aparece como la peor forma de intervención al instrumentalizar al individuo

Se puede dar un ordenamiento jurídico sectorizado es decir, un marco legal que sea aplicable a quienes se espera que sean enemigos, en el sentido que, se tiene un sistema punitivo para la generalidad, para la criminalidad común, pero un ala del sistema punitivo se dirige contra determinado segmento de la criminalidad, puede ser la criminalidad organizada o el terrorismo, en algunos casos los delitos sexuales, entre otros.

Además se enfrenta el enemigo, a una serie de cambios en las concepciones de lo que es delito y la afectación al bien jurídico, Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito.

Abolir o reducir los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal puede significar, por ejemplo, admitir que éste no tenga derecho al debido

proceso o a la asistencia de abogado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, incluso con el empleo de tortura, derogar la competencia del Juez natural y crear Tribunales especiales, excepcionales o militares, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decretar el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas⁸⁷.

No tendremos que ir lejos para darnos cuenta que materialmente se está aplicando este tipo de derecho, ya como país tenemos los Juzgados Especializados de Justicia Penal, que funcionan como Jurisdicción Ordinaria Especializada, en los cuales con el simple hecho de ser catalogado como sujetos que deben someterse al mismo, pierden la posibilidad siquiera de poder optar a beneficios que en otras jurisdicciones si tienen y que pueden solicitar cuando es necesario.

Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacía ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas, o incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia como ésta, etc, estos casos se ven reflejados en el ordenamiento Jurídico, tales como la “apología” en los actos de terrorismo⁸⁸.

⁸⁷ Revista Jurídica, *El Derecho Penal Internacional ¿Un Derecho Penal del Enemigo?*, pag. 3

⁸⁸ Francisco MUÑOZ CONDE *¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?* Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008, pag. 94. *Versión española realizada y actualizada por su autor de una conferencia pronunciada en inglés en la Universidad Columbia de Nueva York en diciembre del 2005 con el título «Do we need an International Criminal Law for enemies?».*

2.2.5. Günther Jakobs y la justificación del derecho penal del enemigo.

La esencia del concepto de derecho penal del enemigo éste se caracteriza, en primer lugar, por un “amplio adelantamiento de la punibilidad”; en segundo lugar, por un “incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal normal”; y, finalmente, por la “relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales”⁸⁹

Según la tesis jakobsiana⁹⁰, se justifica el derecho penal del enemigo, cuando a un individuo se le criminaliza por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo o por formar parte de la criminalidad organizada, o bien sea por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que en el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo. Desde este punto de vista, el derecho penal del enemigo, se caracteriza por tres elementos:

En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de, como es lo habitual, retrospectivo. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Eso implica, entre otras cosas, que los actos preparatorios son penados con la misma gravedad que los hechos consumados. En suma, la pertenencia del autor a una organización se tiene en cuenta para agravar las penas.

Y en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas, por ejemplo, eliminación de la presunción de inocencia,

⁸⁹ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, p.21; EL MISMO, Derecho penal del enemigo, pp. 79-81 y notas 34 y 35.

⁹⁰ Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 21 (2): 28, julio-diciembre, 2010

posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones. Se perciben a las garantías y derechos procesales como obstáculos que impiden la debida protección frente a los enemigos. Es insoslayable que también implica un recrudescimiento del Derecho penitenciario, mediante el endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, limitación de los beneficios penitenciarios o incremento de los requisitos para la libertad condicional, entre otras medidas⁹¹. El Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal de hecho, sino un Derecho penal de autor, en orden a que no tiene tanto en cuenta los hechos acaecidos, como las características del autor, del enemigo⁹².

Las primeras apariciones de esta teoría fueron en la exposición de la criminalización en el Estado previo al bien jurídico, una tesis Jakobsiana donde Su retórica se aparta de cualquier noción material de bien para centrarse en la idea de personas interrelacionadas conviviendo en sociedad. De esta forma al derecho penal (o a la legislación penal) le interesa que un sujeto no ataque al resto, y no proteger un bien.

Trata de racionalizar el derecho penal del enemigo, desde la perspectiva del combate a la delincuencia organizada y el terrorismo, porque es la única medida efectiva contra ciertos delitos en el contexto socioeconómico actual, con esta afirmación lo está legitimando, justificando. Considera que debe darse cabida al Derecho penal del enemigo en nuestro Derecho, si bien se deben

⁹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, *“el trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”* en: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 452.

⁹² CANCIO MELIÁ, Manuel, *“De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”*, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther, Derecho penal del enemigo, Navarra: Civitas, 2006, p. 128; ABANTO, Manuel, “El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coords.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, Vol. 1. Madrid: B de F, 2006.p.20; MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo». 1º Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.37; entre otros.

definir sus límites claramente, para evitar que contamine al Derecho penal del ciudadano⁹³.

Este Derecho se dirige contra el enemigo, se basa en expectativas Normativas que se refiere a que la norma jurídica se debe cumplir y que, por tanto, el Derecho sigue vigente aun cuando alguien actúe contra éste. y las expectativas cognitivas nos dan la seguridad de que la norma efectivamente se va a cumplir. De nada sirven las expectativas normativas sino cuentan con una base cognitiva que nos permita esperar que nadie va a vulnerar nuestros derechos. Así mismo Son individuos que no prestan seguridad cognitiva. A estos sujetos se les arrebatada la condición de personas porque no existe ninguna garantía de que vayan a cumplir con la norma, de modo que al ser calificados como no-personas, desaparece la necesidad de concederles derechos, permitiendo entonces combatir el peligro que suponen más eficazmente. La pena contra el enemigo pierde en buena medida su papel comunicador y pasa a consistir sobretodo en una mera coacción física inocuizadora, para proteger a las personas de los enemigos.

Queda claro por tanto que, en este contexto, no debe entenderse el término persona como sinónimo de ser humano, sino como titular de derechos y deberes, una condición que le otorga el Derecho; no una construcción natural, sino social⁹⁴. Debe aclararse también que el hecho de ser considerado enemigo no implica para Jakobs que esté todo permitido contra él, toda vez que no se puede sobrepasar el límite de lo necesario, ya que al enemigo se le reconoce una personalidad potencial⁹⁵.

⁹³ quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos 'guerra' y 'proceso penal'." Cfr. JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en: JAKOBS, Günther CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Navarra: Civitas, 2006, p. 42. También en: JAKOBS, Günther "La autocomprensión", cit., p.61

⁹⁴ Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal, Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 21

⁹⁵ "**La autocomprensión**", cit., p.58

2.2.6. Luigi Ferrajoli y la teoría del garantismo penal.

Por “garantismo” se entiende, por consiguiente, un modelo de derecho dirigido a la garantía de los derechos subjetivos. Según los distintos tipos de derechos de los cuales se prevén las “garantías”, es decir las técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, distinguiremos diversos tipos de garantismo.

El garantismo o también llamado derecho penal mínimo, designan un modelo teórico y normativo de derecho penal en condiciones de racionalizar y minimizar la violencia de la intervención punitiva, vinculándola –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– a límites rígidos impuestos en tutela de los derechos de la persona. En lo que respecta al delito, estos límites no son otra cosa que las garantías penales sustanciales: desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los principios de lesividad, materialidad y culpabilidad.

En lo que respecta al proceso, los límites corresponden a las garantías procesales y del ordenamiento: el contradictorio, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre juez y acusador, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Mientras que las garantías penales están dirigidas a la minimización de los delitos, es decir a la máxima reducción de aquello que se le permite prohibir al poder legislativo, las garantías procesales están encaminadas a la minimización del poder judicial, es decir a la máxima reducción de sus márgenes de arbitrio.

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre,

sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales. Sobre este punto Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea presente ya en Locke y en Montesquieu de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”.⁹⁶

Sólo un derecho penal que tiene por fin únicamente la tutela de bienes primarios y de derechos fundamentales se halla en condiciones de asegurar, junto a la certeza y a las otras garantías penales, también la eficiencia de la jurisdicción contra las formas de la criminalidad organizada, cada vez más potentes y amenazantes.

Dentro de la teoría de Ferrajoli se encuentran garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados.

Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias.

⁹⁶ Gascón, Marina, “*La teoría general del garantismo. Rasgos principales*” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 22.

El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias es importante, ya que sirve para apoyar uno de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, aquel que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías⁹⁷

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo⁹⁸, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural⁹⁹.

Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica.

Así mismo, el garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado, deberíamos limitar a su mínima expresión desde el propio texto constitucional a la prisión preventiva, que vulnera la presunción de inocencia y supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de un individuo que no ha sido declarado culpable de nada¹⁰⁰.

⁹⁷ Nota breve de lo que es el Garantismo, Miguel Carbonell, el Blog de Miguel Carbonell, Mexico.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, cit., p. 29.

⁹⁹ *Ibidem*. P. 30.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

Como lo señala el propio Ferrajoli, “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también es decir, sobre todo por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”¹⁰¹.

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción del texto constitucional que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No parece una norma muy congruente con el modelo de derecho penal garantista¹⁰².

2.2.7. La crítica de Luigi Ferrajoli a la teoría del derecho penal del enemigo.

La crítica de Ferrajoli se basa en que no es aceptable la injusticia, la arbitrariedad y la ineficiencia en los juicios penales puesto que ello deviene en el deterioro progresivo de todo el sistema de justicia y de derecho. En la parte III de la obra, titulada “las razones de derecho penal”, Ferrajoli se dedica a analizar cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar y para ello desglosa la estructura normativa del estado de derecho, analizando por una parte los elementos que informan la legitimidad o ilegitimidad externa y los de la legitimidad o ilegitimidad interna¹⁰³.

Para ello, se desvaloriza el papel de la ley, y se utilizan como técnica jurídica las figuras de delito elásticas e indeterminadas que permiten una amplia gama de valoraciones subjetivas al margen de lo estricta y exclusivamente

¹⁰¹ Ibídem.

¹⁰² Ibídem, p39

¹⁰³ <http://expertoenderecho.blogspot.com/2017/12/analisis-explicativo-de-los-derecho.html> (consultado 15 de agosto del 2019)

señalado por la ley. El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela.

Cuando Ferrajoli define “estado de derecho”, señala dos sentidos diversos, por una parte, el poder conferido por la ley, y por otro lado, el poder limitado por la ley. La segunda definición, según él, se acerca al sentido que él le da al concepto de garantismo. Recalca el aspecto sustancial o efectivo para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, porque no basta solamente el principio de mera legalidad, sino que exige que la misma ley condicione la legitimidad del ejercicio del poder por ella conferido¹⁰⁴

Lo que Ferrajoli critica es que se produce un menoscabo fuerte a la garantía de estricta legalidad, pilar fundamental en todo sistema garantista, lo que conlleva a perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se confunde entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza, permitiendo discriminaciones subjetivas e invasiones incontroladas en la esfera de la libertad de los ciudadanos¹⁰⁵.

Además lo que se criticó es el adelantamiento de la punibilidad, el resentimiento del principio de legalidad que generan los tipos penales imprecisos, elásticos o abiertos, propios de los sistemas que asimilan el concepto de peligrosidad tal cual lo hace el Derecho Penal del enemigo, nos referimos ahora al problema del adelantamiento de la barrera de punibilidad que también pregona aquel Derecho que pretende encontrar legitimación en la emergencia, afectando con ello el principio de libertad, de la intimidad o de reserva.

¹⁰⁴ La democracia constitucional, en: CARBONELL, Miguel (Ed.), Luigi Ferrajoli: **Democracia y Garantismo**, Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 32

¹⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, “**Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal**” Capítulo I, págs. 1 y ss. Ed. Trotta, Madrid 1995.

Y por esos mismos argumentos, ese adelantamiento de la punibilidad claramente implica una mutación del derecho penal de acto al de autor porque se persigue penalmente a un sujeto no por lo que hizo históricamente subsumiendo su conducta en lo que establece la ley penal precisa y previa, sino por su peligrosidad y por el pronóstico negativo de lo que hará en el futuro, Con la denominación derecho penal de autor se alude a una tendencia legislativa y doctrinal que incrimina no hechos o actos, sino personalidades¹⁰⁶.

2.3. DELITO DE TERRORISMO Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

2.3.1. Análisis de la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 Acum

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el veinticuatro de agosto de dos mil quince, resuelve cuatro demandas de inconstitucionalidad **22-2007/42-2007/89-2007/96-2007** que versan sobre una serie de disposiciones jurídicas contenidas en la *Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (LECAT)*. Esta investigación tiene como objetivo establecer los parámetros jurídicos aplicables a la declaratoria de terroristas a las maras o pandillas, mediante la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 de la Sala de lo Constitucional. Así como también conocer el contenido de la sentencia emitida por los magistrados de la Sala de lo Constitucional al declarar terroristas a las maras o pandillas.

Los argumentos de la Sala al declarar como “grupos terroristas” a las pandillas denominadas MS y 18 en sentencia emitida, a partir de lo que la Sala resolvió las demandas de inconstitucionalidad contra la LECAT, en ella se rechazaron veintitrés planteamientos declarando que no son inconstitucionales y además se declararon contrarias a la Constitución cuatro disposiciones establecidas en dicha ley.

¹⁰⁶ ***Criminología, Garantismo Y Teoría Crítica De Los Derechos Humanos***: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos, Novum Jus, vol. 3, n. ° 1, enero-junio 2009, pp. 161 a 200 * Traducción a cargo de David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla, España)

Uno de los puntos importantes descritos por los demandantes es la imprecisión y vaguedad que existe sobre la definición de “terrorismo” al que aluden los artículos 1, 4 letra m y 13 de la LECAT. En su sentido más amplio, el terrorismo es la táctica de utilizar un acto o una amenaza de violencia contra individuos o grupos para cambiar el resultado de algún proceso político. Y desde esa perspectiva la creación de la LECAT tiene ese fin, la coerción de derechos fundamentales de las personas a fin de mantener los intereses del Estado. Y no un terrorismo de la población civil para el Estado, sino la institucionalización del terrorismo de Estado a través de esta ley.

Los demandantes especifican que La Ley Especial Contra Actos de Terrorismo viola la Constitución en lo relativo a la igualdad de las personas, al debido proceso, a la penalización de los actos delictivos aparentemente novedosos, lo que se traduce en el ejercicio arbitrario e ilegal en que han incurrido los funcionarios del Órgano Legislativo y el Presidente de la República como los responsables del proceso de formación de la Ley, en el que los dos concurren conspirativamente contra la Constitución que mientras esté vigente debe ser respetada. Uno de los argumentos de los demandantes asumen es que al decretar y sancionar esta normativa violatoria de la Constitución, incurriendo en la ignorancia inexcusable de omitir esos elementos del tipo para legalizar un Terrorismo de Estado tipificando como acto terrorista todo ejercicio legítimo de los derechos y garantías constitucionales como son la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de tránsito, etc.

Ante el argumento de imprecisión y vaguedad que alegan los demandantes, la Sala de lo Constitucional reconoce que en la actualidad no existe consenso acerca de qué debe entenderse por terrorismo, debido a su compleja naturaleza, sin embargo la Sala señala que el artículo 1 de la LECAT, que define lo que debe entenderse por “terrorismo”, no es inconstitucional ya que este puede ser interpretado conforme al marco de valores y principios contemplados en la Constitución y el Derecho Internacional, “según los cuales

*el terrorismo constituye el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución”.*¹⁰⁷

Con base en ello, la Sala concluye que son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque realizar el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de “terroristas” en sus diferentes grupos y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole.

Otro punto de los que está en relieve versa sobre el principio de la seguridad jurídica, considerado como uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento constitucional democrático, debido a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

¹⁰⁷ Sentencia Sala de lo Constitucional Inc. 22-20007, Diario Oficial no. 158, Tomo 408, 2015, P.42

La Sala señaló que la imprescindible seguridad jurídica que debe existir en el ámbito penal, *requiere de la vinculación del juez a las disposiciones cuyo contenido sea objetivamente reconocible de acuerdo con las reglas y métodos de interpretación aceptados “gramatical, histórica, lógico-sistemática, teleológica, integral”;* pero también, *en sentido negativo, evitar la analogía como fuente creadora de delitos o de circunstancias agravatorias*¹⁰⁸.

También se declaró que no existe la inconstitucionalidad alegada, entre otros puntos en: a) en realizar intervenciones telefónicas; b) la práctica de declaraciones de víctimas, testigos e imputados mediante el uso de medios electrónicos; c) cuando se congelan fondos de terceros que resulten implicados con los grupos terroristas; y, d) cuando se regula como delito la ocupación armada de ciudades, poblados, edificios o instalaciones públicas o privadas. Por otro lado, se declararon inconstitucionales: a) el término “agente de una organización intergubernamental” utilizado en la letra n 2° del artículo 4 LECAT por inobservar el mandato de certeza que rige en materia penal de acuerdo al principio de legalidad; b) la pena accesoria regulada en el artículo 40, el cual establece inhabilitación especial por el doble de tiempo que la condena, por contrariar el principio de resocialización; c) la equiparación de la pena por actos preparatorios del artículo 31 con la de ciertos delitos consumados, por contrariar el principio de proporcionalidad; y, d) la equiparación la pena en los delitos de apología e incitación pública a los actos de terrorismo con otros delitos consumados.

2.3.2. Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras

A partir del aumento de la violencia en El Salvador y el incremento de los grupos delincuenciales conocido como maras o pandillas, se vuelve indispensable crear una ley con carácter especial y temporal que sirva como instrumento punitivo para estos grupos y que contenga los procedimientos y las

¹⁰⁸ *Ibidem* p. 48

sanciones correspondientes, con este fin la Asamblea Legislativa aprobó el decreto N° 154, el 1 de octubre del 2003 la Ley Antimaras (LAM). En su Art. 1 se consideró como asociación ilícita denominada "mara o pandilla" aquella agrupación de personas que actúan para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres y que cumplan varios o todos los criterios siguientes: se reúnan habitualmente, que señalan segmentos de territorio como propio, que tenga señas o símbolos como medios de identificación, que se marquen el cuerpo con cicatrices o tatuajes.

A continuación, entre las conductas que esta ley especial consideraba punibles, el Art. 6 tipificó la pertenencia a una mara o pandilla: El que integre una mara o pandilla que amedrente u hostigue o de cualquier forma amenace a personas, barrios o colonias, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si fuere sorprendido portando cualquier tipo de armas blancas, objeto corto punzante o contundente, materiales inflamables o explosivos, será sancionada con prisión de dos a seis años, y, el Art. 18 sancionó con sesenta días de multa a los que por medio de señas o tatuajes se identifiquen con maras o pandillas o grupos delincuenciales.

Seis meses más tarde la fue declarara inconstitucional a inicios del mes de abril del año 2004, pero que se mantuvo viva a través de una nueva Ley para el combate de las actividades de grupos o asociaciones ilícitas especiales, que reproducía, textualmente algunas de las principales disposiciones de la Ley Antimaras original y que fue de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Antimaras.

Entre los argumentos que expuso la Corte Suprema de Justicia se encuentran: *el ius puniendi*, entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado; tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución, "en un Estado de Derecho, el Derecho Penal ha de servir como instrumento jurídico

democráticamente delimitado, con el fin de dirigir la vida social hacia la protección de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales; así la justificación del poder punitivo del Estado y de la definición de delitos y penas se encuentra en la donosidad de las conductas caracterizadas legalmente como delito. Es decir, el Derecho Penal tiene como misión el hacer posible la vida de la comunidad teniendo presente el perjuicio que se quiere evitar¹⁰⁹”

La resolución declaró que la Ley Antimaras empleaba ciertas expresiones, por ejemplo, al criterio que define una mara por su fin de alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres, que resultaban inadmisibles en materia penal porque se dice bastante y no se dice nada, es decir existe una indeterminación conceptual empleada; asimismo, cuando la ley penalizaba la identificación de los mareros por sus tatuajes, el tribunal consideró que este hecho no lesiona ni constituye un peligro o lesión a terceros, sino simplemente es una acción que, analizada a partir del principio de lesividad, se vuelve penalmente irrelevante, en tanto que con su prohibición y punición no se protege bien jurídico alguno.

La Sala de lo Constitucional consideró que otros preceptos de la Ley Antimaras violaban diversos principios como son el de legalidad, lesividad, culpabilidad e igualdad, así como el valor de la seguridad jurídica al pretender sujetar a los menores de edad a las mismas disposiciones penales y procesales establecidas para los mayores de edad, contraviniendo no solo la Constitución salvadoreña sino también la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁰, al penalizar a los menores de doce años, sin establecer un rango legal mínimo, asimismo, la sentencia destacó que la notable ambigüedad de los conceptos

¹⁰⁹ Sentencia Sala de lo Constitucional Inc 52-2003, Pág. 84.

¹¹⁰ **Artículo 40.1.** “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

legales se formularon de tal manera que fomentaban la arbitrariedad en la aplicación de la ley penal.

Seis años después, la Asamblea Legislativa aprobó la nueva bajo el Decreto nº 258, del 1 de septiembre de 2010 la Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal. Su Art. 1 declaró ilegales y proscritas las llamadas pandillas o maras tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra; por lo que se prohíbe la existencia, legalización, financiamiento y apoyo de las mismas.

2.3.3. La sanción de la pertenencia a grupos terroristas. Ambigüedad en la interpretación de la sentencia 22-2007 Acum.

Las definiciones de los tipos son tan a ambiguas que podrán ser convertidas en comodines para la realización de capturas, bajo cualquier supuesto y casi por cualquier circunstancia, y esto depende de la poca importancia que se le da al estudio el dolo en esta ley y por los legisladores”. Lo cierto es que ni a nivel internacional, ni la ONU, ni la OEA, han elaborado una definición sobre que es terrorismo, porque realmente es muy difícil elaborar una que sea precisa y sin ambigüedades.

Basta analizar algunos delitos tipificados en la referida ley para notar algunos de los problemas que se encuentran en la aplicación de la norma. Al estudiar el delito de Ocupación armada de ciudades, poblados y edificios, (Art. 6 LECAT). Este delito sanciona gran parte de las acciones que han venido realizando los grupos sindicales o comunales, cuando un sindicato se va a la huelga y se queda dentro de las instalaciones donde labora. Dicha ley contiene en su conjunto de conceptos y catálogo de delitos que se consideran por el título de la ley Actos Terroristas, pero no posee una definición de Actos de Terrorismo, por lo que con las deposiciones se corre el riesgo que violentar las

libertades individuales: La libertad de reunión, de asociación, de tránsito, y hasta en algunos casos la de expresión.

Al respecto, se puede hablar de las limitaciones que existen al respecto de la pertenencia a un grupo o banda organizada armada de carácter terrorista, pero es más oportuno entrar a interiorizar sobre la individualización de la conducta de una persona natural al entrar a conformar una organización terrorista, cuando tratemos el Delito de Organizaciones Terroristas, que se encuentra regulado en la nueva Ley Especial contra Actos de Terrorismo; pero de lo que si se puede mencionar en esta oportunidad es lo que al respecto dice la ONU, y su catálogo y control de Organizaciones Terroristas que posee alrededor del mundo.

La Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, no contiene ningún concepto del término, tanto de terrorismo, como de acto de terrorismo, cuestión que es importante resaltar, debido a que esta es una situación que tiene que ver con el problema de la investigación que se ha planteado en este trabajo de investigación. Dicha Ley solamente contiene un catálogo de lo que el legislador trató de clasificar como Actos de Terrorismo. Queda claro que son muchas y muy variadas las definiciones que sobre el término terrorismo se han elaborado, lo cierto es que aún no se consigue ponerse de acuerdo sobre ello.

2.3.4. El derecho penal de autor y el derecho penal de acto

Los postulados del Derecho Penal Liberal¹¹¹ respaldan al Derecho Penal del Acto, a partir del cual únicamente constituye delito los actos externos de los individuos y no sus pensamientos o su condición de “peligrosidad”. Este postulado tiene su base en el principio de exterioridad o materialidad del acto punible, “*nullum crimen sine actione*” y el principio de lesividad en virtud del cual

¹¹¹ BECCARIA, Cesare, *Del delito y las penas* (1764) La crítica surgida del libro de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal Liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, principio de legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, entre otros.

todo acto debe causar una lesión a un bien jurídico penal o su puesta en peligro. En definitiva se sanciona actos y no autores. En el orden jurídico del Derecho Penal salvadoreño se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal del acto" y rechaza a su opuesto, el "derecho penal del autor".

La norma jurídico-penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta que intenta regular. Para ello tiene que partir de la conducta tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que ocurren en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente conminándola con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten esa conducta en punible.¹¹²

El acto punible se verifica de dos maneras: acción y omisión; y corresponde únicamente al ser humano dentro de la esfera de su voluntad; en ella distinguimos dos fases, una interna integrada por los pensamientos del autor que se proponen la realización de un fin (ilícito), y una fase externa que es la verificación material o expresión exterior del pensamiento, actuando sobre condiciones existentes o preparadas. A partir de ello, se puede colegir la diferencia entre una legislación penal que castiga actos (derecho penal del acto) y aquella legislación que no tiene como base el acto para la sanción penal sino la condición del sujeto imputable (derecho penal de autor).

Por su parte el Derecho Penal de Autor no castiga actos sino pensamientos y/o características de las personas. Esto ocurrió durante el fascismo español, italiano y alemán del Siglo XX y en América Latina durante las sangrientas dictaduras militares. El Derecho Penal del Enemigo propugna intervenir en forma preventiva y sancionar a un individuo peligroso antes de que exteriorice su acción delictiva, no espera la lesión al bien jurídico o la puesta en

¹¹² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2010) *Derecho Penal. Parte general*, 8ta edición Tirant Blanch, Valencia, p. 688

peligro. Por lo tanto se sanciona la peligrosidad y no el acto. La actual legislación penal ecuatoriana específicamente en el tipo penal terrorismo es una manifestación de aquello.

El derecho penal del enemigo como se ha entendido, transforma también la concepción tradicional del principio del hecho o del acto, entendido como: “aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor¹¹³”. Ello recuerda al derecho penal de autor que propugnaron los penalistas Nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la “perversión” inclinación o tendencia del delito o peligrosidad criminal que pudiera tener su autor.¹¹⁴

Vistas las cosas de esta manera, el derecho penal del enemigo riñe claramente con el principio del acto. Pues en estos casos, la pena se dirige hacia el aseguramiento de hechos futuros, y no necesariamente a la sanción de hechos cometidos, pues no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro futuro, conducta actuada, sino tan sólo de la planeada, dicho de otro modo, no del daño en la vigencia de la norma ya realizada, sino de un juicio¹ de valor a priori, lo que puede ser adecuado en el caso de los terroristas que son adversarios por principio.

La distinción entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor no es sólo una cuestión sistemática sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho penal de autor se basa en

¹¹³ AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, 34. Madrid: Dykinson, 2007. p. 137.

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. “*De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*”. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara-Díez, (Coord.). En el derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2, 2006, p. 345

determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no puede precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así, por ejemplo, es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un “homicida” o de un “ladrón”. Por eso el Derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo.¹¹⁵

2.3.5. La amenaza a la unidad del Estado

El Derecho Penal del Enemigo constituye una práctica discursiva y mecanismo de Política Criminal que identifica al enemigo como amenaza al Estado, Constitución o a la sociedad, limitando las garantías y remplazando al Estado de Derecho por un Estado de excepción. Esta perspectiva legitima la exclusión y la neutralización del enemigo. La criminología del otro explica el fenómeno criminal desde el enemigo, visualizando el discurso de la exclusión, el cual, siempre ha estado presente en la sociedad contemporánea.

“Al ser intrínsecamente perversos o malvados, algunos delincuentes no son como nosotros. Son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación¹¹⁶”.

Jakobs¹¹⁷ postula la existencia y necesidad de un Derecho penal del enemigo que se contrapone a un Derecho penal del ciudadano, es decir, la

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2010) *Derecho Penal. Parte general*, Óp. Cit. Pág. 213

¹¹⁶ AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, 34. Madrid: Dykinson, 2007. pag. 301.

¹¹⁷ JAKOBS., Gunther, *Estudios de Derecho judicial*, núm. 20 (nota 1), págs. 138 y SS. Los trabajos de Jakobs han desencadenado ya una incipiente discusión en los ámbitos de habla alemana y española en la que hay que constatar sobre todo voces marcadamente críticas. En esta línea, atribuyen a Jakobs una posición afirmativa respecto de la existencia de Derecho Penal Del Enemigo

necesidad de un derecho penal que no se encuentra dentro los parámetros, ni se rige por los principios propios del Derecho penal liberal característico del Estado de Derecho.

El Derecho Penal del Enemigo es una legislación de tipo bélica más que jurídica, que regula el trato con aquellos sujetos que no pueden ser considerados ciudadanos por representar un peligro físico y/o normativo para el Estado y la sociedad¹¹⁸. La disminución o abolición de garantías procesales y el adelantamiento de la punibilidad, sin que se disminuya la escala penal en forma proporcional a ese adelantamiento, así como una lógica combativa más que intimidatoria, son las características de este Derecho penal del enemigo¹¹⁹.

El Derecho penal del enemigo no solamente debe ser analizado desde el sistema de normas penales, sino que también debe estudiarse su influencia en la criminología como legitimadora de un discurso de exclusión¹²⁰. Jakobs avala las técnicas expansivas del Derecho penal y su uso contra determinados sujetos para evitar la disolución del Estado de Derecho y termina describiendo una modalidad del control social.

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual “peligroso”), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo “complot de asesinato”) es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, y por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento persona y demuestra este déficit a través de su comportamiento.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo** en Jakobs Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005) Derecho Penal del Enemigo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

¹¹⁹ BÖHM, María L. **Políticas Criminales Complementarias**. Una Perspectiva Biopolítica en Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa N° 1 (2011), Lima, 2011, pp. 159-180.

¹²⁰ BARBA Álvarez, Rogelio. **Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo** en: <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Esbozo%20Criminologico%20sobre%20el%20Derecho%20Penal%20del%20Enemigo.pdf> consultado el 01 de octubre del 2019.

Desde esta perspectiva los enemigos no son personas por haber perdido esa calidad al colocarse en forma permanente al margen del sistema y atacar de manera constante las bases fundamentales del Estado, amenazando la seguridad de todos los ciudadanos, sino son, quienes por principio se conducen de modo desviado y no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Por ello, no pueden ser tratados como ciudadanos, sino deben ser combatidos como enemigos. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado, por el contrario, el enemigo es excluido.

El mensaje recurrente de esta estrategia es que el Estado por sí solo no es, ni puede ser, el responsable de prevenir y controlar el delito.¹²¹ Por primera vez desde la formación de la justicia penal estatal moderna, el gobierno ha comenzado a reconocer una verdad sociológica básica: que los procesos más importantes de producción de orden y conformidad son los procesos sociales fundamentales ubicados en el marco de las instituciones de la sociedad civil y no la amenaza incierta de las sanciones legales

2.3.6. Supuestos en los cuales debe calificarse la pertenencia a grupos terroristas.

La delimitación conceptual del terrorismo precisa del análisis de los medios empleados y los resultados producidos como inexcusable punto de referencia, en la medida en que, no cabe actuación del derecho penal sin previa lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Supuestos de pertenencia. En primer lugar, cuando una manifestación de voluntad verbal no implique objetivamente que la organización pueda contar

¹²¹ DIJK, Jan van (1999). *Sobre el homo prudens, el «hombre del riesgo cero», el que «personifica la prudencia, la racionalidad y la responsabilidad»*, ver J. Adams (1995, 16)

con la aportación material o personal de ese sujeto a corto plazo, por ser materialmente imposible, se trata de un caso atípico.¹²²

Por ejemplo, si el líder de una organización terrorista condenado a 15 años de prisión manifiesta a los 10 años de cumplimiento de la pena impuesta, cuando quede en libertad su intención es la de incorporarse de nuevo a dicha banda armada o ayudarla esporádicamente, no debe ser considerado ni miembro ni cooperador. Es decir, tal declaración de voluntad no puede ser constitutiva de ninguna clase de colaboración puesto que el sujeto no tiene la capacidad para realizar lo prometido. En otras palabras, es materialmente imposible que la banda armada pueda contar con su aportación.

En segundo lugar, aunque un sujeto declare su intención de ayudar a una organización terrorista y ello sea posible, puede ocurrir que la banda armada no tome en consideración su ofrecimiento o que tal manifestación no llegue a sus destinatarios (por ejemplo, en el caso de una carta que es interceptada). En estos casos, pues, dado que no ha existido ningún acto de favorecimiento a las actividades de una organización terrorista, tal conducta también debe considerarse atípica.¹²³

Por tanto, si una organización terrorista propone a alguien que colabore con sus actividades, por mucho que este sujeto acceda no puede ser castigado por un delito consumado hasta que empiece a ejecutar la aportación con la que se comprometió. Así, cuando un sujeto se declara dispuesto a participar en un delito concreto (“cuando decidáis matar a algún sujeto podéis contar con mi ayuda”), no podrá ser castigado hasta que se inicie la ejecución del tipo, siempre que en ese momento concurra alguno de los siguientes requisitos: o

¹²², ASÚA BATARRITA, “*El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal*”, p. 267.

¹²³ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 183, considera que no es decisivo para integrar el delito de pertenencia “que un sujeto desee con todas sus fuerzas ser aceptado en las filas de una organización, si ésta finalmente no lo encuentra conveniente y no lo acepta como miembro, quizás tras un período de prueba. No ha tenido, desde luego, la relación orgánica con la organización que puede ser denominada condición de miembro”.

bien ya haya realizado alguna aportación material concreta (como la entrega del arma homicida), o bien se sepa cuál será su contribución durante o después de la ejecución (por ejemplo, ayudarlos a escapar del lugar del crimen).

Por tanto, rigen las normas generales sobre autoría y participación. Sólo a partir del inicio de la ejecución de un delito determinado su voluntad es concretada y se presenta como penalmente relevante en orden a la protección de la vida de la víctima escogida. En cambio, la mera promesa genérica no puede castigarse legítimamente a través de los delitos de pertenencia o de colaboración¹²⁴

Por último, la simple pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista, aunque no esté tipificada dentro de los delitos de terrorismo, constituye un tercer grupo de conductas delictivas terroristas, denominadas estructuralmente terroristas, cuya peligrosidad consiste “en la existencia y el fortalecimiento de la organización interna del grupo”¹²⁵, aunque no produzcan ningún resultado lesivo por sí mismas.¹²⁶

¹²⁴ No obstante, también podría concurrir una conspiración delictiva desde el momento en que un sujeto se concertara con terceros para participar en un delito concreto –esto es, que se le asignara su concreta tarea de participación, por ejemplo, conseguir el arma homicida-, siguiendo al sector doctrinal que no concibe este acto preparatorio como “coautoría anticipada” (así, CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, p. 94; y FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, pp. 377 y 380-381). Por el contrario, si se considera que “sólo pueden ser sujetos de la conspiración quienes reúnan las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado” (así, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 341-342, *negrita añadida*), el sujeto que, de ejecutarse el delito, sería considerado partícipe (cooperador necesario o cómplice) no reúne estas características.

¹²⁵ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 37 ss.; y MARTÍNEZCARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 486

¹²⁶ VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, p. 424, utiliza otra nomenclatura. Este autor, distingue entre dos clases de infracciones dentro de los delitos de terrorismo: por un lado, los delitos ordinarios que adquieren la consideración de terroristas al ser realizados por pertenecientes a bandas armadas terroristas; y, por el otro, los delitos de terrorismo “per natura”, esto es, la pertenencia a grupos terroristas, la colaboración con banda armada y la apología de terrorismo.

CAPITULO III

PRESENTACION, DESCRIPCION E INTERPRETACION DE RESULTADOS.

3.1 Diseño metodológico.

3.1.1 Tipo de investigación.

En la presente investigación se utilizará el método de investigación analítico, debido que comprende el estudio del Delito de Organizaciones Terroristas en la Jurisprudencia Constitucional Salvadoreña. En esta investigación se trabajará respecto de la naturaleza jurídica de la aplicación de la Ley Contra Actos de Terrorismo al Delito de Organizaciones Terroristas, haciendo una descripción de los problemas fundamentales y sus antecedentes, asimismo se formularán hipótesis con sus respectivos indicadores. Además, se refiere a un marco teórico donde se respaldará la investigación en desarrollo por medio de teorías jurídico penales; en ese orden de ideas se hará una selección de especialistas en el derecho penal, que servirán de muestra con los instrumentos de investigación, para conocer las diferentes posturas de este delito y a quienes son aplicados y una vez obtenida toda la información necesaria se hará un análisis e interpretación de datos de las entrevistas hechas a los especialistas.

3.1.2 Métodos, Técnicas e Instrumentos de Investigación.

La necesidad de influir, modificar o cambiar un problema que se estudia lleva a los investigadores a buscar métodos para involucrarse en forma más directa en la investigación y buscar la solución de un problema, por lo cual todo investigador se basa en diferentes métodos de investigación, siendo necesario partir de la utilización del método científico.

3.1.2.1 Método Científico.

El cual consiste en: “Un procedimiento sistemático que aprovecha el análisis, la síntesis, la deducción y la inducción; los medios generales del método científico son los conceptos, definiciones, hipótesis, variables e indicadores”. Así que

consideramos viable realizar una investigación de carácter teórico, doctrinario; así como una investigación de campo, ya que estimamos factible contar con la colaboración de todos aquellos sujetos que se ven involucrados en la aplicación de la Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT).

Para el desarrollo de la investigación se utilizará además el **Método Analítico**, que consiste en la disociación de un todo, disgregándolo en sus partes para observar las causas, la naturaleza y los efectos, es decir distinción y separación de un todo en partes para conocer sus principios y elementos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular, es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia, este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con el cual se puede explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías, este método se requerirá su utilización en el marco teórico de nuestra investigación y en el análisis e interpretación de resultados.

3.1.3 Población.

Es debido al fenómeno a investigar, esto si bien le atañe a la generalidad, pero los que han emitido nuevos criterios jurisprudenciales, pueden aportar sus riquezas académicas, experiencias en el área y sus conocimientos, siendo estos un miembro de la Sala de lo Constitucional, Juez de Sentencia y un Abogado Particular. Por esa razón, se realizaron entrevistas no estructuradas a los siguientes funcionarios:

1. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Licenciado Marcos Antonio Vela Avalos.
2. Juez Segundo de Sentencia Licenciado José Luciano Lovato Santos.
3. Abogado de la Republica especialista en derecho penal Licenciado Balmore Zelaya.

Debido a la naturaleza del tema, se tomó la decisión de contar con el conocimiento de los expertos especialistas del área penal. Es por ello, que como instrumentos de investigación se usaran entrevistas no estructuradas, dirigidas a los expertos sobre la temática

3.1.4 Instrumentos de investigación.

Entrevistas no estructuradas: preguntas abiertas, sin un orden preestablecido, adquiriendo características de conversación, posteriormente recopilar datos sobre el estudio de investigación con el fin principal de construir un vínculo con los encuestados debido a que hay altas probabilidades de que otorguen respuestas veraces.

3.2 Resultados de la entrevista no estructurada.

3.2.1 Presentación de la Entrevista No Estructurada.

| Lic. Marcos Vela Código 01 | Lic. José Lovato Código 02 | Lic. Balmore Zelaya Código 03 |
|--|---|--|
| CODIGO PREGUNTA 02. | | |
| 1. ¿Cuál considera que es la causa por la cual los juzgadores no determinan con la debida precisión el objetivo del tipo penal en la Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT) en relación con la sentencia de inconstitucional 22-2007? | | |
| <p>Considero que el problema es aplicativo, no está en el tipo, problemas de ley cierta ley estricta, siendo el problema es de aplicación y hay que enfocarse en las razones de aplicación desviada del tipo penal, principalmente es una cuestión de política criminal informal por que no está institucionalizada, no es una política que proviene del Estado, pero si es una política judicial de persecución penal a ultranza a las personas que son procesadas por los delitos que se establece esta ley que usualmente son a personas que pertenecen a pandillas, siempre es un problema aplicativo por que un juez no puede asumir una posición tan activista frente a una situación.</p> | <p>La LECAT no es una ley nueva sin embargo su aplicabilidad era muy escaza, si no que los jueces se iban a la aplicación del artículo 345 Código Penal cuando la sentencia 22-2007 la fiscalía comenzó a aplicar el tipo penal y se ha usado como parámetro para presentar las acusaciones en base al artículo 13 dejando a un lado el artículo 345, antes de la sentencia 22-2007 la Fiscalía perseguía a las pandillas mediante la figura del Código Penal, los jueces en su momento tenían una renuencia para aplicar la LECAT.</p> | <p>Para determinar el objetivo de la sentencia por parte de la sala de lo constitucional se tiene que demostrar la permanencia en el tiempo, es decir sobre una línea determinada en el tiempo en el cual el sujeto en nombre o en representación de la estructura criminal haya realizado delitos en beneficio de la misma, o por órdenes jerárquicos de la misma estructura este sentido podemos determinar que el fin último que es el de infringir terror, entonces en este sentido son los elementos que ante un juez tienen que demostrarse para que corrobore la existencia o no del tipo penal de organizaciones terroristas en relación a la sentencia.</p> |

CODIGO PREGUNTA 05.**2. ¿Cómo se debería interpretar y aplicar la teoría del Derecho Penal del Enemigo, especialmente en la forma del “terrorismo” que hoy en día enfrentamos?**

| | | |
|---|--|--|
| <p>Una teoría propiamente del derecho penal del enemigo en relación con el “terrorismo”, teniendo en cuenta que en la teoría del derecho penal del enemigo no todas las personas no son resocializarles y tienen que ser inocualizadas en un proceso con condenas penales que se consideran como penas permanentes, con el fin que las personas no se puedan reinsertar en la sociedad y que no puedan volver a delinquir, con la diferencia que el sistema penitenciario salvadoreño difiere con el sistema penitenciario alemán, este último con una condena y una expectativa de que la persona no vuelva a delinquir, pero en el caso del sistema penitenciario salvadoreño es que efectivamente se cometan delitos desde los centros penales y esto produce que el sujeto no se vuelva inocuo, es lo que considero que es una compatibilidad entre el Derecho Penal del Enemigo con la situación actual de la aplicación del tipo penal.</p> | <p>La LECAT no considero que este mala, en si no considero que exista terrorismo, la cuestión es que en un momento que estuvo de moda el garantismo penal, la organización social lo que haces es mantener el control social para mantener el orden, como ir a la escuela, la religión es una forma de control social, en derecho penal es una forma de control más rígida, por eso se dice que el Derecho Penal, debería de ser el último control, en el garantismo se establece que no debe de usarse de forma extrema y que es la última salida para perseguir acciones concretas</p> | <p>Primeramente Günther Jakobs ya el estableció cual es; y es simplemente tratar al delincuente como enemigo, porque en virtud de que esté sujeto causa un daño a la sociedad nosotros tenemos que retribuirle daño por medio de un trato que le haga sentir como el hizo sentir a sus víctimas. Nosotros tenemos que tener como pilar fundamental que nosotros en nuestro ordenamiento jurídico nos regimos por derecho penal de acto y no por derecho penal de autor en virtud de lo cual considero yo que la sentencia de la sala de lo constitucional tiene bastante de esta pigmentación de derecho penal del enemigo y que sería contrapuesto a la naturaleza de la sala de lo constitucional que es garante de la Constitución que están inmersos los derechos fundamentales y derechos humanos de las personas</p> |
|---|--|--|

CODIGO PREGUNTA 01.**3. ¿Considera que existe violación de los derechos fundamentales en la formulación y aplicación de la Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT), en el entendido que se hace prevalecer un Derecho penal de autor sobre un Derecho penal de acto?**

Realmente no es un derecho penal de actor ya te digo que este acto porque al margen de que pueda hacer que los grupos de los grupos pandilleros principalmente los que saben procesados por eso telitas no deja de ser sobre la base de hechos y cómo entonces diría que no se rompe con esa dualidad, lo que sí ocurre y es quizá lo que lo que lo que a muchas personas les vaya es que el derecho penal del enemigo y este derecho penal que nosotros vemos en la ley contra el terrorismo responde una finalidad más funcionalista qué la que la del derecho penal de la delincuencia convencional y es funcionalista en el entendido de que a veces no protege la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sino que también protege es adelantamiento de la barrera de protección funcionalista.

En la sentencia 22-0007 justifica la violación de derechos, la Sala debe de ser garante de las personas, pero actualmente se está prevaleciendo más el Derecho Penal del Enemigo, pero la sala de lo de lo constitucional se ha ido inclinando hacia el derecho penal del enemigo, el derecho penal de enemigo crea fuerza con la creación de los juzgados especializado, en donde decretaban incompetencia reconocer los juzgados ordinarios de Sentencia, y que la jurisdicción especializada no era considerada inconstitucional, pero lo que trata de hacer la sala es justificar el castigo penal sin ninguna acción típicamente relevante, en el entendido que se hace prevalecer un derecho penal de autor derecho penal de acto, la sala justifica esta forma de proceder.

Esencialmente en el Génesis en la naturaleza la filosofía de la LECAT no era para sancionar a maras o pandillas es como consecuencia del evento antisocial en el caso Mario veloso contra dos agentes del mantenimiento del orden del UMO que si específicamente en el redondel universitario en la capital como consecuencia de esto un sector legisferante realiza la iniciativa de ley se crea la LECAT, inicialmente considero que la LECAT no lleva inmerso derecho penal del enemigo porque adecuar a las pandillas es que esto fue creado para organizaciones terroristas que tengan fin evidentemente político y no económico como lo tienen las pandillas

CODIGO PREGUNTA 01.**4. ¿Cree que es pertinente que en un Estado de Constitucional de Derecho exista un trato diferenciado entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo, tomando en consideración que solamente en un Estado Constitucional de Derecho se garantiza la protección y pleno goce de los derechos fundamentales?**

Considero que aquí el problema no es tanto una cuestión de derechos fundamentales, a los derechos fundamentales de por medio pero esos derechos fundamentales siempre son respetados, porque siempre las personas que son procesadas por eso delitos tienen derecho de defensa, de audiencia derecho al uso de prueba todo lo demás lo tiene lo que ocurre es más bien una cuestión de política criminal qué difiere la delincuencia convencional de la delincuencia no convencional tratamiento más rígido la fe a la segunda que la primera entonces la segunda recibe un tratamiento más rígido por la razón de que la intensidad de la afectación de los bienes jurídicos es la delincuencia convencional.

No considero que exista una diferencia entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, es contrario a un estado el Derecho Penal del Enemigo es contrario a un estado constitucional de derecho, la entrevista porque la garantía se minimiza no se eliminan, la persecución se enfoca a ciertos sectores, quien aparece en pueden ser los perturbadores del orden por eso se dirige enfocarse los pandilleros, yo considero un trato diferenciado, sino que tiene una línea definida que violentan garantías constitucionales.

Pero inicialmente un pandillero es un ser humano y como tal le asisten todos los derechos como un civil común digamos derecho a la salud derecho al agua derecho a un trato digno aunado a esto los principios grandes del proceso penal el principio de presunción de inocencia el debido proceso el principio legalidad del derecho de defensa en virtud de los cuales si nosotros nos vamos a buscar una posición de derecho penal del enemigo le estaríamos dando un trato indigno y que pretenderíamos restringirle los derechos a él como consecuencia de ser una persona de relevancia antisocial pero de una mayor relevancia a un civil que comete ilícito yo considero que el derecho penal del enemigo es totalmente contrapuesto por lo menos a nuestra visión de un estado democrático de derecho.

CODIGO PREGUNTA 04.**5. ¿Cuál considera que es la consecuencia jurídica de la pena no proporcional con el principio de humanidad de las penas en el delito de organizaciones jurídicas?**

Si nosotros vemos cuál es el fin constitucionalmente legítimo que se persigue para sancionar la organización terrorista elegimos medio de la combinación penal para la constitución finca y donde no tenemos otro medio alternativo alternativa menos lesivo pero igual de idóneo no se consigue habrán medios alternativos relativo pero no tienen el mismo nivel de idoneidad, idoneidad menor con eso ya se rompería el hecho de que podamos aplicar un principio de la proporcionalidad, y luego la proporcionalidad en sentido estricto que al menos en materia penal se traducen asimetría entre la gravedad del hecho que se ha cometido, la pena que se va a imponer por la comisión desecho que también yo lo veo bastante acorde nosotros analizamos otras figuras penales consumadas en las lesiones de bienes jurídicos

El principio de proporcionalidad de las penas es el principio que se ve violentado, Por ejemplo si hablamos de cómo se constituye una pandilla, encontramos a los paros, que son personas que aún no Son miembros de la pandilla, pero Qué hacen mandados a los jefes, como ir a comprar cigarrillo, o a la tienda, Y si aplicamos artículo 13 el tipo penal de 8 a 12 años, entonces este paro que no es miembro activo de la de las pandillas el paro le caen 8 años, el paro es el que tiene mínima participación en la pandilla, el proporcional ponerle paro 8 años por llevarlas cigarros a un miembro de la, entonces donde no era el principio de proporcionalidad de humanidad de las penas la sanción penal no es proporcional a la acción realizada, la pena es desproporcionada con la acción que realiza, en alguna medida esa bien el articulo cuando se le aplica a las cabecillas de las pandillas.

Los principios de las penas tiene que ser primero necesario razonable proporcional entonces si la pena ya es desproporcional no es razonable aplicarla será necesaria una pena tan grave para poder lograr la reinserción del sujeto eso queda en debate ahora bien consideran ustedes proporcional al daño infringido imponerle 15 años de prisión a una persona porque supuestamente le guardaba armas a la pandilla. Hay un mínimo y un máximo pero ahora bien el problema esta entrada sancionar con 15 a 20 años de prisión a una persona por suponer pertenece a la estructura criminal en un grado inferior yo considero que esta desproporcional la pena del tipo penal de organizaciones terroristas a los distintos grados de participación dentro de la misma totalmente desproporcionada y por política criminal y los fines que persigue la pena no generan reinserción una pena tan severa.

CODIGO PREGUNTA 06.**6. ¿Pueden los actos de terrorismo descritos en la LECAT, incluirse en las categorías de “crímenes de guerra”, “crímenes de lesa humanidad” o “genocidio”?**

Alguno de esos de hecho reciben esa tipificación definitivamente encaja, si lo que me quieres decir con esto es que se encaja con los estándares Internacionales de lo que genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra, yo diría que sí porque si nosotros observamos al estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y nos vamos a la tipificación que se hace de este tipo de delitos la categoría de delitos advertimos que efectivamente son compatibles con la forma en la que están regulados en la LECAT

Los actos cometidos por esta ley en su momento si pueden considerarse como actos de guerra, pero si son cometidos por organizaciones terroristas, si son cometidos por pandillas no considero que deban incluirse esos delitos a la acción que realizan en nombre de las pandillas.

Por principios de legalidad estos son tipos penales independientes ya nosotros contamos en el código penal supuestos de hecho en el cual regulan los delitos de lesa humanidad, ahora bien ¿puede la organización terrorista cometer delitos de lesa humanidad? Si los puede, evidentemente si puede cometer delitos de lesa humanidad nosotros ya tenemos tipo penales independientes para estos delitos y andarlos incluyendo creando tanta ley especial incorporando más tipos penales o leyes especiales primero es una expansión del derecho penal una descodificación, imagínense que con los tipos penales que existen ahorita hay problemática en la investigación ya no se diga al querer agregarle otra categoría más.

CODIGO PREGUNTA 04.**7. ¿Qué razones pueden aducir los juzgadores para establecer su competencia y atribuciones respecto de delitos que atañen a soslayar la soberanía del Estado?**

La cuestión de la competencia la competencia no es más que una particularización de la jurisdicción define legislador la jurisdicción sin que se establece la Constitución en el artículo 172 o decir cuál es la competencia para el ejercicio de su jurisdicción lo determina el legislador dentro de su estructura de acción si nosotros observamos en este caso margen estructura de acción han hecho que llegue al establecimiento de una serie de tribunales especializados que conoces de este tipo de delito, entonces yo creo que la razón en este caso que podrían hacer ellos para su competencia de la jurisdicción le viene la Constitución el artículo 172 la particularización de su jurisdicción mediante la competencia, que viene dada por el propio legislador que lo hace ejercicio de suma genes estructura de acción que son totalmente legítimo y válidos.

La competencia y atribución que tenemos como jueces la confiere la Constitución de la Republica en el artículo 172 que dice que poder lo o ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.

La competencia ya está dada por ejemplo en materia de organizaciones terroristas que supuestamente es un criterio de la sala se atribuyen facultades que son propios del órgano soberano por ejemplo tomarse determinados sectores de la sociedad ya hay tipo penal por eso usted pero está un tipo penal por desalojar a personas de su propiedad por meterse tenemos el delito de allanamiento de morada. Quienes conocen en los delitos de realización compleja pues los especializados, yo considero que cuando son imputaciones masificadas y por delito de realización compleja solo deben de conocer los especializados.

CODIGO PREGUNTA 04.**8. ¿Cuáles considera que son las razones por la que la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo no se aplica en tribunales especializados y son remitidos a los tribunales ordinarios de sentencia?**

Eso tiene que ver en algunos casos porque no encaja con las características que nos da la misma ley para poder establecer la competencia y para conocer de esos delitos, entonces caso cuando no se cumple con esas características se hace lo que se hace en cualquier conflicto de competencia no derivarlo al tribunal competente se puede generar impunidad.

Los delitos de realización compleja homicidio simple y agravado, todos los que tengan esta modalidad se procesan en los tribunales especializados de Sentencia, alisados por dos o más personas, dos o más víctimas, su perpetuación provoca alarma o conmoción social cuando tiene alguna relación con esos delitos, sería el deber ser, pero en realidad en los tribunales ordinarios de sentencia y los especializados de sentencia se procesa delitos de organización terrorista, lo que quiere decir que no hay una delimitación en qué delitos pueden conocer los jueces especializados en sentencia, se supone que los juzgados especializados le quisieron andar una apariencia de una audiencia nacional aplicada en España, qué hay delito contra el crimen organizado y de organización compleja donde se persiguen delitos Qué son de criminalidad organizada, complejidad lo determinaba el número de víctimas y de imputados, el número de partícipes, etc. Pero no se incluyeron acto

Considero que son aquellos casos de menos cuantía de sujetos que forman parte de la organización porque por lo menos yo no he tendido audiencias donde sean más de cinco los miembros de la organización terrorista las reglas del juego ya están previamente establecidas en este caso para que los tribunales ordinarios conozcan es porque son menos imputados es lo primordial porque cuando ya son imputaciones masificadas que yo insisto así lo deberíamos de denominar ya conocen los tribunales especializados.

| | | |
|---|--|--|
| | de terrorismo, más bien bajo la modalidad de criminalidad organizada, no sea cuestionado la competencia para juzgar los delitos de organización terrorista, simplemente por la multiplicidad de imputados | |
| CODIGO PREGUNTA 06 | | |
| 9. ¿Considera que la LECAT es un mecanismo del Estado para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, seguridad jurídica y soberanía estatal? | | |
| En materia de derechos humanos y derecho diría que sí, las acciones de los Derechos Humanos investigar y el de sancionar se investiga sancionan delitos y con eso damos cumplimiento de los deberes que establece el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la seguridad jurídica Sí porque la seguridad jurídica si le entendemos nosotros así como dice el Infante Vidal Cómo, se dice que tiene estado de doble manifestación que me decía estructural y corrección funcional, podemos ver que desde el punto de vista estructural qué logra encajar del punto de vista funcional si tendríamos porque de la funcionalidad de los tribunales especializados en la más deseada, no son tribunales dados a las absoluciones cuando no hay elementos de | En derechos humanos no creo, pero sí de seguridad jurídica, porque la aplicación de la LECAT, no conlleva a violación de Derechos Humanos si se aplica tal cual, porque las pandillas no están queriendo sustituir al estado, sino que las organizaciones terroristas lo que imponen su ideología, las pandillas no, cometen delitos, en cambio las organizaciones terroristas imponen sus ideologías religiosas en contra del Estado. | Jamás en la forma en que se está aplicando, si la LECAT implica un mecanismo para contrarrestar la impunidad para contrarrestar los altos índices de violencia si se realiza de una manera objetiva profesional y garantizadora de los derechos de los justiciables efectivamente es un mecanismo para que el Estado cumpla con sus obligaciones respecto de su soberano de sus civiles de quienes no se meten en problemas pero si solo es utilizada por parte del ministerio público Fiscal por parte de los juzgados para crear estadísticas para verificar si realmente metemos a 100 en la cárcel y después de los dos años salgan porque no hemos podido demostrar su pertenencia en estructura su permanencia y la comisión |

| | | |
|---|--|---|
| <p>prueba sino que es casi un tribunal de condena, entonces creo que esa manifestación de corrección funcional es la que nos quedaría en deuda pero de ahí la seguridad jurídica manifestaciones creo que así se logra y luego soberanía estatal que aquí yo creo que estamos en una especie de logomaquia.</p> | | <p>de hechos delictivos eso es un abstracto jurídico solo es una hipótesis que jamás se va a comprobar en la medida que el Estado no sea de una manera más objetiva sea más profesional en el que hacer porque a mí de qué me sirve me llevo toda la colonia que supuestamente son terroristas si no lo puedo probar.</p> |
|---|--|---|

3.2.2 Interpretación de Resultados.

El problema fundamental de nuestra investigación se centra en el problema que tiene denominar a las pandillas como terroristas y como este aplica el tipo penal de organizaciones terroristas, reforzándose con la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007. A continuación se muestran los principales resultados obtenidos, así como un análisis preliminar de estos. Se comienza analizando las respuestas dadas por los especialistas del derecho acerca del fenómeno de las pandillas en la muestra, para luego analizar el punto de vistas que tienen acerca del delito de organizaciones terroristas y su incidencia en la jurisprudencia constitucional salvadoreña.

3.2.3 Valoraciones sobre la problemática de la investigación.

La premisa inicial del planteamiento del problema se enfoca en la causa por las cuales no se determinan el objetivo del tipo penal en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismos en relación con la sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007, principalmente en el artículo 13 de la misma ley, en la realización de la investigación y en el análisis de las entrevistas, la opinión vertida por la Sala de lo Constitucional versa en la idea que no existe un problema en el tipo penal del delito de organizaciones terroristas, más bien es un problema de aplicación, que posee un trasfondo de una política criminal, dando a conocer que el Estado persigue a los delincuentes que pertenecen a pandillas de una forma activista.

Desde su punto de vista de juzgador segura que el problema del tipo se encamina a que su aplicación es escasa, antes de la sentencia 22-2007, la fiscalía acusa en base al artículo 345 del Código Penal el de agrupaciones ilícitas, y que la fiscalía presenta requerimientos bajo la modalidad de organizaciones terroristas, pero no probando que son pertenecientes a pandillas, el punto de vista del defensor particular, establece que no existe un problema del tipo penal, más bien va enfocado a que los que cometen el delito

de organizaciones terroristas no se les demuestra la pertenencia en el tiempo es decir sobre una línea determinada en el tiempo en el cual el sujeto en nombre o en representación de la estructura criminal haya realizado delitos en beneficio de la misma.

Asimismo uno de los problemas que se plantearon al inicio de la investigación referiré a cuál es la consecuencia jurídica de la pena no proporcional con el principio de humanidad y resocialización en el Delito de Organizaciones Terroristas, fundamentando desde el punto de vista de la sala de lo constitucional, el considera que la pena que se va a imponer por la comisión del hecho “...que también yo lo veo bastante acorde nosotros analizamos otras figuras penales consumadas en las lesiones de bienes jurídicos...”, considera que no hay un medio alternativo menos lesivo pero igual de idóneo, otro medio aplicado a la persecución penal no sería lo más adecuado, en cambio la opinión vertida por el Licenciado Lovato y el Licenciado Zelaya difieren de lo expresado por lo expresado por el Licenciado Marcos Vela, los principios de las penas tiene que ser primero necesario razonable proporcional entonces si la pena ya es desproporcional no es razonable aplicarla será necesaria una pena tan grave para poder lograr la reinserción del sujeto eso queda en debate ahora bien consideran ustedes proporcional al daño infringido imponerle 15 años de prisión a una persona porque supuestamente le guardaba armas a la pandilla, el principio de proporcionalidad de humanidad de las penas la sanción penal no es proporcional a la acción realizada, la pena es desproporcionada con la acción que realiza, tipo penal de organizaciones terroristas a los distintos grados de participación dentro de la misma totalmente desproporcionada y por política criminal y los fines que persigue la pena no generan reinserción una pena tan severa.

3.2.4 Demostración y Verificación de Hipótesis.

I. En la inconstitucionalidad 22-2007, la Sala de lo Constitucional mediante una interpretación conforme establece los

presupuestos que el juzgador debe valorar al momento de aplicar la Ley Especial contra Actos de Terrorismos, la cual propicia la eficacia del combate a las agrupaciones terroristas que atentan contra la población y la unidad del Estado.

A partir de la investigación realizada en la propuesta capitular, se puede establecer que la Sala de lo Constitucional establece los parámetros para determinar cuándo nos enfrentamos a los delitos de organizaciones terroristas. “...Según dice la Sala de lo Constitucional, al argumentar por qué las pandillas o maras son organizaciones terrorista: “Es un hecho notorio que las organizaciones criminales que realizan dentro de su accionar atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, incluidos contra las autoridades civiles, militares, policiales y penitenciarias...”¹²⁷”

Lo anterior brinda una nueva herramienta para la represión del delito, ya que después de cumplir ciertos presupuestos, se está imputando un delito que antes no estaba regulado, y es la pertenencia a estos grupos delincuenciales, ahora organizaciones terroristas según la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (LECAT).

II. La Ley Especial Contra Actos de Terrorismos en su aspecto sustancial como teoría del Derecho Penal del Enemigo, es una estrategia en el marco de una eficiente política criminal.

Sostenemos la idea que el Derecho Penal del Enemigo no es una política criminal sostenida y acorde con las necesidades de la población, más bien los argumentos contenidos en dicha resolución son merecedores de un análisis jurídico en particular, ya que avalan decisiones legislativas expansionistas y simbólicas, propias del derecho penal del enemigo.

Se llega a la conclusión que el Derecho Penal del Enemigo no puede ser una política criminal de persecución penal de manera absoluta ya que no se

¹²⁷ Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007.

puede eliminar las garantías fundamentales de la persona que se le está imputando el delito, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo.

III. En el marco de un Derecho Penal Mínimo son permisible la severidad de las penas y medidas que busquen recuperar la seguridad de la población.

Se infiere en la premisa establecida en la hipótesis específica ya que se resiente desde ya la proporcionalidad que debe imperar en la base del ejercicio del *ius puniendi*, y en la misma medida ocurre un detrimento con la idea de que esta fuerza estatal debe ser la última alternativa de la cual se echa mano para efectos de intentar solucionar conflictos sociales, transformándolo de facto en un derecho penal de autor, con todas las perniciosas consecuencias que ello puede acarrear en una sociedad que se defina como democrática .

El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; si se práctica la idea de que destruyen el ordenamiento jurídico que adelante barreras de punibilidad, que como consecuencia de ello no rebaje de manera proporcionada las penas asociadas este tipo de conductas, y que por el contrario exacerbe la reacción penal ante tales delitos, estableciendo penas del todo severas, luego, que se produzca un relajamiento o derechamente la supresión de determinadas garantías procesales, o en definitiva.

3.2.5 Interpretación de logro de objetivos.

Con el objetivo general uno hemos comprobado cuales son los criterios de la Sala de lo Constitucional para determinar cuándo y en qué manera un grupo delictivo debe de considerarse organización terrorista, pues aunque tradicionalmente se considera terrorismo aquellas acciones con fines políticos o con fines religiosos o con fines de atacar sectores específicos, la Sala analiza la

situación de El Salvador y los considera como hechos notorios, la capacidad que tienen los grupos de pandillas de dominar territorios, de usar la fuerza para controlar territorios, de paralizar el transporte público, de afectar derechos fundamentales como la vida, la libertad, el derecho de residir donde queramos, el derecho de transitar donde queramos dentro del territorio nacional, el derecho al transporte porque ellos tienen la capacidad de paralizar, el derecho a la salud que también se ve afectado en la medida en que impiden en algunos sectores el tránsito de algunas personas y por lo tanto no pueden acudir a unidades de salud que les son más inmediatas, también hay que establecer límites al tipo penal, ya que de entrada, hay que excluir todos aquellos delitos que no guarden ninguna relación con la actividad de una organización terrorista, bien porque la propia configuración del tipo penal no lo permite.

Si bien el artículo 13 de la LECAT establece *formaren parte de organizaciones terroristas*, con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados, entonces un miembro de una organización terrorista puede cometer hechos delictivos concretos por razones o motivos ajenos al ideario de la banda armada, aunque sean de la misma especie que los habitualmente ejecutados por ésta, por tanto hay que diferenciar los hechos delictivos cometidos por un miembro en cuanto perteneciente, de los actos llevados a cabo en cuanto particular. En este segundo grupo de casos, el motivo que impulsa a obrar al sujeto no tiene nada que ver ni con la creación de terror social ni con la coacción a un Gobierno determinado, en orden a una consecución política.

Es una realidad la preocupación que el terrorismo suscita en los Estados democráticos especialmente en aquéllos que son (o han sido) golpeados por tal forma de delincuencia, por ello, el terrorismo se ha configurado desde el nacimiento de la democracia en nuestro país como uno de los problemas estructurales más importantes, esto da respuesta al planteamiento del objetivo dos, como es sabido, en los últimos tiempos se ha descrito un determinado

ámbito del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales como “Derecho Penal del enemigo”, que se contrapone al “Derecho Penal del ciudadano” Así, aquél se caracteriza por ser “un Derecho penal que trata a los infractores no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste”.

Sin embargo, hay que distinguir entre las medidas dirigidas a combatir peligros y aquéllas otras que respetan el injusto del hecho cometido. Ya se ha indicado que el desvalor de los delitos de terrorismo es mayor que el de las infracciones comunes. Por tanto, debe determinarse si algunas excepciones legislativas en este ámbito tienen un fundamento legítimo.

3.3 Consideraciones finales.

La finalidad de este apartado es, pues, la crítica del modelo del Derecho Penal de Enemigo como una aplicación al tipo penal de las organizaciones terroristas. Se trata de analizar qué puede hacerse y qué no en la lucha contra el terrorismo, es decir, qué es legítimo así como qué es eficaz o, por el contrario, meramente simbólico. Y, para ello, es indispensable partir del concepto elaborado en la primera parte del trabajo y de los bienes jurídicos atacados por este fenómeno. Sólo conociendo qué es el terrorismo y cuál es su contenido de injusto puede estarse en condiciones de establecer lo lícito y lo necesario para luchar contra él.

Ciertamente, el terrorismo es un fenómeno delictivo que ha golpeado y golpea a muchos rincones de la Tierra. Así, existen multitud de ejemplos de organizaciones locales que, mediante la muerte y la destrucción, someten a sociedades concretas al yugo de la violencia y la coacción en distintas partes del mundo. El Salvador ha estado experimentando una escalada de la violencia

homicida sin precedentes en lo que va del siglo. Después de un marcado declive en la tasa de asesinatos durante 2012 y 2013, ampliamente asociado a la llamada *tregua* entre pandillas, una vez rota ésta inició un nuevo y alarmante ascenso de los homicidios.

El 24 de agosto de 2015, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia de inconstitucionalidad Inc. 22-2007, con la cual resolvió cuatro demandas de inconstitucionalidad contra la *Ley Especial Contra Actos de Terrorismo* (LECAT). La legislación se había aprobado en septiembre de 2006 en respuesta a una protesta estudiantil realizada dos meses antes contra el incremento en la tarifa del transporte colectivo.

En estos sucesos, acontecidos en la capital, dos policías antimotines recibieron disparos mortales y varias personas más salieron heridas. El caso de mayor connotación al que se aplicó la LECAT atañe el arresto de 14 personas – 13 de ellas posteriormente procesadas por actos de terrorismo– en el marco de una manifestación contra la privatización del agua, realizada en las afueras de la ciudad colonial de Suchitoto el dos de julio de 2007. La sentencia Inc. 22-2007 ha provocado polémica debido a que declara como grupos terroristas a la MS-13, la Dieciocho y “cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse...el control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza..., atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella.”

Así, la LECAT –con las severas penas que contempla– complementa el Art. 345 del Código Penal que sanciona las agrupaciones ilícitas con penas de hasta veinte años de prisión, la *Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja*, y la *Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal*,

aprobada en 2010 luego de que integrantes de una pandilla quemaron un microbús en el municipio de Mejicanos, causando así la muerte de 17 personas.

No obstante, esta crítica tampoco se basa en una verdadera excepción. En otros ámbitos distintos al terrorismo el Código Penal castiga como formas de autoría supuestos de participación sin que ello resulte ilegítimo, ya que de no preverse autónomamente serían atípicas por ejemplo que una persona este con miembros de pandillas sin ser de la pandilla, por tanto, en el tipo de colaboración con banda armada el problema no reside en equiparar las distintas modalidades de intervención en un delito, sino, como acaba de indicarse, en el adelantamiento de las barreras de punición.

Es decir, la cuestión a debatir no versa sobre la legitimidad de castigar como formas de autoría conductas que, una vez iniciada la ejecución y si pudieran vincularse con la fase de tentativa o de consumación, se sancionarían como participación, sino, precisamente, sobre su tipificación ya en esa fase del *iter crimini*.

Dicho lo anterior, el principal problema de considerar que el delito tipificado en el art. 13 de la LECAT, reside en que se está el concepto de terrorismo, tanto desde una perspectiva histórica, social, como legal, conlleva que su delimitación sea muy difícil de trazar. Sin embargo, en el ordenamiento penal de un Estado democrático de Derecho su definición es imprescindible, dado que esta forma de criminalidad tiene adscritas unas consecuencias más gravosas que las previstas para el resto de delitos. Así, en orden a preservar los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad es necesario conocer qué modalidades delictivas pueden ser calificadas de “terroristas”.

Respecto al fin, el terrorismo persigue una finalidad política, esto es, pretende imponer una regulación determinada al margen de los mecanismos de toma de decisiones políticas. Por tanto, en los Estados liberales, ataca el “método democrático que encauza la disputa política”, es decir, el proceso de

elaboración de las leyes y de ejecución de las políticas públicas como actividades correspondientes a los gobernantes que habiendo propuesto libremente sus candidaturas representan la voluntad popular manifestada sin trabas ni coacciones en las jornadas electorales.

CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1 Conclusiones Generales

Para arribar a la etapa concluyente del presente trabajo investigativo, en este apartado se establecerán conclusiones en diferentes ámbitos, tales como: en la doctrina en referencia a un conjunto de ideas, enseñanzas o principios básicos defendidos por una corriente ideológica o política, en relación al fenómeno de pandillas, relacionado con la declaratoria de grupos terroristas emitida por la Sala de lo Constitucional en la Inc. 22-2007 y la teoría del *Derecho Penal del Enemigo*. En el aspecto cultural, sobre el tipo de cultura que ha adoptado el país, así como un enfoque jurisprudencial, el cual se hizo descansar en el análisis de la sentencia 22-2007.

En el ámbito jurídico, la aplicabilidad de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (LECAT), en razón que los grupos terroristas son la más reciente evolución de las maras o pandillas en El Salvador, de ello se dice muy poco por su tan breve aparición en el ordenamiento jurídico como terroristas, pues es hasta el año 2015 que la Sala de lo Constitucional analizando precisamente la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, en un proceso iniciado en 2007, dijo que la Mara Salvatrucha MS-13, Pandilla 18, Mara Máquina, Mara Mao Mao y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra, son grupos terroristas, por su accionar y alta peligrosidad en una serie de eventos que se han venido desarrollando desde entonces a la fecha, y con el pasar del tiempo agravan más la situación delincencial que agobia al país.

Previo a los análisis pertinentes, no obstante y que el país vive en zozobra a consecuencia de la delincuencia, de ello no se sigue que debe haber una violación casis sistemática de derechos fundamentales. Y es que, en efecto, en relación al Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por un amplio adelantamiento de la barrera punitiva, sin una correlativa reducción proporcional

de la pena acorde con dicho adelantamiento, una supresión o restricción de las garantías y derechos procesales de los imputados, un recrudescimiento del Derecho penitenciario y una notable presencia del Derecho penal de autor.

4.1.1 Conclusiones Teóricas.

La teoría del *Derecho Penal del Enemigo* de Gunter Jakobs, fue de mucha ayuda para la realización de la investigación puesto que según sus opiniones justifica el Derecho Penal Del Enemigo, cuando a un individuo se le procesa y se le encuentra culpable por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo o por formar parte de la criminalidad organizada, o bien sea por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que en el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo, y no solo esto puesto que los grupos terroristas salvadoreños, sus objetivos van más allá de un fin lucrativo, sino que pretenden superar la jerarquía de su organización comparándose con el Estado; es decir, pretende demostrar un poder de control de masas, amenazando a la población, violentando derechos fundamentales de los mismos.

Asimismo, su opuesto, la *Teoría del Garantismo Penal* de Luigi Ferrajoli que hace referencia el garantismo o también llamado derecho penal mínimo, designan un modelo teórico y normativo de derecho penal en condiciones de racionalizar y minimizar la violencia de la intervención punitiva, vinculándola “tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial” a límites rígidos impuestos en tutela de los derechos de la persona. Otro aspecto a considerar es el fin político que los autores le atribuyen a los grupos terroristas, un fin que comúnmente comparten y que es el móvil, es su motivación para ocasionar por medio del terror el quebrantamiento de la paz pública o la puesta en peligro de derechos fundamentales, como la salud, educación, la vida como primordial bien jurídico a tutelar, etc.

4.1.2 Conclusiones Jurídicas.

La legislación salvadoreña trata de precisarse que en la Constitución de El Salvador reconoce derechos y obligaciones, dicho ello, se sabe que el Estado dentro de unas de las más importantes obligaciones atribuidas a él por medio de dicha carta Magna es la de la seguridad pública, que se ve claramente insuficiente e insatisfactoria su cumplimiento, ello lleva a decir que hay una ineficacia de la política pública de seguridad en el país y que por lo tanto no cubre con el mínimo presupuesto para disminuir ni la violencia, mucho menos el delito de terrorismo.

El Derecho penal del enemigo es contrario a los principios del Estado de Derecho y no es compatible con una sociedad democrática. El concepto de "enemigo", la notoria probabilidad de que la totalidad de la población sufra restricciones en sus libertades, unida a su ineficacia para acabar con la delincuencia convierten a este tipo de Derecho penal en algo indeseable.

4.1.3 Conclusiones Socioeconómicas.

El fenómeno de las pandillas en El Salvador responde a diversas causas estructurales, en su mayoría de carácter económico, social y político. Son muchos los factores que han incidido en la incorporación de jóvenes salvadoreños a las estructuras pandilleriles, esta situación ha venido desarrollándose de manera progresiva durante los últimos años. Tal como se abordó en el desarrollo del estudio, la falta de oportunidades de empleo, y la falta de acceso a educación universitaria genera una debilidad en las finanzas de cada joven, puesto que sus necesidades crecen y no logran ser solventadas más que por el ingreso a grupos de pandillas. Estos grupos denominados terroristas afectan en la economía nacional, refiriéndonos a ello como a las personas individualmente, a las instituciones de gobierno y la empresa privada, etc. debido a las amenazas y extorsiones que implementan como acciones para generar terror y lucro a las personas, desestabilizando al Estado y generando

que muchas empresas cierran sus fábricas, sus negocios por el temor que estos grupos han generado, además del desplazamiento forzado de habitantes de comunidades, con el objetivo de crear control territorial, afectando directamente a los habitantes puesto que no tienen más que su casa para residir, y por ello habitan en albergues.

4.2 Conclusiones Específicas.

En la sentencia emitida por las Sala se considera que es un hecho notorio que estas estructuras criminales antes mencionadas realizan dentro de su accionar, atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, y a la soberanía del Estado, mediante a la ejecución de delitos de extorción a personas naturales y jurídicas; vulneraciones al derecho de todo ciudadano de residir en cualquier lugar de territorio, obligándoles a abandonar sus residencias mediante las amenazas. La Sala determino los sujetos que entran en la categoría de terroristas los *jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas de estos grupos criminales*. Cabe mencionar uno de los vacíos más grandes que deja entrever la LECAT, tal es el hecho de que no genera un concepto de terrorismo, más bien la sala lo esclarece, pero que la LECAT, como norma primordial para la erradicación del terrorismo, debiera contener.

También es de destacar la importancia de la referida sentencia de inconstitucionalidad 22-2007, en primer lugar porque en un Estado Constitucional de Derecho debe imperar el respeto a los derechos fundamentales; sin embargo, ante estos grupos terroristas deben ser contrarrestados -tal cual lo afirma la referida sentencia- “mediante la utilización del Derecho Penal -entendido en un sentido amplio-; sin embargo, también cuenta con una obligación de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos ...).” Pero también es aclarativa respecto del art. 5 LECAT, en virtud que define los parámetros a seguir para lo que se debe entender por terrorismo, siendo aquel un acto sistemático y programático que tiene como objetivo, entre

otros, la ruptura del sistema democrático y del orden constitucional y la afectación a derechos fundamentales. Finalmente, en la parte resolutive, la Sala sostiene que el art. 13 de la LECAT no existe inconstitucionalidad respecto del principio de culpabilidad (art. 12 Cn), ya que es posible determinar el significado de los conceptos utilizados.

4.3 Recomendaciones.

Al Estado salvadoreño, en su unidad y totalidad, para que rediseñen unas políticas públicas no solamente de combate a grupos terroristas sino también haciendo énfasis en políticas de resocialización más permanentes y una política de prevención del delito, particularmente enfocada a jóvenes para que se abstengan de ingresar a estos grupos criminales.

A la Corte Suprema de Justicia, para que vele por el eficaz cumplimiento de la Constitución impidiendo violaciones más graves a derechos humanos de la sociedad, y por el estricto cumplimiento de las obligaciones del Estado, salvaguardando su soberanía.

A la Asamblea Legislativa, haga cumplir lo establecido en la sentencia de Inc. 22-2007 en cuanto a las pertinentes reformas de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, asimismo vele por la legalidad de dicho procedimiento. Que se establezcan nuevas estrategias de seguridad que sean eficientes, presentando una iniciativa de ley creando y reformando leyes más rígidas, que ésta, sea analizada y bien fundamentada por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales siempre respetando la constitución y los derechos humanos para combatir la delincuencia y lograr controlar estos grupos terroristas.

A la Fiscalía General de la Republica, mayor interés por erradicar la impunidad, dando todo de sí para que cada delito de terrorismo sea perfectamente investigado y los actores perfectamente relacionados para poder

determinar la correcta aplicación del tipo penal a los que cometen el delito de organizaciones terroristas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS.

- Alexy, ROBERT (1998). En: Derecho y razón práctica. Coyoacán. México: Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política
- Alexy, ROBERT. (2001) “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid segunda reimpresión.
- Alexy, ROBERT. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALONSO PÉREZ, Francisco. Seguridad ciudadana. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- AMBOS, Kai. El derecho penal frente a amenazas extremas. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, 34. Madrid: Dykinson, 2007.
- AÑÓN, María José. “Derechos fundamentales y Estado constitucional”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 40, Valencia, España 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal y el Estado de derecho”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005.
- BECARÍA César (1998) De los delitos y de las Penas, Madrid.
- BÖHM, María L. Políticas Criminales Complementarias. Una Perspectiva Biopolítica en Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa N° 1 (2011), Lima, 2011.
- BUSTOS, Ramírez, Juan (1984, 1997) Manual de derecho penal español. Parte General, Editorial Ariel, Barcelona.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel.
- CRESPO, Demetrio. (2007). “Acerca de la composición de la entre la libertad y la seguridad en el Derecho Penal”. Universidad de Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca y los autores.

- DAL LAGO, A, (2003) Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l'11 settembre, Verona Ombre corte.
- DIJK, Jan van (1999). Sobre el homo prudens, el «hombre del riesgo cero», el que «personifica la prudencia, la racionalidad y la responsabilidad», ver J. Adams (1995, 16)
- Dora Nevares, MUÑIZ. (2002). Conductas de severidad equivalente con penas distintas, Puerto Rico
- FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. Colección Estructuras y procesos, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y garantías. La ley del más débil". Editorial Trotta, colección Estructuras y Procesos. Tercera Edición, 2002, Madrid (España)
- GASCÓN, Marina, "La teoría general del garantismo. Rasgos principales" en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.
- Georg, GEISMANN, "Kant als Vollender von Hobbes und Rousseau", Der Staat 21 (1982).
- Georg, HEGEL. "Filosofía del Derecho". Editorial Claridad, Buenos Aires, colección Biblioteca Filosófica 5, quinta edición, 1968
- GRACIA MARTÍN, Luis, "el trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo" en: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra: Aranzadi, 2005.
- GREIFF, Gustavo de. "Terrorismo y seguridad nacional". El derecho internacional que hereda el siglo XXI. En: Méndez Silva, Ricardo (coord.). Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- GUIASOLA LERMA, (2008) Reincidencia y delincuencia habitual. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Hesse, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional". Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalón, 2.a edición Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992.
- JAKOBS, Günther y Cancio Meliá, Manuel. "Derecho penal del enemigo". Thomson Civitas. Primera edición, Madrid, España, 2003.
- JAKOBS, Günther, Derecho penal del enemigo, Navarra: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional". Civitas Ediciones, S. L. Reimpresión 2000, Madrid (España).
- JAKOBS, Günther. "Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad". Thomson Civitas. Primera edición; Madrid, España, 2004.
- JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Bosch Casa Editorial, (1978). Comp. Criterios de Determinación de las Penas.
- Jesús María SILVA: La expansión del derecho Penal. Madrid: Civitas, 2001.
- LASWELL, Harold. (1950) National Security and Individual Freedom. New York: Mc Graw-Hill Book,
- Lopera MESA, Gloria Patricia. "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales". En El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador. Primera edición, 2008
- M. KÖTTER, "Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft", en Kritische Justiz, I, (2003). El Estado de derecho liberal debe considerar la seguridad como la vía que conduce a garantizar los derechos individuales.
- Mantilla NOUGUÉS, Rodríguez PISÓN (1999) Compendio De Derecho Penal. Parte General, editorial Leyer Bogotá.
- MARTINEZ, Martin, (2009) La justificación de la pena de acuerdo a la jurisprudencia constitucional: consideraciones críticas, Publicado en la

Revista De legibus, N° 5, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 2010.

- MESTRE DELGADO, Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, p. 37 ss.; y MARTÍNEZCARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”.
- MESTRE DELGADO, Esteban, Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional. Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1987.
- MONTEALEGRE LYNNETT, Eduardo (Coordinador). “El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs”. Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. “Derecho penal. Parte general.” Editorial Tirant lo Blanch, séptima edición, Valencia, 2007.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto. “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, Núm. 156. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003.
- PALACIOS VALENCIA, Yannesit, Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Internacional, Revista Latinoamericana sobre Derechos Humanos, vol. 21, julio diciembre de 2010.
- PARSONS, T, El sistema social, Ed. Alianza, Madrid, 1984. Respecto de otros funcionalistas, ver TAVARES, J.: Bien jurídico y función en Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- PELAYO GARCÍA, Manuel. “Estado legal y estado constitucional de derecho”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 82, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991.
- ROXIN / ARTZ / TIEDEMANN, (comp), Introducción al Derecho penal y Derecho penal procesal, Edit. Ariel, Barcelona.
- ROXIN, Claus. “Política criminal y sistema de derecho penal”. Editorial Hammurabi, colección Claves del derecho penal, volumen 2, primera reimpresión, Argentina 2002.

- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal, Edit. Gráfica Horizonte, Lima.
- SERRANO, Antonio, (1996) Manual de Derecho Penal. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. UCA. Editores. W.
- HASSEMER, (1999) Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal.
- VERCHER NOGUERA, Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco.

LEGISLACION NACIONAL.

- Código Penal, Decreto No. 1030, Diario Oficial No. 105, Tomo No. 335, San Salvador, El Salvador, 1997.
- Código Procesal Penal, Decreto No. 904, Diario Oficial No. 11, Tomo 334, El Salvador, 1998.
- Constitución de la República de El Salvador, Decreto No. 38, Diario Oficial No. 234, Tomo 281, San Salvador, El Salvador, 1983.
- La Ley Antimaras fue creada mediante Decreto Legislativo N° 158, de 9-X 2003, publicado en el Diario Oficial N° 188, tomo 361.
- Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, Decreto N° 108, Diario Oficial N° 193, Tomo N° 373, Fecha 17 de octubre de 2006

ENSAYOS Y REVISTAS.

- Criminología, Garantismo Y Teoría Crítica De Los Derechos Humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos, Novum Jus, vol. 3, n. ° 1, enero-junio 2009, pp. 161 a 200 * Traducción a cargo de David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla, España)
- Cruz, José Miguel. “¿Elecciones para qué?” Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLASCO). UCA Editores, primera edición, 2001.
- Defensoría del Pueblo, Cátedra Ciro Angarita Barón: Diego Cardona: La lucha terrorista y el panorama internacional, 2004; Éric Lair: Las poblaciones civiles entre guerra y terrorismo, 2004.

- Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC), y otros. "Maras y pandillas en Centroamérica. Políticas juveniles y rehabilitación. Volumen III". UCA Publicaciones, Managua, Nicaragua. Primera edición 2004.
- Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 21 (2): 28, julio-diciembre
- La democracia constitucional, en: CARBONELL, Miguel (Ed.), Luigi Ferrajoli: Democracia y Garantismo, Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Departamento De Seguridad Pública Definición Y Categorización De Pandillas (Versión preliminar – original español)
- Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. RDMCP-UCR www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr modernización del derecho penal y política criminal del enemigo. Dos fenómenos recurrentes en los flujos y reflujos legislativos en américa latina Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- Revista Juridica, El Derecho Penal Internacional ¿Un Derecho Penal del Enemigo?

JURISPRUDENCIA.

- Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007, fecha de resolución 23 de Agosto de 2015.
- Sentencia Sala de lo Constitucional Inc. 52-2003,

PAGINA WEB.

- Análisis explicativo del derecho, (consultado 15 de agosto del 2019) <http://expertoenderecho.blogspot.com/2017/12/analisis-explicativo-de-los-derecho.html>

- BARBA Álvarez, Rogelio. Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo en:
[http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Esbozo%20Criminologico%20sobre%20el%20Derecho%20 Penal%20del%20Enemigo.pdf](http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Esbozo%20Criminologico%20sobre%20el%20Derecho%20Penal%20del%20Enemigo.pdf)
consultado el 01 de octubre del 2019
- Trejo Escobar, M. (2015). La función punitiva del Derecho Penal. *Entorno*. Recuperado de <http://biblioteca.utec.edu.sv/entorno/index.php/entorno/artic le/view/150/771> 10 de agosto del 2019.

Anexo N°2: Entrevista no estructurada.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

**TEMA: DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS Y SU
DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
SALVADOREÑA**

Entrevista no estructurada dirigida a especialistas del Derecho Penal-Constitucional en El Salvador.

Objetivo: Obtener información sobre las diferentes posturas en cuanto a la temática del Delito de Organizaciones Terroristas y la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo.

Indicación: Conteste las interrogantes que a continuación se le plantean según su conocimiento académico y postura del Derecho que tiene sobre el tema de investigación.

1. ¿Cuál considera que es la causa por la cual los juzgadores no determinan con la debida precisión el objetivo del tipo penal en la Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT) en relación con la sentencia de inconstitucional 22-2007?
2. ¿Cómo se debería interpretar y aplicar la teoría del Derecho Penal del Enemigo, especialmente en la forma del “terrorismo” que hoy en día enfrentamos?
3. ¿Considera que existe violación de los derechos fundamentales en la formulación y aplicación de la Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT), en el entendido que se hace prevalecer un Derecho penal de autor sobre un Derecho penal de acto?
4. ¿Cree que es pertinente que en un Estado de Constitucional de Derecho exista un trato diferenciado entre el Derecho penal del ciudadano y el

Derecho penal del enemigo, tomando en consideración que solamente en un Estado Constitucional de Derecho se garantiza la protección y pleno goce de los derechos fundamentales?

5. ¿Cuál considera que es la consecuencia jurídica de la pena no proporcional con el principio de humanidad de las penas en el delito de organizaciones jurídicas?
6. ¿Pueden los actos de terrorismo descritos en la LECAT, incluirse en las categorías de “*crímenes de guerra*”, “*crímenes de lesa humanidad*” o “*genocidio*”?
7. ¿Qué razones pueden aducir los juzgadores para establecer su competencia y atribuciones respecto de delitos que atañen a soslayar la soberanía del Estado?
8. ¿Cuáles considera que son las razones por la que la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo se aplica en tribunales ordinarios de sentencia?
9. ¿Considera que la LECAT es un mecanismo del Estado para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, seguridad jurídica y soberanía estatal?

Anexo N°3: Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007.

Inconstitucionalidad.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas y veintidós minutos del día veinticuatro de agosto de dos mil quince.

Los presentes procesos inconstitucionales acumulados han sido promovidos: el primero –Inc. 22-2007–, por el ciudadano José Francisco García, a fin de que este tribunal declare la inconstitucionalidad, por vicio de su contenido, de los artículos 1, 6 y 15 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo –en adelante LECAT–; el segundo –Inc. 42-2007– por los ciudadanos Arturo Ramiro Méndez Azahar, José María Méndez Mariona, Ángel María Ibarra Turcios, Edgardo Alberto Amaya Cóbar, William Huevo Martínez, Ricardo Oscar Alfaro Barahona, René Soto Pérez, Miguel Ángel Alvarado Rosales, Mauricio Ricardo Mendoza Merlos, Fernando Antonio Ávalos, Luis Francisco López, Carlos René Corvera Maldonado, Maritza Elizabeth Hércules Mendoza, Nori Deisy García Ramírez de Tejada, Milton Alexander Flores, Eva Cecilia Alfaro Orellana, José Gilberto Ascencio Ayala, Jorge Alberto Preza Martínez, Omar Iván Huevo Sánchez, José Encarnación Alvarenga Alvarenga, Rosa Margarita del Castillo Jiménez, Manuel Antonio Miranda Salazar y María Silvia Guillén, quienes impugnaron los arts. 1, 2, 3, 4 –letras d, g, h, i, j, l, m y n–, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 letra b, 18 letra f, 19 letras a y c, 21, 23, 24, 26 letra a, 27, 29, 31, 34 letra b, 35, 36 inciso final, 37 incisos 3° y 5° así como su inciso último, 38, 42, 45 y 49 de la LECAT; el tercero –Inc. 89-2007–, promovido por los ciudadanos José Benjamín Cuellar Martínez y Claudia Carolina Morales Sánchez, quienes solicitan que se declaren inconstitucionales los arts. 4 letra m inciso final, 5, 6, 15 inciso primero, 16 inciso final, 18 inciso final, 20 letra f, 21 y 26 inciso final, 34, 37 incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, 39, 40 y 45 de la LECAT; y el cuarto –Inc. 96-2007–, promovido por los ciudadanos Humberto Centeno Najarro, Irma Lourdes Palacios Vásquez, Hugo Roger Martínez Bonilla e Irma Segunda Amaya Echeverría; quienes impugnan 278 los arts. 4 letras f, i, m, así como los artículos 5, 11, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 18 19 letra b, 27, 34 y 38 de la LECAT.

Las disposiciones impugnadas prescriben:

“OBJETO DE LA LEY” Art. 1.- La presente Ley tiene como objeto prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos que se describen en ésta, así como todas sus manifestaciones, incluido su financiamiento y actividades conexas, y que por la forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional; todo lo anterior, con estricto apego al respeto a los Derechos Humanos. --- En ningún caso, los delitos comprendidos en la presente Ley, serán considerados políticos o conexos con políticos ni como delitos fiscales.”

“ÁMBITO DE APLICACIÓN” Art. 2.- Esta Ley se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República o en los lugares sometidos a su jurisdicción. --- También se aplicará a cualquier persona aún (sic) en lugar no sometido a la jurisdicción Salvadoreña (sic), por delitos que afecten bienes jurídicos del Estado o de los habitantes de la República de El Salvador, o aquellos bienes jurídicos protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional.”

“RESPETO A LA SOBERANÍA NACIONAL” Art. 3.- La presente Ley se rige por el absoluto respeto a los principios de independencia y no intervención. Las acciones de cooperación que se lleven a cabo, se realizarán en el marco de dicho respeto. No se afectan los mencionados principios,

cuando se realicen actividades policiales o de cualquier otro tipo, siempre que 279 previamente hayan sido acordadas por las autoridades competentes correspondientes.”

“DEFINICIONES” Art. 4.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: [...] d) Artefacto Explosivo: Por artefacto explosivo u otro artefacto mortífero se entiende: [...] 2) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radioactivo. [...] f) Buque: Es toda nave del tipo que sea, no sujeta de manera permanente al fondo marino, incluidos vehículos de sustentación dinámica, sumergibles o cualquier otro artefacto flotante. [...] h) Fuerzas militares: Son las fuerzas armadas de un Estado que estén organizadas, entrenadas y equipadas con arreglo a la legislación nacional primordialmente a los efectos de la defensa y la seguridad nacionales y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas que estén bajo su mando, control y responsabilidad oficiales. [...] i) Fondos: Se entenderán los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito. [...] l) Lugar de uso público: Es todo edificio, terreno, vía pública, curso de agua u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional, e incluye todo lugar comercial, empresarial, cultural, histórico, educativo, religioso, gubernamental, de entretenimiento, recreativo o análogo que sea accesible en tales condiciones o esté abierto al público; [...] m) Organizaciones terroristas: Son aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad o alarma entre la población de uno o varios países. --- Para los efectos de esta Ley, se considerarán como tales las enmarcadas en los listados de las Naciones Unidas, Organismos Internacionales de los cuales El Salvador es parte, así como las establecidas por Acuerdos Bilaterales. [...] n) Persona internacionalmente protegida: [...] 1) Un jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen; [...] 2) Cualquier representante o funcionario de un Estado o cualquier funcionario u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa”.

“ACTOS DE TERRORISMO CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD PERSONAL O LA LIBERTAD DE PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS”. Art. 5.- El que ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad de una persona internacionalmente protegida, de los Presidentes de los tres Órganos del Estado o quienes hagan sus veces y de los demás funcionarios públicos o autoridades públicas; o contra sus familiares que habiten en su casa, cuando dichos actos hubieren sido cometidos en razón de las funciones del cargo o actividades que esas personas ejercieren, será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años. --- Si la acción fuere dirigida a destruir o dañar los bienes de las personas a que se refiere el inciso anterior, será sancionado con prisión de diez a quince años.”

“OCUPACIÓN ARMADA DE CIUDADES, POBLADOS Y EDIFICIOS” Art. 6.- El que participare en forma individual o colectiva en tomas u ocupaciones de ciudades, poblados, edificios o instalaciones privadas, lugares de uso público, sedes diplomáticas, o de lugares destinados a cualquier culto religioso, sea total o parcialmente, empleando para ello armas, explosivos u (sic) artículos similares, afectando de esa manera el normal desarrollo de las funciones u (sic) actividades de los habitantes, personal o usuarios, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.”

“ADULTERACIÓN DE SUSTANCIAS” Art. 7.- El que adulterare medicinas, productos alimenticios o sustancias de todo tipo, destinados al consumo humano, con el fin de causar la muerte o dañar la salud, será sancionado con prisión de diez a quince años. --- Si como consecuencia de los hechos mencionados en el inciso anterior, se ocasionaren lesiones graves o la muerte de alguna persona, la sanción será de treinta a cincuenta años de prisión.”

“APOLOGÍA E INCITACIÓN PÚBLICA DE ACTOS DE TERRORISMO” Art. 8.- El que públicamente hiciere apología del terrorismo o incitare a otro u otros a cometer cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley, será sancionado con prisión de cinco a diez años.”

“SIMULACIÓN DE DELITOS” Art. 9.- El que simulare la realización de cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley o cualquier tipo de prueba en apoyo a tal simulación, será sancionado con prisión de cinco a diez años.”

“ESPIONAJE EN ACTOS DE TERRORISMO” Art. 11.- El que con el fin de llevar a cabo actividades de terrorismo se pusiere al servicio de una organización, facción nacional o extranjera o de otra nación, o de sus agentes para suministrarles informes sobre secretos políticos, diplomáticos o militares del Estado y se tratare de salvadoreño, o lo hubiere sido y haya perdido tal calidad, será sancionado con prisión de quince a veinticinco años. Si el salvadoreño fuere empleado o funcionario público, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado. --- Si se tratare de extranjero, la sanción será de diez a quince años de prisión.”

“ORGANIZACIONES TERRORISTAS” Art. 13.- Los que formaren parte de organizaciones terroristas, con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, serán sancionados con prisión de ocho a doce años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, serán sancionados con prisión de diez a quince años.”

“ACTIVIDADES DELICTIVAS RELACIONADAS CON ARMAS, ARTEFACTOS O SUSTANCIAS EXPLOSIVAS, AGENTES QUÍMICOS O BIOLÓGICOS, ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA, O ARTÍCULOS SIMILARES” Art. 14.- El que sin autorización legal y con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, fabricare, facilitare, vendiere, transportare, exportare, introducir en el país o tuviere en su poder, en cualquier forma o lugar, armas, municiones o materias, sustancias o instrumentos inflamables, asfixiantes, tóxicos, explosivos plásticos o de cualquier otra clase o naturaleza o agentes químicos o biológicos, o cualquier otro elemento de cuya investigación, diseño o combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita, o cualquier otra sustancia similar o artefacto explosivo o mortífero, como también artificios para activar lo anterior, sean éstos visibles u ocultos, será sancionado con prisión de diez a quince años.”

“ACTOS TERRORISTAS COMETIDOS CON ARMAS, ARTEFACTOS O SUSTANCIAS EXPLOSIVAS, AGENTES QUÍMICOS, BIOLÓGICOS O RADIOLÓGICAS, ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA, O ARTÍCULOS SIMILARES”. Art. 15.- El que utilizare, activare o detonare, un arma, artefacto o sustancia inflamable, asfixiante, tóxica o explosiva, arma de destrucción masiva, agentes químicos, biológicos o radiológicos o artículos similares, en un lugar público, una instalación pública, gubernamental, militar o policial, provocando la muerte o lesiones físicas o psicológicas de una o más personas, será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años. --- En la misma

pena incurrirá el que individual o colectivamente participare en ataques armados a guarniciones u otras instalaciones militares o policiales. --- Si a consecuencia de las conductas establecidas en los incisos anteriores, se ocasionaren únicamente daños materiales, se impondrá la pena de prisión de diez a quince años.”

“TOMA DE REHENES” Art. 16.- El que privare de libertad a otra persona, la retuviere y amenazare con ocasionarle la muerte, lesionarla, mantenerla detenida o cometerle cualquier otro delito, con el fin de obligar a un Estado, organización internacional intergubernamental, persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley será sancionado con prisión de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión. Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas o se lograre la condición exigida para la liberación del rehén, será sancionado con prisión de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión.”

“DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PORTUARIA, MARÍTIMA, FLUVIAL Y LACUSTRE” Art. 17.- Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que realizare cualquiera de las acciones siguientes: [...] b) Dañare total o parcialmente las instalaciones portuarias, sean éstas públicas o privadas.”

“APODERAMIENTO, DESVÍO O UTILIZACIÓN DE BUQUE” Art. 18.- Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que realizare cualquiera de las acciones siguientes: [...] f) Destruyere o causare daño a un buque o a su carga. --- Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”.

“ACTOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL Y AEROPUERTOS” Art. 19.- Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que pusiere en peligro la seguridad de aeropuertos o aeronaves mediante la realización de cualquiera de las acciones siguientes: [...] a) Ejecutare un acto de violencia o de intimidación contra una persona. [...] b) Destruyere o causare daños de consideración en las instalaciones de un aeropuerto o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeropuerto, o perturbare de cualquier manera los servicios que allí se prestan. [...] c) Realizare contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia o de intimidación. [...] d) Destruyere o dañare las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbare su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo. --- Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”.

“APODERAMIENTO, DESVÍO O UTILIZACIÓN DE AERONAVE” Art. 20.- Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que realizare cualquiera de las acciones siguientes: [...] a) Se apoderare de una aeronave o ejerciere el control de la misma mediante violencia, o cualquier otra forma de intimidación. [...] b) Realizare algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de una aeronave, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura en esa. [...] c) El que mediante violencia desviare una aeronave a un lugar diferente al destino especificado en su plan de vuelo. [...] d) Se apoderare de una aeronave y la utilizare como medio de ataque en una acción terrorista. --- Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión.”

“ATENTADO O DERRIBAMIENTO DE AERONAVE” Art. 21.- El que atentare o derribare por cualquier medio una aeronave tripulada en vuelo, será sancionado con prisión de quince a veinte años. --- Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere

la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión.”

“ARMA, ARTEFACTO O SUSTANCIA EXPLOSIVA, DE DESTRUCCIÓN MASIVA, U OTRO SIMILAR MORTÍFERO A BORDO DE BUQUE O AERONAVE” Art. 23.- El que llevare de manera oculta en su persona o en sus efectos personales cualquier instrumento que pueda ser considerado como arma, artefacto explosivo, arma de destrucción masiva, sustancias explosivas u otro similar mortífero y que pueda tener acceso al uso del mismo mientras se encuentre a bordo de un buque o aeronave, de cualquier matrícula, con la finalidad de atentar contra la seguridad de la navegación o vuelo, o con el ánimo de cometer o facilitar cualquiera de los delitos contemplados dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley, será sancionado con prisión de veinte a treinta años.”

“OTROS ACTOS QUE ATENTAN CONTRA LA SEGURIDAD AEREA Y MARÍTIMA” Art. 24.- Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que realizare cualquiera de las conductas siguientes: [...] a) El que utilizare buque o aeronave artillada o no, con el fin de cometer actos de violencia o amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación y hostilidad contra otro buque o aeronave con el propósito de: [...] 1) Apoderarse de buque o aeronave, o de los bienes, o de lo que perteneciere a su equipo, carga o equipaje de a bordo; [...] 2) Dañar o destruir buque o aeronave, desviado de su ruta, o impedir su circulación o actividades normales; [...] b) Utilizare buque o aeronave para atacar, en cualquier forma, objetivos terrestres, aéreos o marítimos. [...] c) Colocare o hiciere colocar en buque o aeronave, por cualquier medio, artefacto o sustancia capaz de destruir buque o aeronave o de causarle daños que la inutilicen o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para su seguridad”.

“ACTOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS PLATAFORMAS FIJAS EMPLAZADAS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL O INSULAR” Art. 26.- Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que realizare cualquiera de las acciones siguientes: [...] a) Se apoderare de una plataforma fija o ejerciere el control de la misma, mediante cualquier forma de intimidación o violencia. [...] b) Ejerciere cualquier forma de intimidación o violencia contra una o varias personas que se hallen a bordo de una plataforma fija, si dicho acto puede poner en peligro la seguridad de ésta. --- Si como consecuencia de los actos anteriormente descritos, se ocasionaren lesiones graves o la muerte de cualquier persona, la sanción será de cuarenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión.”

“CASO ESPECIAL DE AMENAZAS” Art. 27.- El que por cualquier medio efectuare amenazas de realizar alguno de los delitos contemplados en la presente Ley, será sancionado con prisión de diez a quince años. --- En igual sanción incurrirá el que amenazare o de cualquier forma intimidare a una persona para evitar la denuncia, declaración, investigación, promoción, o el ejercicio de la acción penal o juzgamiento de los hechos punibles descritos en esta Ley. --- La sanción se agravará hasta en una tercera parte del máximo señalado, si la víctima de las conductas descritas en el inciso anterior fuere funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad.”

“FINANCIACIÓN DE ACTOS DE TERRORISMO” Art. 29.- El que por cualquier medio, directa o indirectamente, proporcionare, recolectare, transportare, proveyere o tuviere en su poder fondos o tratare de proporcionarlos o recolectarlos, dispensare o tratare de dispensar servicios financieros u otros servicios con la intención de que se utilicen, total o parcialmente para cometer cualquiera de las conductas delictivas comprendidas en la presente Ley, será sancionado con prisión de veinte a treinta años, y multa de cien mil a quinientos mil dólares. En igual sanción incurrirá el que, directa o indirectamente, pusiere fondos, recursos financieros o materiales o servicios financieros o conexos de cualquier otra índole, a disposición de persona o en entidad que los destine a la comisión de alguno de los delitos previstos en esta Ley”.

“ACTOS PREPARATORIOS, PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN” Art. 31.- Los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, serán sancionados con prisión de diez a quince años”.

“AGRAVANTES ESPECIALES” Art. 34.- La pena de los delitos contemplados en la presente Ley se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado, cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes, siempre y cuando estas condiciones no formen parte de los delitos tipo: [...] a) Cuando fueren realizados por dos o más personas; [...] b) Cuando el autor, coautor o cómplice pertenezca a una organización terrorista internacional de las enmarcadas en los listados de las Naciones Unidas, Organismos Internacionales de los cuales El Salvador es parte, así como las establecidas por acuerdos bilaterales. [...] c) Cuando se atentare contra bienes de uso público. [...] d) Cuando se utilizaren armas de destrucción masiva. [...] e) Cuando para la comisión de los delitos o entre las víctimas se encontraren menores de edad, personas con limitaciones especiales, mujeres embarazadas o adultos mayores. [...] f) Cuando tuvieren por objeto incidir en decisiones gubernamentales. [...] g) Cuando afectaren servicios públicos o el tráfico normal de las principales vías de acceso en todo el territorio nacional, o en edificaciones gubernamentales. [...] h) Cuando se ejerciere violencia física, psicológica o sexual sobre las víctimas. [...] i) Cuando la conducta se realizare por un funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad en abuso de sus competencias o prevaleciéndose de su condición. [...] j) Cuando se causare la muerte o lesiones en las personas o se pusiere en peligro grave la vida o integridad física de las misma (sic)”.

“NULIDAD DE INSTRUMENTOS” Art. 36.- [...] Estas circunstancias no son taxativas; el juez podrá tomar en cuenta cualquier otra, aplicando las reglas de la sana crítica.”

“CONGELAMIENTO DE FONDOS”. Art. 37 [...] Para los efectos de congelamiento de bienes, la institución financiera informará sin dilación alguna a la Fiscalía General de la República, sobre la existencia de bienes o servicios vinculados a personas incluidas en las listas de organizaciones terroristas, individuos o entidades asociadas o que pertenecen a las mismas, elaboradas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, o por cualquiera otra organización internacional de la cual el país sea miembro. [...] El Ministerio de Relaciones Exteriores deberá informar directamente y sin dilación alguna a la Fiscalía General de la República, sobre las resoluciones que emita el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas referentes a las listas mencionadas en el inciso anterior, y la Fiscalía General de la República será el organismo responsable de remitir dichas listas a los organismos y sujetos obligados por esta Ley. [...] Las instituciones financieras también informarán de la existencia de bienes o servicios vinculados a una persona que haya sido incluida en la lista de individuos o entidades asociadas o que pertenece u (sic) a organizaciones terroristas, elaborada por una autoridad nacional o extranjera, o quien haya sido sometido a proceso o condena por cometer actos de terrorismo. Para tales efectos, la Fiscalía General de la República deberá informar previamente sobre la designación o inclusión de dichas personas. [...] Las instituciones financieras prestarán especial y permanente atención a la detección de bienes y servicios y transacciones de las personas incluidas en las listas mencionadas en los incisos precedentes e informarán sobre ello a la Fiscalía General de la República, de acuerdo a los procedimientos establecidos en esta Ley. [...] Las medidas anteriores se aplicarán sin perjuicio del derecho de la persona incluida en la lista a solicitar su exclusión de la misma, de acuerdo a los procedimientos legales correspondientes. [...] Cualquier persona con un interés legítimo sobre bienes retenidos o inmovilizados conforme a lo preceptuado en este artículo, podrá solicitar al tribunal competente que disponga la liberación de los mismos, si acredita que no tiene relación alguna con la o las personas referidas en el presente artículo”.

“INCAUTACIÓN DE BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS POR DELITOS COMETIDOS EN EL EXTERIOR” Art. 38.- La Fiscalía General de la República, en casos de urgente necesidad, o el

tribunal competente podrán ordenar la incautación o embargo preventivo de bienes, productos o instrumentos situados en su jurisdicción territorial, que estén relacionados con cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley, aún (sic) en los casos de actos de terrorismo cometidos en el extranjero. --- La autoridad judicial competente podrá declarar el comiso de bienes, productos o instrumentos que se encuentren en las circunstancias descritas en el párrafo anterior. Asimismo, a petición de la Fiscalía General de la República, podrá requerir a las autoridades competentes de otros países la adopción de medidas encaminadas a la identificación, localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos relacionados con las actividades delictivas previstas en la presente Ley, con miras a su eventual comiso”.

“IMPUGNACIÓN DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE CONGELAMIENTO DE FONDOS” Art. 39.-

Toda persona o entidad cuyos fondos hayan sido congelados conforme a lo dispuesto en la presente Ley y que crea haber sido incluida por error en las listas de organizaciones terroristas, individuos o entidades asociadas o que pertenecen a las mismas, elaboradas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, o por cualquiera otra organización internacional de la cual el país sea miembro, podrá procurar su exclusión presentando una solicitud a tales efectos a la autoridad judicial competente. Deberá indicar en la misma todos los elementos que puedan probar el error. --- Cuando sea procedente, podrá ordenarse el levantamiento o cese de medidas cautelares, a petición de la Fiscalía General de la República o del propietario”.

“INHABILITACIÓN DE FUNCIONES” Art. 40.- En los casos de personas que tengan la responsabilidad para realizar alguna actividad relacionada con armas, artefactos explosivos, armas de destrucción masiva, sustancias explosivas, municiones o similares, y cualquiera de las otras mencionadas en la presente Ley, y que hubieren resultado responsable de los delitos previstos en la misma; además de la pena principal impuesta, serán inhabilitados para el ejercicio de sus funciones en cargos de similar responsabilidad por el doble del tiempo que dure la condena”.

“RÉGIMEN DE LAS PRUEBAS” Art. 42. Se tendrán como medios de prueba, además de los contemplados en el Código Procesal Penal, los siguientes: [...] a) La información contenida en filmaciones, grabaciones, fotocopias, videocintas, discos compactos, digitales y otros dispositivos de almacenamiento, telefax, comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas, en los términos a que se refiere el Art. 302, inciso segundo del Código Penal, cuando se tratare de los delitos previstos por esta Ley; [...] b) Las actas de incautación, inspección y de destrucción u otros procedimientos similares; y, [...] c) Las pruebas provenientes del extranjero. En cuanto a la formalidad de su recepción, se regirán por la Ley del lugar donde se obtengan; y en cuanto a su valoración, se regirá conforme a las normas del Código Procesal Penal, esta Ley y por lo dispuesto en los tratados internacionales, convenios o acuerdos internacionales ratificados por El Salvador”.

“DECLARACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO, VÍCTIMA O TESTIGO” Art. 45.- Será admisible como prueba la declaración del agente encubierto, víctima o testigo efectuada a través de medios electrónicos que permitan el interrogatorio en tiempo real y con distorsión de voz e imagen cuando por razones justificadas no estuvieren disponibles para realizarla en persona ante la autoridad competente. [...] Esta medida será ordenada por el juez, a petición de cualquiera de las partes”.

“INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN” Art. 49.- [...] Este intercambio informativo no se realizará cuando a juicio prudencial de las instituciones encargadas de la investigación de hechos delictivos de los previstos por esta Ley, lo consideren perjudicial para el desempeño de sus funciones investigativas y la efectividad de las mismas”. Han intervenido en los procesos,

además de los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República. Analizados los argumentos, y considerando: I. En el trámite del presente proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. El peticionario José Francisco García, en su demanda correspondiente al proceso 22-2007, impugnó los arts. 1, 6 y 15 de la LECAT, por los siguientes motivos:

A. En relación con el art. 1 LECAT, sostuvo que violenta tanto los principios de legalidad como el de seguridad jurídica, pues no se define qué es terrorismo, lo que permite a la autoridad judicial, a su libertad, calificar cualquier conducta que a su criterio merezca tal calificativo. Agrega que no toda acción que genere terror o alteración de la paz pública es terrorismo.

B. Por otra parte, sostuvo que el art. 6 de la LECAT atenta contra el derecho a la libre expresión del pensamiento y manifestación del mismo, y por ello, es contrario al art. 6 Cn. C. Por último, sostiene que la conducta punible regulada en el art. 15 de la LECAT no puede considerarse terrorismo, pues no se relacionan sus características esenciales: es de naturaleza política; dirigido contra civiles; e implica la creación de un clima de temor extremo. En otras palabras, se tratan de grupos que utilizan la violencia para alcanzar sus objetivos políticos.

2. Los ciudadanos Arturo Ramiro Méndez Azahar, José María Méndez Mariona, Ángel María Ibarra Turcios, Edgardo Alberto Amaya Cobar, William Huevo Martínez, Ricardo Oscar Alfaro Barahona, René Soto Pérez, Miguel Ángel Alvarado Rosales, Mauricio Ricardo Mendoza Merlos, Fernando Antonio Ávalos, Luis Francisco López, Carlos René Corvera Maldonado, Maritza Elizabeth Hércules Mendoza, Nori Deisy García Ramírez de Tejada, Milton Alexander Flores, Eva Cecilia Alfaro Orellana, José Gilberto Ascencio Ayala, Jorge Alberto Preza Martínez, Omar Iván Huevo Sánchez, José Encarnación Alvarenga Alvarenga, Rosa Margarita del Castillo Jiménez, Manuel Antonio Miranda Salazar y María Silvia Guillén, en su demanda correspondiente al proceso 42-2007, impugnaron los arts. 1, 2, 3, 4 –letras d, g, h, i, j, l, m y n–, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 letra b, 18 letra f, 19 letras a y c, 21, 23, 24, 26 letra a, 27, 29, 31, 34 letra b, 35, 36 inciso final, 37 incisos 3° y 5° así como su inciso último, 38, 42, 45 y 49 por los siguiente motivos:

A. Los arts. 2, 3 y 38 de la LECAT, vulneran el art. 83 Cn. que contempla el principio de soberanía, en la medida que ley en estudio puede ser aplicada a cualquier persona “...aún en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña”. Permitiendo además que “...otras autoridades policiales (...) ingresen a territorio salvadoreño”. Añaden además, que la última disposición citada, otorga a la Fiscalía General de la República – FGR, en adelante– facultades de persecución penal de carácter omnipotente tanto a nivel nacional como internacional, pudiendo ordenar a otros Estados que se sometan a la autoridad salvadoreña. Esto implica una violación al orden jurídico internacional. B. Los arts. 1, 2 inciso 1°, 3, 4 –letras d, g, h, i, j, l, m y n–, 6, 8, 9, 14, 15, 16, 23, 27, 34 letra b, 35, 36 inciso final, 37 incisos 3° y 5°, 38 y 49 de la LECAT, inobservan lo estipulado en los arts. 1, 8 y 15 Cn., que consagran los principios de seguridad jurídica y legalidad. Al efecto, señalan que en la LECAT se utilizan términos ambiguos e indeterminados, cuya interpretación queda a discreción de las diversas agencias del sistema penal. Tal defecto se demostraría en los arts. 1 –“estados de alarma, temor o terror en la población”, “bienes materiales de significativa consideración o importancia”–; 3 – “actividades policiales o de cualquier otro tipo”–; 4 letra d número 2 –“sustancias similares”–; 4 letra h –“y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas”– ; 4 letra i –“intangibles”, “exhaustivas”–; 4 letra l –“otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público”, “análogo que sea accesible en tales condiciones o esté abierto al público”–; 4 letra m –“cierta estructura”, “vínculos en alguna medida estables o permanentes”, “métodos violentos o inhumanos” “infundir terror, inseguridad o alarma”–; 4 letra m y 34 letra b –“así como las establecidas por Acuerdos bilaterales”–; 4 letra n –“agente de una organización

intergubernamental”, “protección especial”–; 8 y 11 –“terrorismo”–; 9 –“simulación”–; 14 –“o cualquier otro elemento”, “o cualquier otra sustancia similar”, “visibles u ocultos”; 6 y 15 –“arma”–; 23 –“cualquier instrumento que pueda ser considerado como arma”, “otro similar”–; 36 inciso último –“Estas circunstancias no son taxativas”–; 37 inciso 3° – “o por cualquier otra organización internacional de la cual el país sea miembro”– e inciso 5° –“quien haya sido sometido a proceso o condena por cometer actos de terrorismo”–; 38 –“en casos de urgente necesidad” y 49 inciso último –“cuando a juicio prudencial de las instituciones encargadas de la investigación”–.

C. Los artículos 37 inciso último, 42 y 25 de la LECAT vulneran los principios constitucionales relativos al debido proceso, contemplados en los arts. 2, 3, 11, 12, 24 y 172 inciso 2° de la Cn.; ya que la primera disposición citada implica una infracción al principio constitucional de defensa dentro del proceso penal, pues invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado. El segundo vulnera el art. 24 Cn., al legalizar las intervenciones de los sistemas de comunicación y redefinir los ámbitos de aplicación del referido precepto constitucional. Por último, el art. 45 LECAT le ordena al juez penal que reciba como prueba el testimonio del agente encubierto, víctima o testigo mediante medios electrónicos y con el uso de mecanismos de distorsión e imagen. Tal precepto impone la admisibilidad del referido elemento probatorio, excluyendo que su pertinencia o validez sea discutida en el proceso penal y con ello reduce su control judicial.

D. Los artículos 1 y 4 letra n de la LECAT, sostienen que son violatorios del principio de igualdad –art. 3 Cn.– , ya que determinan como sujetos pasivos de los actos de terrorismo solo a las personas enunciadas en el letra n del art. 4 LECAT. Con ello, se priva de derechos a todo el resto de personas naturales que merecen también protección estatal. Aunado a ello, tales preceptos –junto con el art. 51 de la LECAT– constituyen una derogatoria tácita de los arts. 1 y 2 Cn. y de todo el régimen de garantías constitucionales.

E. Los arts. 8 y 9 de la LECAT son contrarios a los derechos fundamentales de libertad de expresión y libre difusión del pensamiento –arts. 1, 6 y 8 Cn.– en la medida que los términos utilizados en los tipos penales no permiten determinar con precisión la conducta prohibida. Ello, afirman, “...constituye una suerte de censura previa sobre cualquier tema que según la analogía y arbitrio de los aplicadores de la ley pueda ser considerado ‘terrorismo’ generando inseguridad jurídica y en consecuencia violentando la libertad de los ciudadanos de expresarse y difundir su pensamiento”.

F. Los arts. 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15, 16, 17 letra b, 18 letra f, 19 letra a y c, 21, 24, 26 letra a, 27, 29 y 31 de la LECAT vulneran lo prescrito en los arts. 1 y 27 Cn. y de igual forma lo establecido en el preámbulo del estatuto fundamental salvadoreño, que contiene ciertos principios limitadores del ejercicio abusivo del poder penal estatal tales como el de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad de la pena y resocialización. Así en primer lugar, existen acciones típicas que muestran una ausencia de dañosidad y –pese a ello– enfrentan penas elevadas. Esto sería contrario al principio de lesividad y se advertiría su vulneración en los arts. 5, 6, 7, 8, 9, 15, 17 letra b, 18 letra f, 19 letras a y c, 26 letra a, 27, 29 y 31. 296 En segundo lugar, por defectos de técnica legislativa, se habrían tipificado conductas desprovistas de dolo, lo cual sería contrario al principio de culpabilidad. Tal insuficiencia, ha sido advertida por los demandantes en su argumentación, en los arts. 6, 8, 9, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 26 y 29 inciso segundo. En tercer lugar, existen penas de prisión excesivamente altas, lo que vuelve nugatorio el valor constitucional de la dignidad humana, el principio de humanidad de las penas y el ideal resocializador de la sanción penal –arts. 27 inc. 2° y 3°–. En ello incurrirían los arts. 7 –“30 a 50 años de prisión”–; 16 inciso 1° –“35 a 45 años de prisión”–; 5 y 15 –“40 a 60 años de prisión”–; 16 inciso 2° –“15 a 65 años de prisión”–. De igual forma los arts. 18 inciso 2°; 19 inciso 2°; 20 inciso 2° y 21 inciso 2° establecen penalidades que van de 55 a 65 años. 3. Los ciudadanos José Benjamín Cuellar Martínez y Claudia Carolina Morales Sánchez, solicitan la declaratoria de

inconstitucionalidad de los arts. 4 letra m, 5, 6, 15 inciso 1°, 16 inciso final, 18 inciso final, 20 letra f, 21, 26 inciso final, 34, 37 incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, así como el art. 39 de la LECAT, por violar los principios de legalidad penal, seguridad jurídica y la finalidad resocializadora de la sanción penal. Y lo detallan de la siguiente manera:

A. Los artículos 5 y 6 de la LECAT vulnerarían el art.15 de la Cn., que establece el principio de legalidad penal. El primero, en razón de que al ejecutar un acto contra la vida de los funcionarios públicos, autoridades o familiares de los mismos, no se requiere, de acuerdo a la descripción típica, la intención de causar terror. Lo mismo acontece en el art. 6, donde “se cae en el absurdo” de establecer –como condición sine qua non– que en la toma de ciudades y otros lugares se afecte el normal desarrollo de las funciones de los habitantes.

B. Los artículos 4 letra m –inciso final–, 34 letra b, 37 incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, así como el art. 39 de la LECAT inobservan el principio de seguridad jurídica –art. 1 Cn.– pues en los mismos existe la “incorrección estructural” de hacer descansar la calificación jurídica de las organizaciones terroristas, a partir de los “listados” elaborados por la Organización de Naciones Unidas –ONU–, por otros organismos internacionales o derivados de acuerdos bilaterales actualmente inexistentes. Ello atenta contra el requisito de predeterminación normativa que debe regir el ordenamiento jurídico vigente.

C. Los arts. 15 inciso 1°, 16 inciso final, 18 inciso final, 2º letra f, 21, 26 inciso final y 34 de la LECAT revelan –según manifiestan los demandantes– una infracción constitucional al art. 27 inc. 3° Cn. y a la jurisprudencia emitida por esta Sala con relación a los fines de la pena; ya que establecen penas privativas de libertad que abarcan períodos desde los 35 hasta los 65 años de prisión, con la posibilidad de incrementarlas hasta en una tercera parte conforme lo señala el art. 34 LECAT. Ello, sería contrario a la doble función que ostenta la pena: la readaptación del delincuente y la prevención de los delitos; así como al principio de proporcionalidad de las penas. Sobre este punto, afirman que tales preceptos contradicen la prohibición constitucional acerca de las penas perpetuas contenida igualmente en el art. 27 Cn.; e idéntico vicio es perceptible también en el art. 40 LECAT cuando dispone que la pena especial de inhabilitación tiene una duración temporal que corresponde al doble de la pena principal. Concluyen afirmando, que todos los artículos anteriormente citados devienen en inconstitucionales debido a lo prolongado e irrazonable de la duración temporal de la pena de prisión.

D. Por último, impugnan el art. 45 de la LECAT por contravenir lo dispuesto en los arts. 12 y 15 Cn., pues generan dificultades para el ejercicio del derecho de defensa dentro del proceso penal, al limitar tanto la contradicción como la intermediación de la prueba, creando con ello una situación de desventaja procesal con relación al imputado. Además, es perceptible en el precepto en discusión, que no existe “detalle” de cuáles sean esas “razones justificadas” para que un declarante no esté presente al momento de rendir su deposición. 298 Finalizan su demanda, solicitando que se declare oportunamente –de modo general y obligatorio– la inconstitucionalidad de todas las disposiciones anteriormente identificadas.

4. Los ciudadanos Humberto Centeno Najarro, Irma Lourdes Palacios Vásquez, Hugo Roger Martínez Bonilla e Irma Segunda Amaya Echeverría, solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 4 letra f y m, 5, 6, 7, 8, 14, 15, 19 letra b, 27 y 38 de la LECAT, por contravenir el principio de legalidad establecido en el art. 15 Cn. Igualmente, controvierten el art. 4 letra i LECAT por inobservar el art. 2 Cn. y los arts. 5, 11, 15, 16, 18 y 34 LECAT por ser violatorios del art. 27 inciso 2° y 3° Cn.. Lo anterior lo fundamentan de la siguiente manera:

A. El principio de legalidad impone que los contenidos de la ley penal sean claros, precisos y exhaustivos en cuanto a la descripción de la conducta penalmente prohibida como de su consecuencia jurídica, y ello ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia constitucional. Por ello, la utilización legislativa de tipos penales abiertos (sic) en la represión del

terrorismo violenta el principio de legalidad. Y este defecto de construcción normativa es advertible en las siguientes disposiciones de la LECAT: art. 4 letra f que establece como definición de buque “cualquier artefacto flotante”; art. 4 letra i con relación a la frase “con independencia de cómo se hubieran obtenido”; art. 4 letra m que hace relación a los listados internacionales sobre grupos terroristas; art. 5 cuando establece “ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad”; art. 6, en cuya redacción utiliza los vocablos “instalaciones privadas”, “artículos similares”, “afectando el normal desarrollo de las funciones u actividades de los habitantes, personal o usuarios”; art. 7 que contiene la frase “sustancia de todo tipo”; art. 8 donde se utiliza el término “terrorismo”, sin especificarse su sentido; art. 14 en cuya redacción se utilizan los siguientes vocablos: “en cualquier forma o lugar”, “o de cualquier naturaleza”; art. 15 cuando hace referencia a “artículos similares”; el art. 19 letra b el cual enuncia el “perturbar de cualquier manera los servicios que allí se prestan”; y el art. 27 utiliza igualmente el vocablo indeterminado “por cualquier medio”; el art. 38 se refiere a casos de “urgente necesidad”. Adicionalmente, la letra i del art. 4 LECAT violenta el derecho de propiedad contemplado en el art. 2 Cn. B. Por otra parte, los arts. 5, 11, 15, 16, 18 y 34 de la LECAT regulan penas privativas de libertad que podrían considerarse “perpetuas”. Este tipo de penas – consideran– están expresamente prohibidas por el inciso 2° del art. 27 Cn., ya que no permiten cumplir con la finalidad de la sanción penal, cual es la readaptación y la prevención del delito. Y es igualmente contrario al art. 1 Cn., que reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, y principios como el de culpabilidad y proporcionalidad de las penas de acuerdo a la gravedad del delito. Por lo anterior, solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos antes relacionados.

5. A. Analizada la demanda del ciudadano José Francisco García, ella fue admitida por medio del auto de 22-III-2007, circunscribiendo el conocimiento de esta Sala a la supuesta violación a los arts. 1, 6 y 8 Cn. por parte de los arts. 1, 6 y 15 de la LECAT. B. Con relación a la demanda del proceso 42-2007, por auto de 09-V-2007 se le efectuaron una serie de prevenciones que fueron subsanadas mediante el escrito presentado el 4-VI-2007 por parte de los ciudadanos Arturo Ramiro Méndez Azahar, José María Méndez Mariona, María Silvia Guillén y Edgardo Alberto Amaya Cobar. a. Al efecto, este Tribunal por resolución de 5-II-2008 declaró inadmisibile la pretensión formulada por los demandantes Ángel María Ibarra Turcios, William Huevo Martínez, Ricardo Oscar Alfaro Barahona, René Soto Pérez, Miguel Ángel Alvarado Rosales, Mauricio Ricardo Mendoza Merlos, Fernando Antonio Ávalos, Luis Francisco López, Carlos René Corvera Maldonado, Maritza Elizabeth Hércules Mendoza, Nori Deisy García Ramírez de Tejada, Milton Alexander Flores, Eva Cecilia Alfaro Orellana, José Gilberto Ascencio Ayala, Jorge Alberto Preza Martínez, Omar Iván Huevo Sánchez, José Encarnación Alvarenga Alvarenga, Rosa Margarita del Castillo Jiménez y Manuel Antonio Miranda Salazar, ya que habiendo transcurrido el plazo que prescribe el art. 18 L.Pr.Cn., ninguno de ellos contestó las prevenciones formuladas por el auto de 9-V-2007. Y esto en relación con los arts. 1, 2, 3, 4 letras d, g, h, i, j, l, m y n, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 letra b, 18 letra f e inciso 2°, 19 letras a y c e inciso 2°, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 31, 34 letra b, 35, 36, 37 incisos 3° y final, 38, 42, 45 y 49 de la LECAT, por la supuesta violación a los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 22, 24, 27, 83, 86, 144, 168 ord. 7°, 172 inc. 2°, 186 inc. 4° y 246 Cn. b. Así también, fue declarada improcedente la referida demanda en lo concerniente a la supuesta violación de los arts. 5, 7, 11, 13, 14, 86, 168 ord. 7° y 186 inc. 4° Cn., en virtud de no haberse identificado los preceptos que servirían como objeto de control en el presente proceso constitucional.

c. De forma similar, fue declarada también improcedente la pretensión contenida en la referida demanda con relación a la inconstitucionalidad del art. 4 letra n de la LECAT, por la supuesta violación al principio de igualdad –art. 3 Cn.–, al haber sido planteada de forma errónea. d. Por otra parte, se admitió la acción incoada por los ciudadanos José María Méndez Mariona, Edgardo Alberto Amaya Cobar, Arturo Ramiro Méndez Azahar y María Silvia Guillén Cordon en

relación a los siguientes puntos: (i) los artículos 2 y 38 LECAT, por la supuesta violación al art. 83 Cn.; (ii) de los artículos 1 LECAT por los términos “estados de alarma, temor o terror en la población”, “bienes materiales de significativa consideración o importancia”; art. 3: actividades policiales “o de cualquier otro tipo”; el art. 4 d LECAT por el uso del término “sustancias similares”; la letra h del mismo artículo por “y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas”, la letra i por el término “intangibles”, y por establecer que la enumeración “no es taxativa”; la letra l por “cualquier otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público” y “cualquier otro análogo que sea accesible en tales condiciones o esté abierto al público”; en la letra m “cierta estructura”, “vínculos en alguna medida estables o permanentes” “métodos violentos o inhumanos”, “infundir terror, inseguridad o alarma”; en la n “agente de una organización intergubernamental”, “protección especial”; en el art. 34 letra b LECAT “las establecidas por acuerdos bilaterales”; en el art. 5 LECAT “instalaciones privadas”, “artículo similar”; en los arts. 8 y 11 LECAT “terrorismo”; en el art. 9 LECAT “simulación”; en el art. 14 LECAT “cualquier otro elemento”, “cualquier otra sustancia similar o artefacto”, “visibles u ocultos”; en los arts. 6 y 15 LECAT “arma”; en el art. 23 LECAT “cualquier instrumento que pueda ser considerado como arma” u “otro similar”; en el art. 36 LECAT “estas circunstancias no son taxativas”; en el art. 37 inc. 3° LECAT “o por cualquier otra organización de la cual el país sea miembro”, “cualquier autoridad nacional o extranjera”, “quien haya sido sometido a proceso o condena por cometer actos de terrorismo”; en el art. 38 LECAT “casos de urgente necesidad”; y en el art. 49 inc. final LECAT “cuando a juicio prudencial de las instituciones encargadas de la investigación” por inobservar todas estas disposiciones el principio de legalidad penal; (iii) de los artículos 37 inciso final, 42 y 45 LECAT, por la supuesta violación a las reglas del debido proceso relacionadas con la presunción de inocencia, inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho de defensa; (iv) de los artículos 8 y 9 LECAT, por la supuesta vulneración a los derechos de libertad de expresión y la libre difusión del pensamiento; (v) de los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 17 letra b, 18 letra f, 19 letras a y c, 26 letra a, 27, 29 y 31 LECAT, por no establecer grados de afectación o dañosidad; (vi) de los artículos 6, 8, 9, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 26 y 29 LECAT, por tratarse de una responsabilidad penal derivada únicamente del resultado producido; de las penas contempladas en los arts. 7 –de 30 a 50 años–; 16 inc. 1° –de 35 a 45 años–; 5 –de 40 a 60 años–; 15 –de 40 a 60 años–; 16 inc. 2° –de 55 a 65 años–; 18 inc. 2° –de 55 a 65 años–; 19 inc. 2° –de 55 a 65 años–; 20 inc. 2° –de 55 a 65 años–; 21 inc. 2° –de 55 a 65 años– de la LECAT, por la supuesta violación al preámbulo y a los arts. 1, 10 y 27 Cn., que contienen el valor dignidad humana, el principio de humanidad de las penas y el ideal resocializador de las penas.

C. Respecto a la demanda presentada por los ciudadanos José Benjamín Cuellar 302 Martínez y Claudia Carolina Morales Sánchez, la misma fue admitida mediante el Auto de 22-II-2008, circunscribiéndose el conocimiento de este Tribunal a los siguientes motivos de impugnación: (i) El art. 5 LECAT por la supuesta violación al principio de legalidad de la pena, en lo relativo a la precisión y claridad en la descripción de la conducta sancionada como delito –art. 15 Cn.–; (ii) El art. 6 LECAT por la supuesta violación al principio de legalidad de la pena, en lo relativo a la exigencia de precisión en el contenido de la ley, específicamente en cuanto al bien jurídico protegible con la conducta tipificada como delito; (iii) Los arts. 4 final letra m, 34 letra b, 37 incs. 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, y 39 de la LECAT por su supuesta confrontación con el principio de seguridad jurídica –art. 1 Cn.–, en lo relativo a la exigencia de que la ley debe ser manifiesta y predeterminada (claridad normativa); (iv) Los arts. 15 inc. 1°, 16 inc. final, 18 inc. final, 20 letra f, 21 y 26 inc. final, y 34 de la LECAT, por su supuesta contradicción con el principio constitucional que exige la proporcionalidad de las penas respecto de su finalidad (resocialización del delincuente) –art. 27 inc. 3° Cn.–; (v) Los arts. 15 inc. 1°, 16 inc. final, 18 inc. final, 20 letra f, 21 y 26 inc. final, 34 y 40 de la LECAT, por la supuesta contradicción con la prohibición de penas perpetuas –art. 27 inc. 2° Cn.–; y (vi) El art. 45 de la LECAT por la supuesta vulneración que implica para la defensa del procesado y el principio de inmediación de la prueba –art. 12 Cn.–, así como al principio de legalidad –art. 15 Cn.–.

D. Por último, analizada la demanda de los ciudadanos Humberto Centeno Najarro, Irma Lourdes Palacios Vásquez, Hugo Roger Martínez Bonilla e Irma Segunda Amaya Echeverría, fue admitida por medio del Auto de 21-I-2008, circunscribiendo el conocimiento de esta Sala al análisis de los artículos 4 letra f, i, m, 5, 6, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 18, 19 letra b, 27, 34 y 38 de la LECAT, por contravenir los arts. 2, 15 e inc. 2° y 3° del art. 27 Cn. 6.

a. Al rendir el informe de ley, respecto de la demanda presentada por el ciudadano José Francisco García, la Asamblea Legislativa manifestó que no existe violación a la Constitución de la República; primeramente, porque no existe una definición jurídica y legal unánime acerca del terrorismo, y ello obliga al legislador a elaborarla. Por ende, lo que deberá ser entendido como terrorismo en términos legales tiene que deducirse de la regulación que ofrece la LECAT.

b. Sostuvo además, y en relación a la presunta vulneración del art. 6 Cn., que la norma primaria establece el derecho de expresión y difusión del pensamiento, siempre y cuando no se subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. Y tal precepto contempla además, que los que abusen de tal precepto, responderán por el delito que cometan. Por ende, el tipo penal contemplado en el art. 6 LECAT busca proteger ese orden público entendido como la alteración del ritmo normal de la vida ciudadana por parte de aquellas acciones que le resulten perturbadoras. Conforme lo anterior, el término “perturbación del orden público”, es un elemento normativo que debe ser valorado judicialmente en atención a los hechos establecidos en cada caso.

c. Por último, afirma que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad cotidiana y estructuralmente patológica; por ende, no resulta conveniente enfrentarla con instrumentos jurídicos transitorios. Se trata entonces, de una forma de criminalidad organizada pero con una finalidad política o de alterar el orden público y por ello más difícil de controlar.

B. Respecto de la demanda que dio inicio al proceso de inconstitucionalidad 42-2007, la Asamblea Legislativa rindió el informe que prescribe el art. 7 L.Pr.Cn., justificando la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en los siguientes términos:

a. Sostuvo que los arts. 2 y 38 LECAT no vulneran el art. 83 Cn., pues la noción de soberanía implica la libre determinación de un pueblo, es decir, la capacidad de gobernarse por sí mismo y decidir su propio destino. Una de las formas mediante las cuales el pueblo ejerce la soberanía es eligiendo a sus propios gobernantes, por consiguiente siendo los diputados electos por la voluntad soberana del pueblo, tienen la facultad de legislar; esto es, de crear, reformar, interpretar y derogar las leyes. Al aplicar la normativa impugnada –dijo– no se trasciende a la aplicación extraterritorial del orden jurídico nacional, ya que únicamente se aplicará dentro del país y en aquellos lugares sometidos a la jurisdicción salvadoreña.

b. Sobre la impugnación de los arts. 1, 4, 5, 6, 8, 11, 14, 15, 18, 37, 38 y 49 inc. final LECAT por vulnerar el principio de legalidad, sostuvo que la garantía fundamental establecida en el art. 15 Cn., constituye una garantía individual, en cuya virtud no se puede interpretar que un acto cualquiera es delictivo –y que inclusive caiga en una sanción penal– si no ha sido expresado como tal en una norma penal anterior. Tal es el caso de los artículos impugnados, pues en ellos se está delimitando un catálogo de conductas humanas con relevancia penal; así también, se entiende que por ser la LECAT una ley de la República cumple con los presupuestos de *lex scripta* y *lex praevia*; por ello, todo delito de los comprendidos en su contenido y que sean cometidos luego de su publicación en el Diario Oficial, tendrán que ser sancionados. Ello demuestra, que los tribunales no pueden actuar de manera arbitraria, sino que deben observar la ley como un límite de su actividad. Afirma que el mencionado principio, tiene por finalidad garantizar que es el Estado quien determina claramente –en la ley penal– qué infracciones constituyen delito y cuáles constituyen falta y, a la vez, señalar las sanciones y medidas de

seguridad que se aplicarán en cada caso de violación a la norma. Por ende, la LECAT no es más que el desarrollo de la potestad legal de tipificar hechos punibles.

c. Por otra parte, el terrorismo –afirmó– es una de las formas de violencia más difíciles de contener, debido a que su radio de acción se extiende más allá de las regiones en conflicto. Se caracteriza por: (a) su violencia indiscriminada que involucra a víctimas que no tienen nada que ver con el conflicto causante del acto terrorista; (b) su imprevisibilidad, pues actúa por sorpresa creando incertidumbre, infundiendo terror y paralizando las acciones; (c) su inmoralidad, pues produce un sufrimiento innecesario, golpeando las áreas más vulnerables; y (d) ser indirecto, pues los actos terroristas intentan atraer la atención mediática. Por ello, el terrorismo representa una seria amenaza a los Derechos Humanos. 305 En tales casos –agregó– el Estado tiene la obligación de prevenir la amenaza terrorista, y adoptar los mecanismos necesarios para asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos y las necesidades del mantenimiento de la sociedad democrática. Y a ello sirve el principio de legalidad, según el cual cuando una medida limita los derechos humanos, tales restricciones deberán definirse de la manera más precisa posible y ser necesarias y proporcionadas al fin perseguido. La ley –afirmó– tiene que servirse de conceptos que revisten un grado mayor o menor de abstracción y donde la interpretación es siempre necesaria para determinar si una conducta específica está o no dentro del marco legal. Mediante la interpretación la ley descende a la realidad, de ahí que la labor del intérprete sea eminentemente creadora, puesto que tiene que extraer de la ley los elementos decisivos para un caso concreto; caso contrario, sería un simple manipulador de sanciones. Por todo lo expresado –dijo– debe entenderse que el principio de legalidad criminal y su derivado natural, el de tipicidad, tienen como fundamento el derecho de todos los destinatarios de la ley a conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición que limitan sus actos. De nada serviría cumplir formalmente con el principio de legalidad, si los preceptos penales se limitaran a afirmar que comete delito el que lleve a cabo, por ejemplo: “...cualquier conducta que atente contra la moral o las buenas costumbres”. En consecuencia, el principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de redacción de la norma penal, en virtud de la cual sea posible conocer hasta dónde puede o no actuar el individuo.

d. Sobre el concepto de arma, la Asamblea Legislativa sostuvo que, aunque prácticamente cualquier cosa puede ser considerada un arma, los terroristas han utilizado habitualmente armas cortas o semiautomáticas. Algunos grupos han llegado a tener misiles antiaéreos. También es muy común el uso de bombas caseras de potencia variable, llegando a usarse en algunos casos el propio cuerpo de uno de los miembros de la agrupación terrorista. En otros casos, se suelen utilizar rifles con mira telescópica. En general –siguió– los grupos terroristas tienden a utilizar cualquier elemento que les permita lograr sus objetivos y que posea la mayor resonancia mediática posible, ya sean armas procedentes de los ejércitos regulares, adquiridas en el mercado internacional de tráfico de armas o se trate de medios improvisados.

e. En cuanto a lo que debe ser entendido por terrorismo, sostiene que doctrinariamente se ha definido como “...un método productor de ansiedad basado en la acción violenta repetida por parte de un individuo o grupo (semi) clandestino o por agentes del Estado, por motivos idiosincráticos, criminales o políticos, en los que –a diferencia del asesinato– los blancos directos de la violencia no son los blancos principales. Las víctimas humanas inmediatas de la violencia son generalmente elegidas al azar (blancos de oportunidad) de una población blanco, y son usadas como generadoras de un mensaje. Los procesos de comunicación basados en la amenaza –y en la violencia– entre el terrorista, las víctimas puestas en peligro y los blancos principales son usados para manipular a las audiencias blanco, convirtiéndolas en blanco de terror, blanco de demandas o blanco de atención, según se busque primariamente su intimidación, su coerción o la propaganda”. A lo dicho agregó que deben destacarse los siguientes puntos de la naturaleza del grupo terrorista: (a) actúa con premeditación y ventaja;

(b) su objetivo final no es la víctima u objeto afectado, sino la consecución del cambio que persigue; (c) puede adoptar en lo táctico un esquema basado en la guerrilla urbana o grupos militares clandestinos; y (d) en lo político, puede asumir una imagen pública asociada con uno o varios partidos y organizaciones o Estados que pueden adoptar formas democráticas o autoritarias. Otro criterio –afirma– para determinar la regulación adecuada de la materia, tiene como puntos esenciales los siguientes dos aspectos: su método y su legitimidad. Respecto al primero, se puede considerar terrorista al grupo que perpetre secuestros, atentados, con bombas, asesinatos, amenazas y coacciones de manera sistemática.

Sobre el segundo, la distinción está sujeta a la visión subjetiva de uno u otro bando en conflicto. La legitimidad se otorga o se toma según se consideren legítimos los objetivos que eligen: si sus ataques son indiscriminados o no; si la población a la que pertenecen está sufriendo algún tipo de opresión; si tienen entre su gente apoyo social y cuánto; si comenzaron ellos las hostilidades o si antes de surgir como grupo no había conflicto alguno; y si también son atacados con iguales o peores métodos. Por todo lo anterior, esta Asamblea considera que no existe violación al art. 15 de la Constitución.

f. En relación con la supuesta violación a las reglas del debido proceso, relacionadas con la presunción de inocencia, inviolabilidad de las comunicaciones y derecho de defensa, la Asamblea Legislativa sostuvo que una persona debe ser juzgada con base a las leyes vigentes y por los tribunales existentes al momento de producirse el hecho del que se le acusa.

g. En referencia a las supuestas violaciones al derecho de libertad de expresión y difusión del pensamiento, el parlamento nacional sostuvo que ellas no existen, pues el art. 6 Cn. señala claramente que tales derechos fundamentales están limitados a no subvertir el orden público, ni lesionar la moral, el honor y la vida privada de los demás. Por ello, los arts. 8 y 9 LECAT están en consonancia con el precepto constitucional supra relacionado.

h. Respecto de las argumentaciones relacionadas con la falta de dañosidad de las conductas y la dudosa lesividad que presuntamente presentan algunos tipos de la LECAT, la Asamblea Legislativa dijo que el móvil o la intencionalidad perseguida se vislumbran claramente en los preceptos controvertidos. Ello acontece por ejemplo en la protección de una persona internacionalmente protegida.

i. Asimismo agregó que la dignidad humana tampoco resulta vulnerada, pues la LECAT asegura a quienes habiten dentro del territorio nacional sus derechos fundamentales, inclusive a los de los mismos imputados.

j. En lo concerniente a la humanidad de las penas y el ideal resocializador que las preside, el Órgano parlamentario aseveró que nuestro país reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, y ello en ningún momento ha sido descartado en la LECAT. Así, el inc. 2° del art. 27 Cn., establece claramente la prohibición de establecer toda clase de penas que priven de libertad al individuo hasta su muerte. Por ello, la LECAT establece penas cuya intensidad va acorde a la gravedad del hecho delictivo realizado. Y es que debe tenerse en cuenta que el inc. 3° del art. 27 Cn., es claro en afirmar que la finalidad de la ejecución de la pena es brindar al condenado las condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan integrarse a la vida en sociedad al momento de recobrar su libertad, por lo que la magnitud de las penas abstractamente diseñadas no se encuentra fuera de ese margen y finalidad.

k. Por otro lado –afirma– no nos encontramos ante penas desproporcionadas, pues la proporcionalidad sancionatoria implica ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de la tutela y las consecuencias jurídicas de la norma jurídico-penal. Por ello, es que el legislador utiliza ciertos criterios tales como la gravedad del disvalor de acción o de resultado, la

culpabilidad del agente y su personalidad, las circunstancias del hecho o el bien jurídico afectado, entre otros. Conforme a lo anterior, una pena será proporcionada cuando el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad, en general. En otras palabras, cuando la gravedad de la conducta o el grado de peligro del bien jurídico sea lo suficientemente importante como para justificar una intervención del Derecho Penal. Debe recordarse –apunta– que la proporcionalidad se mide en dos escenarios: el legislativo y el judicial; el primero a la hora de establecer los delitos y sus penas y el segundo al imponerse la pena en el caso concreto. Así, no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra los bienes jurídicos importantes. Con base en estos parámetros –sostuvo–, el legislador determina la pena que se considera justa y proporcional al hecho realizado. Por otra parte –agregó–, una pena de prisión que oscila en su duración máxima los ochenta y cuatro años no puede considerarse perpetua, ya que se trata de una medida “ejemplarizante” para los potenciales delincuentes. Se trata de una advertencia a todos los ciudadanos a fin de que se abstengan de delinquir y para que conforme su cumplimiento se enmiende al hechor evitando a futuro su posterior recaída. Así, el Derecho Penal no sólo debe defender a los ciudadanos de los delincuentes, sino también respetar la dignidad de éstos dentro del cumplimiento de la pena e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento criminal; ello implica la prohibición de imponer penas incompatibles con la sensibilidad del momento histórico alcanzado actualmente por la humanidad, v. gr. torturas, muerte, penas perpetuas, degradantes y proscriptivas. En conclusión, no se ha impuesto de ninguna forma la cadena perpetua para los delincuentes que resultaren culpables, únicamente se ha desarrollado lo preceptuado en el art. 27 Cn.

C. En el informe rendido dentro del proceso de inconstitucionalidad 89-2007, la Asamblea Legislativa sostuvo –con reiteración de los argumentos expuestos en la Inc. 42-2007– que teniendo la facultad de legislar en beneficio de toda la comunidad salvadoreña y prevaleciendo el interés general se vio en la obligación de salvaguardar a la población de todos aquellos actos criminales que pudieran afectarles. Por tal motivo, se emitió la ley que actualmente es objeto de impugnación.

a. Con respecto de las supuestas violaciones al principio de legalidad, la Asamblea Legislativa sostuvo que dicho principio constituye una garantía en cuya virtud no se puede interpretar que cualquier comportamiento es delictivo y que inclusive sea merecedor de una sanción penal, si no ha sido expresado como tal en una norma anterior. Tal es el caso de los arts. 4 letra m, 5, 6, 15 inciso 1°, 16 inciso final, 18 inciso final, 20 letra f, 21 inciso final, 26 inciso final, 34 letra f, 37 incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, 39, 40 y 45 LECAT, pues en ellos se describen conductas con relevancia penal.

b. Respecto de la impugnación del artículo 4 letra m LECAT, en la misma se define que se entiende por organizaciones terroristas, aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad o alarma entre la población de uno o varios países. Es claro que la disposición impugnada –aseguró– está definiendo lo que son las organizaciones terroristas en un sentido amplio como todo concepto, siendo que éste no puede ser subjetivo en su definición, sino más bien establecido de una forma general; de ahí cabe destacar que este artículo puede tener interpretaciones diversas. En otras palabras –afirma–, el legislador toma aspectos importantes a la hora de tipificar si una persona forma parte de una organización terrorista o colabora con ella. Por lo que los jueces, antes de considerar acerca de la pertenencia de alguna persona a estos grupos, tiene que hacer una vinculación de los actos que han hecho posible el ilícito y luego aplicar la sanción.

c. En cuanto a los arts. 5, 6, 15 inc. 1°, 16 inciso final, 18 inciso final, 20 letra f, 21 inciso final, 26 inciso final, 34 letra b, 37 incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, 39, 40 y 45 LECAT, que a criterio de los demandantes violan el inciso 3° del art. 27 de la Constitución, la Asamblea sostuvo que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, y en las disposiciones impugnadas en ningún momento se desconoce lo anterior. Asimismo –agregó–, el art. 1 Cn. establece claramente la prohibición de imponer toda clase de penas que prive de libertad al individuo hasta su muerte o que menoscabe la dignidad de una persona condenada. Así, la LECAT se limita a establecer penas conforme a la gravedad de las conductas que en ella se establecen, por lo que hay que tener en consideración que la pena es impuesta según el delito cometido y no en cuanto a la edad del delincuente.

d. La seguridad jurídica –sostuvo–, es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. En alguna medida, una de las principales justificaciones de su existencia es precisamente que, mediante el monopolio de la violencia, asegure la existencia de la sociedad y la paz interna. Y no sólo ello, sino la observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad a fin que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual libertad y autonomía. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico. No obstante a lo anterior –siguió–, no se puede rechazar de forma absoluta un movimiento de desobediencia civil, más aún, cuando el propio ordenamiento jurídico se funda en la pretensión de ser aceptado voluntariamente y por convicción de los ciudadanos. La ausencia de una autoridad final que decida no origina confusión, sino que es condición necesaria para la consolidación de un consenso reflexivo y para el avance social. En consecuencia, recalco, en la democracia “...el último tribunal de apelación lo constituye, no un tribunal, ni el ejecutivo, no la Asamblea Legislativa, sino el electorado en su totalidad”. La desobediencia civil –aseveró– apela precisamente a este punto y a los principios políticos que sustentan la sociedad, por lo que una acción que en principio parece destructiva de la democracia, puede convertirse posteriormente en aseguradora del consenso. Por lo tanto –concluyó–, mientras se da el movimiento de desobediencia civil, hay un equilibrio frágil acompañado de una tensión potencialmente explosiva que caracteriza a todo momento de transición. Por un lado, el costo de recurrir a la desobediencia civil para consolidar la legitimidad puede ser una pérdida de seguridad jurídica; por el otro, el costo de optar por la seguridad jurídica reprimiendo a la desobediencia civil puede ser perder la legitimidad. Ambas pérdidas ponen a prueba el Estado democrático por razones distintas. La pérdida de legitimidad, si el Estado quiere sobrevivir, conduce al autoritarismo, en cambio, la falta de seguridad jurídica provoca la ineffectividad del orden político dando paso al caos y a la anarquía. Para que se recupere este equilibrio –afirmó–, es necesario que el sistema político sea capaz de incorporar la desobediencia civil en los procesos institucionales, pues de lo contrario resultaría un serio desorden que acabaría por minar la efectividad del orden político. Así, sostiene, existen ciertos límites dentro de los cuales la desobediencia civil puede, en efecto, ser incorporada; especialmente, el hecho que diversos grupos recurran a la desobediencia civil en forma simultánea puede hacer que la situación se vuelva incontrolable.

e. Respecto del principio de intermediación de la prueba, la Asamblea afirmó que la Constitución lo considera como una garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano y cumple un papel preponderante dentro del proceso penal, pues actúa en forma conjunta con las demás garantías, permitiendo que éstas tengan una vigencia concreta dentro del mismo, entre las que cabe mencionar: la audiencia del inculpado, la contradicción procesal, la posibilidad de controlar las pruebas, y la de proponer la práctica de diligencias tendientes a demostrar su inocencia. En este sentido, cuando la Constitución en el art. 12 establece que se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la Administración de justicia y en los procesos judiciales, impone la obligación a los funcionarios correspondientes de proveer al detenido de defensa técnica. El incumplimiento efectivo de tal

asistencia, contraviene el orden público, siendo por consiguiente nulo el proceso total o parcialmente, si el imputado detenido no tuviere defensor desde el inicio del proceso o de las diligencias extrajudiciales; más aún cuando, no obstante dicha inobservancia, se verifique la práctica de diligencias de las cuales, dentro de la mínima actividad probatoria que en este estadio procesal corresponde realizar, se puede desprender responsabilidad alguna del imputado.

D. a. En el proceso de Inc. 96-2007 –acumulado al presente–, la Asamblea Legislativa –además de los argumentos ya planteados en la Inc. 42-2007– sostuvo que el artículo 2 de nuestra Carta Magna manifiesta que toda persona tiene derecho a la vida, la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Respecto de ello, dijo que no se puede considerar que el artículo 4 letra i LECAT está vulnerándolo, debido a que, si bien es cierto la disposición impugnada menciona fondos, ellos deben entenderse como los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad y otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio, cartas de crédito. Es claro –agregó– que el artículo 4 letra i LECAT está definiendo lo que es fondo en su sentido amplio, concepto que no puede ser subjetivo en su definición, sino más bien establecerlo de una manera general; de ahí que este artículo, al ser aplicado judicialmente puede llegar a tener una interpretación diversa. Para el caso que nos ocupa –sostuvo–, el artículo 35 LECAT, establece que el tribunal competente, por resolución fundada, ordenará el decomiso de los fondos y activos utilizados, o que se haya tenido la intención de utilizar para cometer cualquiera de los delitos previstos en la misma ley; asimismo, ordenará el decomiso de los bienes que sean objeto del delito, el producto o los efectos del mismo. En la resolución que ordena el decomiso se designan los bienes de que se trate, con todos los detalles necesarios, para poder identificarlos y localizarlos. Por lo que los jueces antes de considerar tomar una resolución sobre los fondos que una persona posee, al haber realizado un acto delictivo, debe hacer una vinculación de los actos que han hecho posible el ilícito para –de esta forma– aplicar los preceptos del precepto jurídico.

De acuerdo a lo mencionado supra –siguió–, se considera que, cuando el artículo 4 letra i LECAT menciona fondos, se refiere a su conceptualización dentro del marco legal. Es decir, la plena potestad sobre un bien pero también el respeto a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico en general. Para el caso, si un bien es utilizado para la realización de un delito, éste debe ser decomisado. Con ello, se asegura el cumplimiento de la decisión resultante del proceso penal.

b. En cuanto a los artículos 5, 11, 15, 16, 18 y 34 LECAT –afirmó–, la Asamblea Legislativa reitera que el Estado salvadoreño reconoce a la persona humana como el origen y el fin su actividad; por ende, la LECAT en ningún momento desconoce tal principio constitucional. Asimismo –agregó–, el inciso 2° del art. 27 Cn. establece claramente la prohibición de imponer toda clase de pena que prive de la libertad al individuo hasta su muerte o que se menoscabe su dignidad. Pero en el caso de la LECAT, ésta se limita a establecer penas conforme a la gravedad de las conductas.

7. El Fiscal General de la República, en los diferentes traslados que le fueron conferidos, en esencia afirmó: A. Respecto de la inconstitucionalidad 22-2007, sostuvo que no existe por el momento un concepto de terrorismo que sea universalmente aceptado; y por ello, la significación dogmática del término debe ser establecida de acuerdo con lo contemplado en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo en sus artículos 1, 5, 6, 16, 21 y otros. Por otra parte, y

respecto del art. 6 del estatuto especial impugnado, debe recordarse que el derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento no es de carácter absoluto, ya que se encuentra limitado a no subvertir el orden público y a no lesionar el honor, la moral ni la vida privada de los demás. Así, la afectación al orden público debe en este caso ser grave y trascendente, lo cual queda sujeto a una valoración judicial. Por último, concluye afirmando, que al ser el terrorismo una forma de criminalidad organizada pero con una finalidad política o de alteración de la paz pública, fue necesario que el legislador creara una ley especial que se constituyera en un medio eficaz para su combate, y a la vez, fuese respetuosa de los principios constitucionales de un Estado democrático.

B. a. Acumulados que fueron al proceso 22-2007, el Fiscal sostuvo en las inconstitucionalidades 42-2007, 89-2007 y 96-2007, que los principios constitucionales afectados de acuerdo a los demandantes se enfocan principalmente en el de legalidad (en sus vertientes de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*). Sostuvo, que el Estado de Derecho no sólo debe proteger al ciudadano, por medio del Derecho Penal, sino también debe existir un equilibrio entre los instrumentos adecuados para prevenir el delito y, por otro lado, límites a los poderes de actuación en el campo punitivo para evitar arbitrariedades propias de un Estado autoritario. Por ello –manifestó–, se viene consagrando el principio de legalidad como un pilar del orden constitucional e internacional, que ha influenciado tanto las Constituciones de corte anglosajón como las de línea europea continental como la nuestra. Cabe destacar –agregó–, que el principio de legalidad ha transitado por perturbaciones debido a las reacciones y crisis de los Estados nacionales, como aconteció con el nacionalsocialismo, torciendo con ello algunas concepciones de lo que hoy se consensua acerca del principio de legalidad. En ese juego de palabras –sostuvo–, hablar el principio de legalidad es dotar su significado de dos elementos a saber: uno político y el otro científico. Por el primer significado debemos considerar la máxima *nullum crimen nullum poena sine lege*, que evita lo que se conoce como *ius incertum*, pues sólo a través de la certeza jurídica se consigue dentro de un Estado Democrático de Derecho, la seguridad política de los ciudadanos. Respecto del segundo significado, es preciso efectuar una cita de la teoría de la coacción psicológica; es decir, el mandato de prohibición –cuando es definido en forma clara y concisa– puede generar la disuasión del potencial delincuente y su aplicación concreta un significado ejemplarizante para los demás, propio de los criterios de prevención general y especial de una política criminal.

b. En esa línea de planteamientos –sostuvo–, el desarrollo del principio de legalidad, hoy en día, cumple una triple función, a saber: (a) un fundamento político, democrático y representativo, como expresión de la idea de libertad y Estado de derecho; (b) un fundamento político-criminal, la idea de función social de la norma y la sanción penal; y (c) un fundamento de carácter tutelar del ciudadano frente al poder del Estado. Así también, de su contenido esencial se pueden derivar las siguientes garantías: criminal, penal, jurisdiccional o procesal y de ejecución. La garantía criminal –agregó– deriva de la reserva de ley en materia penal y consiste en la exigencia que solamente se puede castigar como infracción penal la conducta que previamente ha sido establecida como delito y castigada con una pena, lo que cierra el paso al delito natural y la creación de comportamientos criminales vía judicial, por estar proscrita la analogía. La garantía penal –afirmó– implica que la ley debe establecer la clase y duración de la pena y no el juez; mediante el marco penológico de mínimos y máximos, lo que el juez puede hacer es adecuar la pena a la gravedad de los hechos proporcionalmente, sin rebasar los estancos dados por el legislador. La garantía jurisdiccional –por su parte–, conocida también como reserva de jurisdicción, supone que al órgano judicial le corresponde la imposición de penas y medidas de seguridad. La garantía de ejecución –finalmente– conlleva a considerar que el ciudadano sólo ha de cumplir aquellas penas y medidas de seguridad previstas.

c. En ese orden, al respetarse dichas garantías, no es posible hablar de la inconstitucionalidad de una norma penal, más aún cuando la misma está referida a individuos que se encuentra fuera de la delincuencia convencional; ello hace necesario tomar los recaudos correspondientes para que se promulguen cierto tipo de leyes especiales que en la actualidad se engloban dentro del denominado Derecho Penal del enemigo. Hablar de los requisitos del principio de legalidad –manifestó–, es referirse a lo que conocemos como reserva de ley en materia penal o ley scripta; principio de taxatividad o lex certa, y prohibición de analogía o lex stricta; que son límites en la libertad de configuración del legislador penal. El requisito de reserva de ley –sostuvo– implica que los derechos fundamentales de una persona únicamente pueden ser restringidos por la ley. Sin embargo, tal situación no excluye que en ocasiones sea necesaria la remisión a otros ordenamientos de carácter penal o extrapenal para integrar o complementar el alcance o contenido de un precepto, que es lo que hace el legislador en la LECAT. Esta evolución del principio de legalidad –agregó–, más que una crisis se debe a la necesidad de contar con un Derecho Penal comunitario y eficaz, lo que obliga al legislador nacional a tomar en cuenta el ordenamiento jurídico internacional en materia de convenios de cooperación y asistencia en materia penal contra el crimen organizado y el terrorismo.

d. Por otra parte –manifestó–, el origen de crear legislaciones especiales como la cuestionada, surge de la globalización de la criminalidad, lo cual hace necesario que los Estados reformulen sus políticas de combate a la criminalidad a fin de tener una respuesta penal efectiva y acorde con los nuevos contextos mundiales, en especial, respecto del terrorismo. En razón de los planteamientos expresados –sostuvo– no se puede concluir que la LECAT sea una ley manifiestamente injusta, ya que se ajusta a los estándares internacionales que se exigen sobre el tema en discusión.

e. En relación con el principio de taxatividad, el Fiscal General manifestó que el mismo tiene su fundamento en la necesidad de que los textos que recogen normas sancionatorias tengan suma precisión de las conductas que están prohibidas y su consecuente sanción. Otro aspecto importante –agregó–, derivado de este requisito, es la exigencia de que todo ciudadano conozca con claridad lo que está penalmente prohibido (seguridad jurídica) y, de otro lado, materializar el principio democrático que supone al legislador decidir qué conductas merecen una sanción penal. Es cierto que como todo mandato –aseveró– plantea dificultades tal como lo sostiene un amplio sector doctrinario que expresa que la amenaza más seria para el mandato de certeza no lo constituye la voluntad del legislador, sino la elaboración de leyes imprecisas. Por lo anterior, se sitúan como casos de excepción: (a) el uso de la exégesis en sustitución del casuismo exagerado; (b) la necesidad de plasmar términos valorativos, que dotan al tipo penal de su significado; y (c) la innegable aceptación de formular leyes con un grado de indeterminación, puesto que los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones, que hace imposible que en la redacción legislativa no implique para el juez problemas de interpretación, pues la redacción muy específica de supuestos de hecho socavaría el propio concepto de ley como norma general y abstracta. Esto llevaría –afirma– a que legislador asuma la función del juez en la adecuación de la solución al caso concreto, lo que sería una reducción al absurdo mediante la postulación de una taxatividad excesiva.

f. Es necesario plantear también –dijo– que por el principio de taxatividad se justifica el uso de cláusulas generales, conceptos normativos y jurídicos indeterminados, siempre que no exista un abuso o exceso en las formulaciones normativas que haga el legislador. Por cláusulas generales, se entiende aquellos elementos normativos que buscan relativizar los términos de la ley, al momento de realizar la reconstrucción dogmática del delito. Los elementos normativos –sostuvo– aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social. Por ejemplo: un título valor, cosa ajena, deudor, arrendante; y requieren que la determinación de su significado se realice atendiendo a una valoración propia de la función jurisdiccional. Sobre los conceptos

jurídicos indeterminados –agregó–, se puede decir que su utilización no está vedada constitucionalmente, siendo la garantía de su concreción la instancia judicial; por ello, en el campo de tipos penales con conceptos jurídicos indeterminados, la única interpretación que puede admitirse es la restrictiva del significado propio de cada concepto.

g. Cabe recordar –manifestó– sobre este punto que el Derecho y la jurisprudencia comparada –específicamente española– han venido decantándose por la flexibilización en ciertos temas de seguridad nacional como en lo relativo al combate del terrorismo, admitiendo la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en los preceptos penales de carácter especial, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos: (a) fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional; y (b) las normas extrapenales han de ser fácilmente identificables de acuerdo con los criterios de integración del propio ordenamiento jurídico. Por ello –continuó–, es plausible encontrar en tipos penales comunes en nuestro Código Penal, expresiones tales como: pudor, buenas costumbres, decoro, que no se oponen al requisito de *lex certa*, derivado del principio de legalidad y se ajustan a los patrones de comprensión cultural de nuestro entorno legal. h. Otro de los puntos que debe considerarse –sostuvo– es la configuración de leyes penales en blanco, en tanto que los demandantes sostienen la inconstitucionalidad de esta técnica, pues la LECAT hace remisiones a instrumentos que conllevarían a la falta de concreción normativa, vulnerando la seguridad jurídica. Al respecto, es dable precisar que, a diferencia de otras legislaciones foráneas, no tenemos la clasificación de leyes de carácter general y leyes orgánicas, sino que la remisión se puede hacer a otras leyes de carácter extrapenal del mismo rango general, es decir, emitidas por el Órgano Legislativo y en casos de excepción en los denominados reglamentos administrativos de ejecución. En tal sentido –agregó–, el uso de las leyes penales en blanco es permitido por nuestro legislador, y no vulnera el principio de reserva de ley, en tanto y cuanto sea necesario el complemento con leyes de carácter extrapenal, lo que se conoce en la doctrina como “complemento indispensable”, por razones de protección siempre que sea proporcionado y la ley penal mantenga el núcleo de la prohibición. Bajo tales motivos –afirmó–, se hace procedente admitir que la técnica utilizada por el legislador en la LECAT, no vulnera el principio de legalidad ni la reserva de ley, pues dicha técnica se legitima con la urgente protección de intereses sociales que demanda la flexibilidad de las leyes penales y seguridad jurídica. En suma, sobre este punto y de las argumentaciones precedentes, no se encuentra motivo que justifique la inconstitucionalidad de las normas señaladas por los demandantes, ya que tienen una taxatividad definida. i. Sobre el tercer requisito del principio de legalidad (la prohibición de analogía), el Fiscal General afirmó que la aplicación analógica se encuentra prohibida en la normativa penal, conforme al art. 1 C.Pn., lo que significa que se rechaza en la creación de delitos y penas. En ese orden –sostuvo–, la analogía puede clasificarse en dos vertientes: la denominada *in malam partem* –que está totalmente prohibida– y la que se acepta en casi todos los ordenamientos jurídicos –*in bonam partem*– como una extensión de la interpretación que siempre favorezca al imputado. Los postulantes –dijo– objetan la ambigüedad, falta de claridad y precisión de ciertos conceptos utilizados por el legislador en la LECAT, ya que pueden dejar un margen reprochable de discrecionalidad judicial. Este argumento no es compartido, pues al momento de evaluar el precepto, el órgano jurisdiccional deberá asumir un criterio lógico, minucioso y fundado que sirva de corrección a lo extensivo que suela parecer el concepto utilizado. Por consiguiente –afirmó–, tampoco se encuentra la vulneración al principio de legalidad como aluden los demandantes. 321 j. Finalmente, y luego de citar la jurisprudencia constitucional relativa a la seguridad jurídica –Amp. 48-98 y 305-99 e Inc. 41-2000–, el Fiscal General sostuvo que la LECAT no violenta la reserva de ley, ni tampoco el principio de taxatividad de los preceptos penales; puesto que la restricción de los conceptos en aplicación de la ley, es una tarea propia del órgano jurisdiccional, y sobre todo porque la ley regula las actividades de una tipología criminal distinta a la convencional. k. En otro apartado, el Fiscal también citó jurisprudencia constitucional emitida sobre el derecho general de libertad –Incs. 17-95 y 4-94–, afirmando al respecto que la LECAT no es una restricción cualquiera en el

derecho a la libertad, sino la necesidad de proteger intereses sociales sobre un tipo de delincuencia especial que atenta contra la seguridad nacional de los Estados y causa la desestabilización del ordenamiento constitucional y político como el terrorismo, que es una amenaza transnacional hoy en día. Con estos argumentos, el Fiscal General finalizó su informe solicitando la declaratoria de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en los procesos acumulados al proceso 22-2007.

II. Expuestos los vicios de inconstitucionalidad alegados por los demandantes, los argumentos de la Asamblea Legislativa para desvirtuarlos, así como la opinión del Fiscal General de la República al respecto, es necesario (1.) depurar aquellos motivos de impugnación que no estén adecuadamente configurados y que, por ende, inhiben a esta Sala a emitir una decisión de fondo; y, finalmente (2.), indicar el orden lógico que seguirá este Tribunal para fundamentar su fallo. 1.

A. En reiterada jurisprudencia esta Sala ha sostenido que las inconstitucionalidades alegadas, además de configurar los elementos de la pretensión, deben guardar una relación de coherencia argumental con el contenido de las disposiciones impugnadas y de las constitucionales que servirán de parámetro. De manera que si no se establecen los términos de la violación necesarios y coherentes para pronunciarse al respecto, ni se explica suficientemente en qué sentido se verifica la contradicción 322 constitucional, esta Sala se encontraría imposibilitada de pronunciarse sobre el fondo del asunto. En ese orden de ideas, para que la pretensión de inconstitucionalidad se tenga por configurada, la parte actora debe exponer con claridad los argumentos lógicojurídicos que permitan identificar con nitidez en qué sentido el objeto de control contiene mandatos opuestos a las disposiciones constitucionales relacionadas como parámetros. De lo contrario, ante una argumentación deficiente no puede darse por configurada la pretensión de inconstitucionalidad.

B. En el presente caso, los demandantes del proceso de Inc. 96-2007 acumulado al presente, sostienen que el art. 4 letra i LECAT, resulta inconstitucional respecto de la frase “con independencia de cómo se hubieran obtenido”, ya que –según su argumentación– vulnera el derecho de propiedad.

C. Sin embargo, no se esgrime la argumentación necesaria a fin de reflejar la probable inobservancia de la disposición secundaria con la norma constitucional que sirve como parámetro de control. Al contrario, únicamente se menciona el art. 2 Cn. como parámetro de control sin efectuar contraste normativo alguno entre ambos preceptos. Por tales deficiencias, no puede ser examinado en esta sede y debe sobreseerse.

2. Con relación a los motivos de inconstitucionalidad alegados, esta Sala –con el propósito de efectuar un examen sistemático que evite una innecesaria repetición de conceptos– abordará de forma separada cada una de las disposiciones impugnadas de acuerdo al siguiente íter lógico: (III) la definición legal de “terrorismo” según la LECAT y su confrontación constitucional; (IV) la supuesta inobservancia del mandato de certeza derivado del principio constitucional de legalidad en algunos tipos penales impugnados; (V) analizar la incidencia de los listados brindados por organismos internacionales o acuerdos bilaterales en la materia de prohibición penal; (VI) lo relativo a las medidas de cooperación internacional y soberanía nacional; (VII) la supuesta inobservancia a los principios constitucionales de lesividad y culpabilidad en algunas figuras penales; (VIII) las consecuencias jurídicas previstas en los diferentes tipos con relación a los principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización; (IX) la regulación penal de la apología; así como (X) resolver lo relativo a la admisibilidad constitucional de determinados medios de investigación y prueba en estos delitos, y emitir el fallo que constitucionalmente corresponda.

III. 1. De acuerdo con los demandantes, el art. 1 LECAT define lo que debe entenderse por “terrorismo” –aun y cuando no se estipule como tal y requiera ponerse en relación con el nombre de la ley, así como con los arts. 5 letra m y 13 del referido cuerpo especial–; esto es cuando se trata de delitos que “...por su forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional”. Sin embargo, a criterio de los demandantes, tal descripción se muestra sumamente imprecisa y goza de tal vaguedad que pudieran lugar a una libre y extensa interpretación judicial de los hechos que pudieran resultar comprendidos en la definición apuntada, afectando con ello el principio de taxatividad penal así como la seguridad jurídica.

A. De inicio, conviene afirmar que, en la actualidad y dentro del marco del Derecho Internacional, no existe consenso acerca de qué debe entenderse por este tipo de criminalidad –terrorismo–, y ello es debido a su compleja naturaleza. Por ello, las regulaciones actuales a nivel global y regional, se enfocan primordialmente en regular aspectos específicos del fenómeno como suelen ser la pertenencia, colaboración o financiación de las organizaciones terroristas así como a configurar mecanismos de cooperación policial y judicial como los relativos a la extradición. Y aún, a uniformar a nivel internacional, la consideración de ciertos actos como terroristas. Dentro de este último rubro, a nivel internacional existen los siguientes tratados o convenios internacionales: la Convención de Tokio sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de Aeronaves (1963); el Convenio de La Haya sobre apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); la Convención de la ONU sobre protección del personal diplomático (1973); Convención sobre la prevención y castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas (1973); Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988) y el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988), entre otros.

B. A nivel doctrinario –por ejemplo–, es posible encontrar definiciones que realzan de forma particular el medio utilizado (explosivos, armas de destrucción masiva, etc.), el efecto causado (terror), las motivaciones (políticas, ideológicas, etc.), o de forma sincrética a todos estos elementos. Al efecto, basta estudiar las definiciones brindadas por un amplio sector doctrinario como: (a) todo acto cometido como parte de un método de lucha política que comporta el uso de violencia extrema contra personas inocentes; (b) el recurso a medios extremadamente violentos e ilegales en la lucha política; (c) utilización de medios que pueden causar estragos con el propósito de aterrorizar a un sector de la población con la finalidad de cambiar el sistema político imperante; o (d) actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas que, verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad y el orden públicos con fines políticos. C. Así, tanto las dificultades teóricas suscitadas en el Derecho Internacional como en las encontradas divergencias sobre el tema, permiten concluir que es en el Derecho interno donde caben más posibilidades de establecer una definición normativa del terrorismo que tome en cuenta sus actuales niveles organizativos, tácticos, armamentísticos y de financiación; de manera que su regulación en un Código Penal o en una Ley Especial no es per se inconstitucional. Por ende, la definición legal interna responde a una exigencia de los organismos internacionales en orden a su eficaz combate, como lo estableció la resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 3034 (XXVII), y que en su apartado 6 invitó a los Estados miembros “[a] tomar

todas las medidas apropiadas a nivel nacional en vista de la eliminación rápida y definitiva del problema”. En igual sentido, en el informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 22-X-2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “[l]a falta de una definición del terrorismo aceptada a escala internacional no significa que el terrorismo sea una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para que los Estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia”. Asimismo, la Comisión ha observado que el terrorismo puede ser perpetrado, a escala individual o colectiva, por una variedad de actores, incluyendo particulares o grupos, así como gobiernos, puede recurrir a distintos medios y grados de violencia, desde las meras amenazas concebidas para sembrar el pánico entre el público hasta las armas de destrucción masiva, y puede influir negativamente en una variedad de personas a quienes el derecho internacional acuerda protecciones particulares, como las mujeres, los niños y los refugiados. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha elaborado una definición práctica del terrorismo a los efectos de sus distintas resoluciones y declaraciones sobre medidas tendientes a la eliminación del terrorismo, a saber constituyen acciones terroristas: “los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”. Éstas y otras autoridades sugieren que los incidentes terroristas pueden describirse en términos de a) la naturaleza e identidad de quienes perpetran el terrorismo; b) la naturaleza e identidad de las víctimas del terrorismo; c) los objetivos del terrorismo y d) los medios empleados para perpetrar la violencia del terror” (Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, documento A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995, artículo 3).

D. En efecto, la regulación normativa del terrorismo resulta obligada y necesaria en cualquier país, pues este tipo de criminalidad recurre a formas extremas de violencia con un fin de intimidación social, pretendiendo legitimar con ello determinadas concepciones ideológicas, religiosas o políticas. Se recalca entonces que, prima facie, la criminalización del terrorismo en cualquier estatuto penal se muestra legítima desde la óptica constitucional. Por ello, es el legislador interno quien debe dictaminar normativamente los alcances básicos y últimos del término “terrorismo” de acuerdo con los lineamientos temporales y especiales que rigen en su nación y a sus circunstancias históricas –consideración del tiempo y lugar en que se da la regulación–, con una adecuada técnica legislativa y de forma respetuosa del marco constitucional e internacional. Desde tales directrices, y de acuerdo a su multiformidad criminológica, debe tenerse en cuenta sus diversas modalidades, métodos, objetivos y estructura asociativa, entre otros aspectos, para su correcta formulación legal y efectiva aplicación judicial.

E. Empero, como se advierte, tal formulación técnica –que puede ser efectuada en un Código Penal o en una ley especial– debe respetar el estándar fijado en la Constitución, e inspirarse en los principios fundamentales que ella recoge; ya que, al ser un fenómeno criminal, el terrorismo debe sujetarse a los mismos cánones de regulación penal que cualquier otra figura delictiva; eso sí, tomando en cuenta –a efectos penológicos– su indiscutible lesividad social y la clara tendencia subjetiva que acompaña al realizador de esta particular conducta delictiva –el móvil–. Es así que en este tema, las directrices informadoras del principio constitucional de legalidad en material penal –mandato de taxatividad, prohibición de la retroactividad desfavorable al encartado, reserva de ley y exclusión de la analogía como fuente creadora de delitos y de

consecuencias jurídicas— ejercen su proyección, tanto en la fase de elaboración legislativa como de aplicación judicial; y de igual manera, los principios de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización son de estricta observancia en ambas sedes. Tampoco puede desconocerse que las garantías consustanciales a un proceso penal de configuración constitucional —juicio previo y legalidad procesal, presunción de inocencia, ejercicio de la defensa técnica y material, prohibición del ne bis in idem, entre otras—, resultan igualmente aplicables en el tema en análisis —v. gr.: sentencias de 1-IV-2004 y 23-XII-2010, Incs. 52-2003 y 5-2001, respectivamente—.

F. No cabe duda entonces que esta grave forma de delincuencia Estado debe ser contrarrestada por el Estado mediante la utilización el Derecho Penal —entendido en un sentido amplio—; sin embargo, también cuenta con una obligación de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, para asegurar que su combate se encuentre sujeto a cánones de legalidad, racionalidad y proporcionalidad. En suma, el Estado debe prevenir y combatir el terrorismo utilizando, entre otros medios, las conminaciones penales y buscar mediante el proceso penal su efectiva aplicación; pero también debe proteger a cada uno de los miembros en general, 328 asegurándoles a todos los ciudadanos que su combate se libraré por medios estrictamente legítimos, jurídicos y controlables. A ello hace referencia el informe de la Comisión Interamericana anteriormente citado, cuando estipula en sus conclusiones, que los Estados miembros deberán tener en cuenta los compromisos pertinentes en virtud de todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos al aplicar sus iniciativas anti-terroristas.

2. A. Hechas las anteriores consideraciones, conviene analizar la pretensión supra relatada. Así, en varios artículos de la LECAT se sancionan expresamente conductas relativas al terrorismo; por ejemplo en sus artículos 8, 11, 13 y 29. Sin embargo, ninguno de estos artículos brinda una alguna definición —de manera detallada—. Por el contrario, únicamente existe definición con respecto a las organizaciones terroristas de acuerdo con la letra m del art. 4: “aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad o alarma entre la población de uno o varios países”.

B. Anotada tal salvedad, el demandante del proceso con referencia 22-2007 impugna específicamente el artículo 1 LECAT por considerar que constituye la definición legal del terrorismo, y sobre él funda sus argumentos, aún y cuando tal disposición en realidad, solamente especifica el objeto de la normativa. En ese sentido, considera que su dicción violenta claramente el principio de legalidad y la seguridad jurídica, pues para que “...exista una sanción la conducta debe adecuarse a una tipología y que esta (sic) debe poner en peligro bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación”. Adicionalmente, subrayó que “el castigo y sanción debe estar bien explícito en lo que se quiere proteger y definirse con claridad que (sic) es el delito que se castiga no generando en ningún momento espacio para la ambigüedad y la analogía, pues estos están totalmente prohibidos”.

C. Al respecto, conviene afirmar que en el presente caso, nos encontramos ante una disposición que no constituye un tipo penal, pues no posee consecuencia jurídica alguna; únicamente enuncia la finalidad y el alcance general que el instrumento normativo ahora controvertido ha de tener al momento de su vigencia. Desde tal consideración, el art. 1 LECAT se interpreta como un simple enunciado normativo. D. No obstante lo anterior, cabe también la posibilidad de entenderlo como una norma complementaria a todos los tipos penales contemplados a partir del artículo 5 y siguientes de la LECAT, en especial a todos aquellos que hagan mención del término terrorismo. En este último caso, y al cual parece referirse el demandante, los términos expresados en el art. 1 LECAT adquieren un sentido interpretativo decisivo cuando son puestos en integración con algunas figuras delictivas, las cuales requieren

ineludiblemente la concreción del término terrorismo para su aplicación, y ello sí habilita el examen constitucional conforme a los parámetros expresados en la demanda.

E. Desde esta perspectiva, puede entenderse que el art. 1 LECAT establece una noción legal de terrorismo, que pretende determinar el alcance aplicativo de la ley y complementa de igual manera cada uno de los tipos y demás disposiciones a los cuales necesariamente haya de remitirse tal término. Desde esta óptica, terrorismo implica aquellos “delitos (...) que por la forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional”.

3. De la anterior noción legal, se pueden observar tres elementos que ha tenido en cuenta el Legislativo para considerar una conducta como terrorismo: (a) la utilización de medios y métodos con amplia idoneidad para generar un terror colectivo; (b) que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales o materiales –estos últimos 330 de significativa consideración–; y (c) que resulte o pueda resultar afectado el sistema democrático, la seguridad del Estado o la paz internacional. Partiendo de tales elementos, conviene efectuar un estudio sobre la compatibilidad constitucional de la anterior formulación.

A. Inicialmente, la definición del art. 1 LECAT muestra su relación con aquellas formulaciones históricas que tomaron como criterio principal la utilización de medios susceptibles de provocar pánico en la población, como la brindada por la IV Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (convocada por la Sociedad de Naciones) celebrada en París en 1931: “...Cualquiera que, con el fin de aterrorizar a la población, haya hecho uso contra las personas o los bienes, de bombas, minas, máquinas o productos explosivos o incendiarios, armas de fuego u otros instrumentos mortales o destructivos o haya provocado o intentado provocar una epidemia, una epizootia u otra calamidad, interrumpido o intentado interrumpir un servicio público o de utilidad pública”. Adicionalmente, se muestra coincidente con otras caracterizaciones doctrinarias, que hacen hincapié en el uso de medios que produzcan estragos –terror colectivo– o en el ejercicio de la violencia indiscriminada contra las personas.

B. Tales ideas deben ser complementadas con aquellas postulaciones que realzan la importancia del móvil o la finalidad, y que permiten distinguirlo de otras formas de criminalidad convencional –v. gr. la criminalidad organizada mafiosa que persigue primordialmente una motivación netamente lucrativa–. En efecto, lo relevante en esta materia, además del uso sistemático, generalizado, organizado e indiscriminado de la violencia, es la consecución de una finalidad que puede ser intimidar a grandes sectores de la población, tomar el control de diversas partes del territorio, incidir en las decisiones que pueda efectuar los diferentes entes gubernamentales, paralizar la estructura económica de la nación, poner en riesgo el sistema de libertades comprendidos en la Constitución y afectar sensiblemente el 331 sistema democrático, poniendo en riesgo o afectando todo ello los derechos fundamentales de la población. Así por ejemplo, lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 16-XII-1987 –ref. 199-1987–, en la que ha señalado que “lo característico de la actividad terrorista resulta ser el propósito, o en todo caso, el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no queda excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública”. Con base en lo anterior, la disposición impugnada debe ser entendida conforme a tales elementos, en tanto que el terrorismo constituye el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes

jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, afectar el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Como se sostuvo en la sentencia de 19-XII-2012, Inc. 6-2009, “esta Sala es consciente que en los últimos años se ha producido un serio agravamiento en el ámbito de la criminalidad en el país y en la región. Así, frente a las actividades clásicas llevadas a cabo de forma individual, se observa el progresivo desarrollo de una criminalidad organizada, que en la actualidad representa un grave peligro para la seguridad de los derechos de la población”. Dicha criminalidad, se dijo, “está compuesta de grupos de personas que se encuentran en condiciones de actuar en los ámbitos políticos, institucionales y económicos del país, llegando su poder hasta condicionar negativamente a sectores enteros de la vida productiva. Tal situación es la que ha dado lugar a hablar de ‘crimen organizado’, ‘crimen organizado global’, ‘asociaciones criminales internacionales’ y otros términos para relacionar tal fenómeno”. Ante ello, “la potestad exclusiva del Estado de ejercer el uso de la fuerza conforme al marco constitucional, es desafiada por esos actores que intentan disputar el poder del Estado, logrando de forma progresiva mantener una presencia territorial en el país. Y es que, la aspiración de estos grupos llega hasta el control de las mismas instituciones que han sido encargadas de su combate mediante la corrupción y el soborno”.

En la referida sentencia se dijo 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”. En tal sentido, es procedente señalar que la misión tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal dentro de este ámbito, parten de la base de asegurar los valores fundamentales consensuados dentro del marco de la Constitución y el afianzamiento de la identidad normativa de la sociedad conforme la aplicación de la pena en aquellos casos en que se ha realizado un delito. Desde tal perspectiva, no resulta aceptable dentro del marco del respeto de la Constitución y la ley, la formulación de acuerdos de no persecución criminal o el establecimiento de alguna prerrogativa para dispensar la aplicación de las disposiciones jurídicas para quien las viole, pues ello pone en entredicho el mismo ordenamiento jurídico y el ejercicio de fidelidad al Derecho que todo funcionario y ciudadano debe tener en relación con este último. “En otras palabras, no resulta admisible desde las bases del Estado Constitucional de Derecho, el uso de mecanismos para-jurídicos que impliquen negociaciones con el crimen en general, y menos con el crimen organizado, bajo las condiciones de reducir los índices delincuenciales a cambio de beneficios que no encajan en el marco normativo penitenciario que informa la finalidad de la pena –art. 27 Cn.–; o a cambio de dejar sin efecto la vigencia y aplicación de la legislación penal”. El ordenamiento jurídico vigente ha proscrito por ley distintas organizaciones criminales, independientemente de la denominación que adopten, e incluso cuando éstas no asumieren ningún tipo de identidad. El art. 1 de la “Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”, al respecto establece que: “Son ilegales y quedan proscritas las llamadas pandillas o maras, tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla 18, Mara Máquina, Mara Mao Mao, y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra; por lo que se prohíbe la existencia, legalización, financiamiento y apoyo de las mismas”. Sin embargo, es un hecho notorio que las organizaciones criminales antes mencionadas, realizan dentro de su accionar, atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, incluidos contra las autoridades civiles, militares, policiales y penitenciarias; contra la propiedad, mediante la ejecución de delitos de extorsión a personas naturales o jurídicas; vulneraciones al derecho de todo ciudadano de residir en cualquier lugar del territorio, obligándoles a abandonar sus

residencias mediante amenazas; en contra del derecho a la educación, puesto que se obliga a la deserción de estudiantes, debido al temor de ser víctimas de aquellas organizaciones; contra el libre tránsito, debido a que hay zonas específicas donde ciertas personas no pueden circular, bajo riesgos de sufrir atentados a su vida o integridad; modifican la distribución territorial realizada por el Tribunal Supremo Electoral, máxima autoridad en la materia según el art. 208 Cn., para efectos del voto residencial, y lo adecuan a la distribución de los territorios según es controlada por ellos; paralizan el transporte público de pasajeros, incluso a nivel nacional y con frecuencia atacan contra la vida del personal de los servicios de transporte público; impiden la libre realización de actividades económicas y laborales de amplios sectores de la población; entre tantas acciones realizadas de manera sistemática, planificada y organizada. Por esto, son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado –v. gr., control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal–, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de “terroristas”, en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole. C. Lo anterior, permite distinguir del concepto de grupos terrorista a aquellas formas de violencia político-social de carácter espontáneo, que carecen de un uso sistemático y “racional” del terror como forma de expresión, y que se realizan mediante protestas callejeras, toma de edificios gubernamentales u otras formas de manifestación similares, con un fin netamente reivindicativo de sus derechos ante el Estado. En tales casos, en aquellas situaciones extremas que constituyan un evidente abuso del ejercicio de las libertades de expresión de asociación y reunión mediante el desarrollo de una violencia ocasional grave contra los bienes jurídicos y derechos fundamentales de terceros, queda comprendido dentro del ámbito de otros tipos penales o infracciones legales diferentes al terrorismo. En conclusión, y con base en los parámetros expuestos anteriormente, no puede reputarse inconstitucional la definición brindada por el art. 1 LECAT en relación con el terrorismo, ya que puede ser interpretada conforme al marco de valores y principios contemplados en la Constitución y el Derecho Internacional. Y por ende, se desestima la inconstitucionalidad en este punto de los arts. 1, 4 letra m, 8, 11, 13 y 29 LECAT. 335

4. Lo anteriormente afirmado, no impide que este Tribunal efectuó el análisis particularizado de algunos vocablos utilizados en la dicción del art. 1 LECAT, y que complementan los elementos esenciales de la noción legal de terrorismo, los cuales han sido impugnados por la supuesta inobservancia del mandato de certeza o determinación de las disposiciones penales. IV. Conviene examinar en este punto la inconstitucionalidad alegada respecto de la inobservancia al mandato de certeza en la formulación de las disposiciones penales, refiriéndonos primeramente a la definición de organización terrorista establecida en el inciso primero de la letra m del artículo 4 LECAT, controvertida por los demandantes de los procesos 42-2007 y 96-2007. Estos últimos, adicionalmente impugnaron el art. 8 LECAT, el cual utiliza tal término que posee una relación de conexidad con la letra m del referido artículo 4 LECAT. De igual forma, los demandantes del proceso 42-2007 establecen una supuesta vulneración del principio de Derecho penal de acto en lo relativo al art. 13 LECAT; si bien este último punto lo han planteado en el ámbito de una presunta violación al principio de culpabilidad, conviene analizarlo en este apartado pues el motivo de inconstitucionalidad está relacionado con la claridad en la tipicidad subjetiva en cuanto al dolo especial que reviste la conducta punible, lo que servirá para determinar si efectivamente se está en presencia de un derecho penal de acto –o que no atiende a consideraciones de dolo o culpa del sujeto–. Una vez resuelto este punto, y de

acuerdo con las consideraciones que serán expuestas, se efectuará el análisis de las demás disposiciones impugnadas por el mismo motivo de inconstitucionalidad. 1.

A. La disposición en referencia prescribe: “Organizaciones terroristas: Son aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna manera estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad o alarma entre la población de uno o varios países”. Los demandantes aducen, que en esta disposición se incurre en el uso repetitivo de expresiones similares y ambiguas, que pueden causar divergencias interpretativas en los aplicadores de la ley, lo cual resultaría violatorio del principio de legalidad y de la seguridad jurídica. En particular, se refieren a las expresiones: “cierta estructura”, “vínculos en alguna medida estables o permanentes”, “métodos violentos e inhumanos”, “infundir terror, inseguridad o alarma”.

B. Para resolver este punto, conviene exponer sucintamente la noción de seguridad jurídica sostenida por esta Sala como “...la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público” –Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99–. La misma presenta dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del Derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”.

C. En materia penal, la seguridad jurídica se desarrolla mediante el principio de legalidad. Su fundamento político criminal –Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003– reside en la salvaguarda no únicamente de la seguridad jurídica; sino además, en ser una garantía política del ciudadano de no ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido aceptadas previamente, evitando así los abusos de poder; para lo cual se exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas. 337 Bajo los referidos razonamientos, según la mencionada decisión, el principio de legalidad en materia penal persigue que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta si la prohibición es perceptible previamente y con la claridad suficiente. Es así, que sólo el carácter previo, claro y taxativo de la norma proporciona certeza a los individuos para orientar sus actos. Tal principio contiene cuatro garantías fundamentales: (a) una criminal, que exige que la conducta delictiva se encuentre estipulada en la ley; (b) una penal, que obliga a que la ley señale la pena que corresponda al hecho; (c) una de carácter jurisdiccional o procesal, que obliga a la existencia de un procedimiento penal de carácter previo y legalmente establecido para la determinación de la responsabilidad penal, y (d) una de ejecución, la cual requiere que el cumplimiento de una sanción penal se sujete a una normativa legal que la regule. Asimismo, el proceso de elaboración y aplicación de la norma, se ve influenciado de igual forma por este principio, en la medida que éste le impone las siguientes condiciones: (a) la ley penal material debe ser previa al hecho enjuiciado; (b) de igual forma debe ser emitida de forma exclusiva por el parlamento y bajo el carácter de ley formal; (c) los términos utilizados en la disposición normativa han de ser claros, precisos e inequívocos para el conocimiento de la generalidad, lo cual comprende un mandato de determinación o taxatividad que ha de inspirar la tarea del legisferante; (d) por último, la aplicación de la ley ha de ser en estricta concordancia con lo que en ella se ha plasmado, evitando comprender supuestos que no se enmarcan dentro de su tenor literal.

D. Particular atención merece el mandato de taxatividad y determinación de las normas penales, el cual impone que las leyes penales deben encontrarse redactadas de forma tan

precisa que su contenido y límites deben deducirse lo más exactamente posible del texto de la ley. En otras palabras, el mismo busca evitar la remisión judicial a conceptos generales indeterminados, el establecimiento de consecuencias jurídicas imprecisas o la aplicación de marcos penales difusos. 338 Al respecto, en la ya citada sentencia pronunciada por esta Sala en el proceso de Inc. 52-2003 se sostuvo: “[e]s muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras. Por tanto, el principio de legalidad incorpora una garantía de orden material que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables”. En igual sentido, se sostuvo en la sentencia de 23-XII-2010 –Inc. 5-2001– que las leyes penales deben estar redactadas de forma tan precisa que su contenido y límites deben deducirse lo más exactamente posible de la ley; evitando con ello el establecimiento de consecuencias jurídicas imprecisas o la aplicación de marcos penales difusos. Por ende, la imprescindible seguridad jurídica que debe existir en el ámbito penal, requiere de la vinculación del juez a las disposiciones cuyo contenido sea objetivamente reconocible de acuerdo con las reglas y métodos de interpretación aceptados –gramatical, histórica, lógico-sistemática, teleológica, integral–; pero también, en sentido negativo, evitar la analogía como fuente creadora de delitos o de circunstancias agravatorias.

2. Luego de las anteriores consideraciones y tomando en cuenta el presupuesto de certeza al que está obligado el legislador especialmente en la formulación de los tipos penales, corresponde precisar si los términos impugnados por los demandantes en este apartado cumplen con dicho presupuesto. Además, si respetan el principio constitucional relativo al Derecho Penal de acto respecto al art. 13 LECAT. A. Uno de los términos impugnados lo constituye el de organización terrorista comprendido en la letra m del art. 4 LECAT. 339

a. Resulta evidente que el ejercicio selectivo de la violencia en las actividades terroristas, requiere de la existencia de un colectivo de personas en las que exista una aceptación por parte de cada uno de los intervinientes a formar parte de una organización y que también apresten su anuencia a participar en los delitos ordenados por la cúpula que dirige. Por ende, la disposición analizada hace referencia a un delito de organización, es decir, aquellos en los que se castiga la creación de un sistema antijurídico compuesto por una variedad de personas, que da origen a una entidad autónoma y totalmente independiente de la capacidad individual de sus miembros. En otros términos, se crea una organización criminal como una institución o empresa dedicada a la consecución de fines delictivos y que es diferente a la mera suma de las personas físicas que persiguen unos objetivos comunes. Esta mera conformación de un sistema delictivo compuesto por diversas personas que se conciertan para llevar a cabo un fin delictivo, presenta una autonomía plena e independiente de los delitos que puedan ser cometidos –v. gr. homicidios, extorsiones, secuestros, etc.– Por ende, la agrupación criminal terrorista es un delito que atenta contra la seguridad del Estado y contra los derechos fundamentales de la población. Por lo tanto, se justifica que sea objeto de sanción penal no solo la consumación de hechos concretos constitutivos de terrorismo, sino también la simple pertenencia a esas organizaciones.

b. Lo expuesto no es absolutamente novedoso, ya que el delito de agrupaciones ilícitas contemplado en el art. 345 del C. Pn., castiga el simple formar parte de la misma. Y por otro lado, establece una regla concursal en el inciso último que dota de autonomía a dicho precepto con relación a otros delitos que puedan ser cometidos a través de la organización –“[e]l presente tipo penal se castigará en concurso con otros delitos”. 340 Sin embargo, la diferencia

entre las agrupaciones delictivas comunes contempladas en el art. 345 del C.Pn., con las estipuladas en el art. 13 LECAT, radica en su finalidad.

c. En este sentido, el castigo penal por la mera pertenencia a una organización –sea criminalidad organizada o terrorista– tiene como su fundamento político criminal no la peligrosidad subjetiva del agente –una variante de un Derecho penal de autor, como postulan los demandantes del proceso 42-2007–, sino porque el agente, al hacerse miembro de la organización criminal, manifiesta seriamente su disposición de cometer delitos y esa manifestación acumulada junto con las de los demás miembros reporta una perturbación social digna de ser inculpada por el Derecho Penal. De acuerdo con esto, el art. 13 de la LECAT cuenta con una justificación criminológica que ha sido tomada en cuenta por el legislador para el castigo de la simple pertenencia activa a una organización terrorista.

d. En cuanto a la impugnación relativa a que, dentro del precepto en estudio, existen conceptos de relativa precisión tales como “estructura”, “vínculos estables y permanentes”, “jerarquía y disciplina”, conforme lo expuesto en el apartado anterior; esta Sala afirma que los mismos pueden ser precisados conforme a un concepto normativo de organización terrorista. Así, el concepto de organización terrorista cuenta en su dimensión objetiva de las siguientes características: (a) se constituye en un grupo armado; (b) existe una vinculación y pertenencia de los integrantes como miembros o colaboradores activos de la organización; (c) existe una permanencia en el tiempo de la organización; y (d) cuenta con una estructura interna que puede ser, entre otros, de carácter jerárquicovertical y aún de carácter celular. Por otra parte, en su dimensión subjetiva debe perseguirse la finalidad de ocasionar temor o pánico entre la población, lo cual no necesariamente debe implicar el acceso o toma del poder político. 341 En conclusión, es posible determinar el significado de los conceptos utilizados en el art. 13 LECAT, de acuerdo con el contexto gramatical y normativo utilizado, y el estado actual de la dogmática penal relativa a los delitos de organización –Inc. 5- 2001, ya citada–.

e. En similar sentido, las expresiones utilizadas en el letra h art. 4 LECAT –“y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas que estén bajo su mando, control y responsabilidad oficiales”–; en el letra i del referido artículo –“tangibles o intangibles” e igualmente “con independencia de cómo se hubieran obtenido”–; en el letra l –“u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional”–; art. 6 –“instalaciones privadas”– y en el art. 9 –“simulare”– son términos normativos que pueden ser precisados conforme los cánones básicos de interpretación y de acuerdo al contexto gramatical y normativo en el cual han sido utilizados. Por tanto, no es posible considerar tales normas como inconstitucionales de acuerdo al parámetro de control propuesto por los demandantes. f. De igual forma, el término “urgente necesidad” que faculta a la Fiscalía General de la República para solicitar la medida cautelar contemplada en el art. 38 LECAT, puede ser claramente comprendido conforme a una simple interpretación gramatical y normativa. Esto es, como una “necesidad” o “falta apremiante” de recolectar elementos importantes en orden a la comprobación del delito y la determinación de los responsables así como para su eventual comiso.

B. De igual manera, podemos encontrarnos con conceptos que requieran una mayor complementación valorativa tales como “medios idóneos” o “métodos violentos o inhumanos” utilizados en la letra m del art. 4 LECAT. Estos términos, resultan admisibles constitucionalmente, en la medida que pueden ser concretados por parte de la jurisprudencia penal de acuerdo a una interpretación basada en el interés penalmente protegido, que en este caso son los bienes jurídicos afectados por la actuación terrorista. 342 En efecto, tal y como se sostuvo en la sentencia de 23-X-2013 –Inc. 19-2008–, resultan admisibles los conceptos que puedan ser determinables conforme una interpretación finalista del contexto gramatical utilizado y conforme al interés jurídicamente protegido –tradicionalmente denominada

interpretación teleológica—. Por ello, los siguientes términos también admiten una interpretación razonable conforme su contexto gramatical y el fin de protección que ha establecido el legislador: (a) art. 1 LECAT cuando hace referencia a los “bienes materiales de significativa consideración o importancia”; (b) art. 3 LECAT al señalar “[n]o se afectan los mencionados principios, cuando se realicen actividades policiales o de cualquier otro tipo”; (c) art. 4 letra d inciso segundo LECAT, cuando luego de una exhaustiva enumeración de los efectos del artefacto explosivo, estipula dentro del mismo concepto a cualquier “sustancia similar”; (d) el art. 6 LECAT cuando se castiga la toma de ciudades, poblados o edificios, empleando “armas, explosivos o artículos similares”; e igualmente en el art. 7 LECAT cuando señala “o sustancias de todo tipo”; (e) lo mismo acontece en el art. 14 LECAT cuando establece las frases: “o cualquier otro elemento de cuya investigación, diseño o combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita, o cualquier otra sustancia similar”; en el art. 15 LECAT: “utilizare, activare o detonare, un arma, artefacto o sustancia inflamable, asfixiante, tóxica o explosiva, arma de destrucción masiva, agentes químicos, biológicos o radiológicos o artículos similares”; en el 19 letra b cuando establece “perturbare de cualquier manera los servicios que allí se prestan”. Por ende, al admitir una interpretación conforme a la Constitución, resulta procedente descartar su impugnación.

3. Adicionalmente, es preciso señalar tres casos que requieren particular interés en el examen que efectúa esta Sala:

A. El primero está relacionado con la posible sobreabundancia de conceptos normativos, que puede expandir el ámbito de la correcta interpretación judicial de la materia de prohibición. En particular, cuando el art. 1 LECAT hace referencia al 343 efecto causado por las acciones terroristas, esto es de “alarma, temor o terror en la población”, y en relación con el letra m del art. 4 LECAT, que utiliza los términos “terror, inseguridad y alarma entre la población”. Puede advertirse en tales conceptos, que el legislador ha tomado en cuenta una característica esencial de la actividad terrorista, y es la situación de infundir un sentimiento colectivo de inseguridad social; lo cual es consecuencia del carácter sistemático, reiterado, e indiscriminado de esta forma de actividad criminal. Por ello, estamos en presencia de una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y en los que su difusión social lograda a causa del delito implica una forma de reconocimiento de sus pretensiones políticas e ideológicas. Y es a estos efectos de inseguridad colectiva a lo que hacen referencia los términos terror, inseguridad y alarma contra la población. En consecuencia, y a partir de la lectura de la noción legal de terrorismo efectuada en el romano III de la presente sentencia, conviene desestimar la pretensión de inconstitucionalidad de los términos “alarma” y “temor” utilizadas en el artículo 1 e “inseguridad” y “alarma” utilizadas en el letra m del artículo 4, ambas de la LECAT, ya que se tratan de conceptos que intentan caracterizar un resultado: la inseguridad colectiva producida por la actividad terrorista. B. El segundo punto que conviene tratar en esta sede, es el relativo al entendimiento del término “agente de una organización intergubernamental” el cual se utiliza en la letra n, número 2, del artículo 4 LECAT relativo a las personas internacionalmente protegidas, y el cual complementa el tipo penal establecido en el art. 5 LECAT. Tal disposición establece: “[c]ualquier representante o funcionario de un Estado o cualquier funcionario u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa”. 344 Es preciso advertir que en este caso, se ha efectuado una transcripción irreflexiva de la letra b del artículo 1.1 de la Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos del 14-XII-1973, y el cual utiliza la referida expresión; pero no se ha detallado legalmente, quienes quedarían comprendidos en ese rubro a efectos de

aplicación de la presente normativa, más que una somera referencia a las personas que conforme al Derecho internacional merecen una protección especial. En realidad, se trata de un concepto normativo que necesita obligadamente una ulterior concreción terminológica dentro del marco del Derecho Penal nacional, y es aquí donde el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a precisarlo en virtud de su indefinición, y no sólo plasmarlo irreflexivamente tal cual está en el instrumento internacional. En efecto, a partir de las exigencias constitucionales de la seguridad jurídica, resulta imprescindible acotar normativamente el amplio marco interpretativo, refiriéndose si podrían ser incluidos, entre otros: (a) a los agentes, miembros y personal de los cuerpos diplomáticos y consulares –más allá de una genérica mención del representante o funcionario–; (b) a los miembros y representantes de la Organización de la Naciones Unidas o de cualquiera de sus organismos; (c) a los personeros de distintas instituciones internacionales –como acontece con los agentes del Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo–; y por último, con referencia a los diversos grupos y asociaciones internacionales –sean ONG’s o no estos últimos– que prestan asistencia tanto a las actividades del Estado como de la sociedad civil en El Salvador. En conclusión, al formularse una disposición penal con un elemento indeterminado que no ha sido desarrollado plenamente por el legislador, conviene declarar la inconstitucionalidad del mismo, pero únicamente respecto de la frase “agente de una organización intergubernamental” contenido en el numeral 2 de letra n del art. 4 LECAT. 345 C. Por último, los postulantes de las diversas pretensiones incluidas en el proceso 42- 2007, controvirtieron entre otros motivos las letras a y c del art. 19 LECAT, así como respecto de las letras a y b del art. 26 del mismo cuerpo legal, los cuales utilizan el término “intimidación”. Los actores consideraron que tal término es ambiguo, teniendo una gran amplitud interpretativa que puede generar inseguridad jurídica. De inicio, resulta oportuno precisar que las normas controvertidas se refieren a los medios comisivos utilizados para atentar contra la seguridad de la aviación civil y aeropuertos o para el apoderamiento o control de una plataforma fija, esto es la violencia o la intimidación. A los mismos se hace referencia en varios tipos penales de la LECAT –v.gr. art. 20 letra a, art. 18 letra c, art. 17 letra c, entre otros–. En algunas ocasiones la ley distingue perfectamente entre ambos medios comisivos –violencia o de intimidación–; pero en otros casos –art. 20 letra a LECAT– el primero no es más que una manifestación o modalidad del segundo –violencia, o cualquier otra forma de intimidación–. La violencia es un concepto sumamente amplio desde un plano normativo y lo suficientemente omnicompreensivo para albergar las diferentes manifestaciones de toda aquella forma de constreñimiento hacia una persona a fin de doblegar su voluntad, sea de carácter físico –golpes, maltratos, etc.– o psíquico –amenazas, etc.– Por ello, es que suele hablarse de violencia física y violencia psíquica como formas esenciales, y aun de la violencia sobre las cosas u objetos como una derivación. Sin embargo, el ejercicio de la violencia psíquica suele caracterizarse como intimidación. En este sentido, el empleo de la intimidación supone necesariamente de la amenaza, lo cual la distingue de la violencia física. En otras palabras, intimidación equivale a amenazar. Desde esta óptica, podemos llegar al convencimiento, que el legislador salvadoreño ha querido hacer referencia tanto a la violencia física, esto es a la violencia corporal más o menos asimilable a la fuerza material sobre una persona, como a la intimidación como forma de violencia psíquica. Por ende, se trata de términos perfectamente precisables conforme al actual grado de desarrollo de los diversos criterios interpretativos y de la dogmática penal, pese a la inadecuada forma de conexión gramatical en que han sido reunidos en cada disposición; sin embargo, esto no constituye mérito suficiente para tacharlos de inconstitucionales. Al contrario, se trata de formas gramaticales inteligibles para cualquier operador técnico-jurídico del sistema penal. En consecuencia, la pretensión de inconstitucionalidad de tales términos debe ser desestimada.

V. 1 Otro de los puntos impugnados por los demandantes de los procesos 42-2007, 89-2007 y 96-2007, es el relativo a la incidencia de los listados de grupos terroristas en la normativa impugnada, particularmente en las disposiciones contempladas en los arts. 4 letra m inciso

segundo; 34 letra b; incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9° del art. 37 así como el 39 de la LECAT. En el primero de los procesos, se sostiene nuevamente la inobservancia del mandato de certeza en la determinación de los tipos penales y de otras normas relativas a la materia. En relación con el segundo proceso, los demandantes afirman que el principio de seguridad jurídica fue ignorado al diseñar las disposiciones citadas cuando se hace referencia a listados derivados de acuerdos internacionales o de organizaciones mundiales de las que El Salvador forme parte en el presente o a futuro. De esta forma –sostienen– puede establecerse a posteriori responsabilidad penal de los sujetos procesables bajo la LECAT, sin que antes se haya señalado claramente a qué listados se hace referencia, dejando abierta la posibilidad de un ejercicio arbitrario del poder público. Respecto a la tercera demanda, se sostiene que ello constituye una flagrante violación al principio de legalidad penal, en la medida que sólo una ley escrita, previa y ante todo emanada de la Asamblea Legislativa puede penalizar conductas. 347 A. Para resolver estas pretensiones, resulta procedente referirnos al sistema de fuentes en el Derecho Penal sustantivo y el principio de reserva de ley, específicamente a una de las importantes derivaciones que el principio constitucional de legalidad tiene en el ámbito del Derecho Penal material: el principio de tipicidad. En el ámbito de la formulación de tipos penales, es únicamente la ley emanada de un órgano con potestad constitucional –el Legislativo– la que puede constituirse en fuente de su producción (ley formal). En nuestro caso, la Asamblea Legislativa es quien ostenta esa habilitación constitucional para crear, modificar o derogar delitos y penas de acuerdo a lo establecido en el inciso 5° del art. 131 Cn. –[d]ecretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias–. Por ende, tanto la costumbre como los principios generales del Derecho y la jurisprudencia no pueden considerarse mecanismos de producción tanto de hechos punibles como de sanciones penales. B. Sin embargo, excepcionalmente, los preceptos penales emanados del órgano legislativo puede ser complementados por la actividad normativa de otros órganos estatales en aquellos casos donde la naturaleza del bien jurídico protegido y sus necesidades de tutela lo exijan. Y esto acontece en el caso de las leyes penales en blanco –sentencias de 29-VII-2009 y 3-X-2011, Incs. 92-2007 y 11-2007, respectivamente–. Las leyes penales en blanco son aquellas que remiten el complemento de un precepto penal a una disposición distinta cualquiera que sea su origen y ubicación de esta última. En efecto, tal y como se sostuvo en la Sentencia de 3-X-2011, Inc. 11-2007, la admisibilidad constitucional de esta técnica se sujeta a que el núcleo de la prohibición penal aparezca claramente detallado en el tipo y el reenvío al precepto extrapenal tenga un carácter expreso y netamente complementario. Aunque tradicionalmente se han considerado los preceptos de naturaleza administrativa como los propios para el uso de esta técnica legislativa, también deben 348 considerarse dentro de su contenido, aquellas complementaciones que se originan en el Derecho Penal Internacional; en particular, cuando existe un reconocimiento expreso por parte del Gobierno salvadoreño mediante la suscripción de un convenio bilateral o multinacional, o en aquellos casos en que derive de un pronunciamiento de un organismo internacional tales como los listados de grupos considerados como terroristas. Esto no es nuevo en el ordenamiento penal salvadoreño, ya que el art. 2 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, además de definir un concepto legal de drogas ilícitas, también comprende a todas aquellas sustancias que se encuentran comprendidas dentro de los convenios internacionales ratificados por El Salvador. C. Por lo anterior, la inclusión de los listados de grupos terroristas emanados de organismos o convenios internacionales dentro de los diferentes artículos de la LECAT, tales como los derivados de la Organización de las Naciones Unidas –en este caso del Consejo de Seguridad u otros– como de los formulados por entidades regionales –v. gr. OEA– como es el caso del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), u otros que deriven de acuerdos bilaterales o multilaterales entre países, no es per se inconstitucional, ya que su inclusión en el Derecho nacional es necesaria conforme al carácter global que reporta la actividad del terrorismo en la actualidad. De ahí que debe descartarse la impugnación relativa a la supuesta vulneración al

principio de legalidad de los arts. 4 letra m inciso segundo; 34 letra b; incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9° del art. 37 así como el 39, todos de la LECAT.

2. A. Otro punto relacionado con lo anterior y que conviene tratarlo aquí es el relativo al contenido del inc. final del art. 37 LECAT, el cual establece que “cualquier persona con un interés legítimo sobre bienes retenidos o inmovilizados conforme a lo preceptuado en este artículo, podrá solicitar al tribunal competente que disponga la liberación de los mismos, si acredita que no tiene relación alguna con la o las 349 personas referidas en el presente artículo”. Es decir, que no tiene relación alguna con las personas u organizaciones que aparezcan en los listados elaborados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – “actuando en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas”– o de algún otro tipo según lo establece el inc. 3° del referido artículo –“o por cualquiera otra organización internacional de la cual el país sea miembro”–.

B. Los suscriptores de la demanda 42-2007, consideran que el referido precepto vulnera de la presunción de inocencia contemplada en el art. 12 de la Constitución. De inicio, es procedente señalar que los listados internacionales de personas u organizaciones de connotación terrorista, si bien pueden ser elementos necesarios para dictar una medida cautelar como el congelamiento de fondos, no son suficientes; sino que además, la imposición de tal medida debe encontrarse amparada en los resultados obtenidos en una investigación penal, la cual debe arrojar un saldo de probabilidad positivo de la relación entre éstos y los presuntos implicados como miembros, colaboradores o jefes de una organización delictiva. Así, la petición que la Fiscalía General de la República efectúe en este sentido, no sólo ha de comprender la mención de un nombre contenido en un listado, como pudiera interpretarse erróneamente del texto del art. 37 LECAT; sino que debe existir una mínima actividad probatoria que lo corrobore positivamente, tal como lo exige el art. 75 C. Pr. Pn.

C. En relación con el inciso final del art. 37 LECAT, este precepto admite una interpretación conforme, ya que hace referencia a terceros que ostentan un interés legítimo sobre bienes retenidos o inmovilizados –como lo pueden ser los adquirentes de buena fe de bienes inmuebles por ejemplo– que aparezcan relacionados de forma errónea con su pertenencia o colaboración con grupos terroristas internacionales. Por ende, el precepto plantea un procedimiento para que “cualquier persona” que se vea afectada por los órganos de la justicia penal en lo relativo al congelamiento de 350 fondos, derechos y bienes en la aplicación de la LECAT, pueda reclamar –mediante de la actividad probatoria pertinente– su liberación. En consecuencia, debe desestimarse también la pretensión en este punto. VI. Los demandantes del proceso 42-2007 han impugnado los arts. 2, 3 y 38 LECAT por contrariar el art. 83 Cn. Al respecto afirmaron que el art 2 LECAT ordena que esta normativa debe ser aplicada a cualquier persona “aún en lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña”, lo cual implicaría someter a los extranjeros a la jurisdicción nacional. Adicionalmente argumentaron que el art. 3 permite la violación a nuestra soberanía interna, ya que somete a toda persona que se encuentre en territorio salvadoreño “a la arbitrariedad de funcionarios y autoridades de otros Estados”. Y por último, que el art. 38 LECAT concede facultades omnipotentes nacional e internacionalmente a la Fiscalía General de la República, pues ordena a otros Estados a que se sometan a la autoridad salvadoreña violando todo el orden jurídico internacional. Previo a analizar y resolver tales argumentos, resulta necesario exponer el contenido normativo del art. 83 Cn., relacionado con los motivos de impugnación ahora examinados, para luego tener en cuenta las reglas generales relativas al ámbito de la aplicación de la ley penal en el espacio.

A. En sentencia de 7-IX-1999, Inc. 3-91, se sostuvo que la soberanía es el poder originario y superior de una comunidad política; precisamente, esas cualidades son las notas esenciales a dicho poder, en tanto que no depende de otro y se impone a todos los demás existentes en el ámbito territorial en el que se asienta dicha comunidad. Sin embargo, en la actualidad, la

soberanía debe matizarse y compaginarse con una realidad evidente: los Estados ya no pueden ejercer su actividad aisladamente de la comunidad internacional, por lo cual necesariamente deben establecer relaciones de diverso tipo con otros sujetos de Derecho internacional. En ese sentido, el análisis jurídico de la soberanía, parte de dos perspectivas: la externa y la interna. Desde la perspectiva externa, la soberanía estatal implica la independencia frente a otros poderes externos, es decir, que dentro del territorio de una nación no pueden ejercerse competencias jurídicas independientes de otro Estado; se afirma con ello que el poder soberano es excluyente. En esta dimensión, el principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado adquiere especial relevancia, pues a nivel de Derecho Internacional, la soberanía comprende la plena e igual capacidad jurídica y de acción de todas las naciones para crear obligaciones internacionales, a lo cual responde el carácter coordinador del Derecho Internacional. En ese contexto, en el que se sitúa el Estado ante la Comunidad Internacional, la asunción de obligaciones internacionales no significa per se una limitación a su soberanía. Efectivamente, en tanto una Constitución prevé que el Estado, a través de los funcionarios legitimados para ello, pueda asumir de forma voluntaria obligaciones internacionales, se está ejerciendo la faceta externa de la soberanía y no limitándola, pues el pueblo –a cuyo servicio se encuentra este atributo– así lo ha decidido libremente y lo ha expresado en la norma jurídica de máximo rango. Por ende, dentro de la Comunidad Internacional y en ejercicio de la soberanía externa, es partícipe y receptor de las aspiraciones que en la misma se generan. Efectivamente, dentro de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, se reconocen las obligaciones internacionales para la salvaguarda del ser humano; tarea que requiere la combinación de normas internacionales y de normas internas.

B. En la actualidad, la promoción y la protección de los derechos es una de las prioridades de la Comunidad Internacional, en tanto que se encuadran en la estructura jurídica más relevante en el ordenamiento internacional, a partir de los principios de solidaridad y de protección de los derechos fundamentales en su conjunto. 352 Ello entraña como consecuencia relevante, que la obligación internacional de promover y respetar la dignidad y los derechos de las personas es de carácter general; y es que tales derechos, en suma, no sólo ofrecen una dimensión subjetiva, como derechos de los individuos frente a los entes estatales; sino también, desde una dimensión objetiva, aseguran el orden y la paz social en la Comunidad Internacional. Así, la protección internacional de los derechos ha supuesto un profundo cambio en la visión de la soberanía ante el Derecho Internacional, pues basta tener presente la obligación de asegurar el respeto de los derechos tanto a nacionales como a extranjeros; lo que implica unos efectos directos sobre la concepción internacional del Estado, en tanto que esas obligaciones de protección y respeto de los derechos de la persona, correlativamente constituyen una especie de legitimidad del Estado en el orden Internacional. En aras de ese interés fundamental a la Comunidad Internacional, ésta ha considerado pertinente el establecimiento, no solo de la responsabilidad de los Estados, sino además de la responsabilidad penal de los individuos por violaciones graves a los derechos de la persona a través del Derecho Penal Internacional.

2. Existen al menos cuatro principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio, estos son: (i) territorialidad; (ii) nacionalidad o personalidad; (iii) real o de defensa; y (iv) jurisdicción universal. 3. Bajo tales principios, y en consonancia con las reglas establecidas en el Código Penal, debe ser entendido el art. 2 LECAT que expresa: “[e]sta ley se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República o en los lugares sometidos a su jurisdicción”. En efecto, tal artículo establece como criterio fundamental el de territorialidad, según el cual la LECAT se aplica a todo aquel hecho punible que se haya iniciado, ejecutado o concluido –en todo o en parte– dentro de la circunscripción territorial salvadoreña o en cualquiera de los lugares sometidos a su jurisdicción, 353 comprendiendo de esta forma los delitos a distancia, los continuados y los permanentes. Por tanto, se trata de una regla legal válida, que permite el juzgamiento del hecho punible en cualquier lugar donde se haya

desenvuelto su recorrido criminal, evitando con ello las posibilidades de impunidad. Esta regla resulta confirmada por lo que señala nuestro Código Penal en su artículo 12 inciso tercero: “[e]l hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente la actividad delictuosa”. En conclusión, ya que la extraterritorialidad de la Ley Penal salvadoreña a los ciudadanos de otro Estado no implica una vulneración al art. 83 Cn., conviene desestimar la pretensión efectuada en este sentido por los demandantes.

4. A. En relación con el art. 3 LECAT, de su simple tenor se desprende una habilitación legal para efectuar actividades de cooperación internacional en materia de prevención y represión de las diversas modalidades de terrorismo, siempre y cuando exista de forma previa un acuerdo para tales efectos. B. Desde el momento en que se realizan operaciones de forma conjunta, todos aquellos miembros de los organismos extranjeros que colaboren con las autoridades salvadoreñas –a excepción de encontrarse revestidos por alguna forma de inmunidad–, se encuentran sujetos al ámbito de aplicación de la ley penal salvadoreña conforme se ha expuesto en lo relativo al principio de territorialidad; como también al irrestricto respeto de las instituciones nacionales, en particular de aquellas encargadas de la averiguación del delito. De igual forma, el desarrollo de las pesquisas pertinentes no puede apartarse de los principios de actuación y control que rigen a los diversos organismos policiales, fiscales y judiciales de la nación salvadoreña. Por consiguiente, resulta inadecuado el razonamiento expuesto por los demandantes. Y es que, en una materia tan grave y 354 expansiva a nivel mundial como el terrorismo, se requiere una alta cooperación entre los diversos Estados, para el juzgamiento en esta clase de delitos.

C. Existe una serie de instrumentos internacionales que preceptúan la cooperación entre naciones en este ámbito; entre ellos la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional (Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Washington, DC, el 2-II-1971, Ratificada por la República de El Salvador mediante Decreto Legislativo n° 76, de 17-VIII-1972, publicado en el Diario Oficial n° 156, Tomo 236, de 24-VIII-1972), que estipula en su artículo 8: “[c]on el fin de cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las siguientes obligaciones: (a) Tomar las medidas a su alcance, en armonía con sus propias leyes para prevenir e impedir en sus respectivos territorios la preparación de los delitos mencionados en el artículo 2, y que vayan a ser ejecutados en el territorio de otro Estado contratante; (b) Intercambiar informaciones y considerar las medidas administrativas eficaces para la protección de las personas a que se refiere el artículo 2 de esta Convención; y (...) (e) Cumplimentar en la forma más expedita los exhortos en relación con los hechos delictivos previstos en esta Convención”. Igualmente, tal imperativo se repite en el art. 13 Convenio sobre Infracciones y Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, emitido en Tokio en 14-IX-1963, (que, de acuerdo con la Organización de Aviación Civil Internacional, Organismo especializado de las Naciones Unidas, fue ratificado por la República de El Salvador el 13-II-1980), art. 10 Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, emitido en La Haya el 16-XII-1970 (de acuerdo con la Organización de Aviación Civil Internacional también fue ratificado por la República de El Salvador el 16-I-1973); y el art. 7.3 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos –Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 355 resolución 3166 (XXVIII), de 14-XII-1973, ratificada por El Salvador Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno n° 250, de 27-V-1980, publicado en el Diario Oficial n° 102, Tomo 267, de 2-VI-1980–, entre otros. Lo anterior también tiene concordancia con lo expuesto en el art. 78 C.Pr.Pn. que estipula: “[s]i las conductas delictivas se realizan, total o parcialmente, fuera del territorio nacional o se imputa a personas vinculadas a organizaciones de carácter internacional, la

Fiscalía General de la República podrá estructurar equipos de investigación conjunta con instituciones extranjeras o internacionales. En todo caso, los acuerdos de investigación conjunta deberán ser autorizados y supervisados por el Fiscal General de la República. (...) Cuando se trate de delitos que revistan carácter internacional, la Fiscalía General de la República podrá formar parte de la comisión internacional e interinstitucional destinada a colaborar en la investigación". En razón de lo anterior, corresponde rechazar el argumento esgrimido por los demandantes del proceso 42-2007, en la medida en que tales actividades de indagación no constituyen una lesión a la soberanía nacional, ya que requerirán siempre la anuencia y control del Estado salvadoreño. 5. Por último, se analiza el art. 38 LECAT, el cual a tenor de los demandantes otorga facultades extraterritoriales a la Fiscalía General de la República. En realidad, el marco de actuación procesal de dicha institución –conforme lo señala también el Código Procesal Penal– resulta fijado igualmente por el principio de territorialidad. Y esto lo estipula claramente el art. 38 LECAT: “[l]a Fiscalía General de la República, en casos de urgente necesidad, o el tribunal competente podrán ordenar la incautación o embargo preventivo de bienes, productos o instrumentos situados en su jurisdicción territorial (...)”. En su defecto, y en el caso de resultar necesaria la investigación de un hecho delictivo en otro país o la necesidad de adopción de alguna medida cautelar concerniente al accionar de grupos terroristas, necesariamente el organismo acusatorio deberá ponerse en contacto con organismos respectivos de dicho país y requerir su apoyo de acuerdo con las estipulaciones jurídico-legales del mismo. Y este es el sentido, expuesto en el inciso segundo del art. 38 LECAT: “[a]simismo, a petición de la Fiscalía General de la República, podrá requerir a las autoridades competentes de otros países la adopción de las medidas encaminadas a la identificación, localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos relacionados con las actividades delictivas preventivas previstas en la presente Ley, con miras a un eventual comiso”. Por otra parte, y desde una interpretación sistemática del artículo impugnado, ambos incisos conducen igualmente a una tercera conclusión: y es que, en aquellos actos de terrorismo cometidos en el extranjero, en los que resulte factible ordenar alguna medida de coerción procesal respecto de bienes o personas en El Salvador, tal medida únicamente podrá postularse ante los tribunales salvadoreños por medio de la Fiscalía General de la República, que es la entidad constitucionalmente encargada del ejercicio de la acción penal, así como de la investigación del delito (art. 193 ords. 3° y 4° Cn); y ello, con base a un requerimiento o solicitud emitida por las autoridades gubernamentales de la nación interesada. Es así que, de las tres hipótesis enunciadas –(a) la FGR conoce de los delitos de la LECAT cometidos en El Salvador; (b) pide colaboración a las autoridades de otros países cuando se requiere la investigación de actuaciones terroristas acaecidas en El Salvador, pero que han sido planificadas, ejecutadas o concluidas en otro; o si, (c) se postula y solicita ante los tribunales nacionales, peticiones emanadas de los organismos de investigación del delito de otros países relativas a las medidas de coerción real– ninguna supone una violación a la soberanía de la nación salvadoreña, ni la de otros países; por tanto, tampoco es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 38 LECAT por el motivo esgrimido por los demandantes. Recapitulando, procede declarar que los arts. 2, 3 y 38 de la LECAT no contravienen el precepto contemplado en el art. 83 Cn., en la medida que constituyen el desarrollo 357 de los principios básicos que rigen la aplicación de la ley penal y procesal penal en el espacio. VII. Los demandantes del proceso 42-2007, han solicitado a este tribunal que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 5, 6, 7, 8, 9, 17 letra b, 18 letra f, 26 inciso final, 27 inciso primero, 29 y 31 de la LECAT por contrariar el principio constitucional de lesividad de las infracciones penales. De igual forma atacan los arts. 6, 8, 9, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 26 y 29 LECAT por no establecer el móvil o intencionalidad, sino que únicamente se castiga por el resultado, violando con ello, el principio de culpabilidad. Para resolver tales puntos, corresponde analizar: (1) los alcances constitucionales de los principios de culpabilidad y lesividad en la estricta materia penal sustantiva, y luego ordenar (2) los referidos artículos de

acuerdo a cada motivo de impugnación. Salvo el art. 8 LECAT, sobre el cual se analizará por separado su constitucionalidad en el Considerando IX de esta sentencia.

1. A. La función básica del *ius puniendi* estatal es la protección de bienes jurídicos frente a los ataques que puedan lesionarlos o ponerlos en peligro. Desde esta óptica, los bienes jurídicos son definidos como aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia de la persona y su libre desarrollo dentro del marco de un sistema social. B. En la sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, se han definido como aquellos presupuestos imprescindibles para la existencia en común, y que son objeto de protección estatal por cuanto se encuentran relacionados con el marco de un Estado Constitucional de Derecho, el cual adopta a la dignidad, libertad e igualdad de la persona como valores fundamentales. Conforme a lo anterior, si las consecuencias jurídicas del delito –como la pena privativa de libertad– afectan bienes dotados de amplia relevancia constitucional, 358 parece claro que su privación sólo puede efectuarse si la causa que la determina es la defensa de un bien de, al menos, análoga significación constitucional.

2. A. Por otra parte, el principio de culpabilidad, constituye un axioma indiscutible en el Derecho Penal moderno, y uno de los pilares esenciales del Derecho sancionatorio en general. Además de ello, la doctrina penal dominante lo considera un límite a tomar en cuenta en cualquier formulación político-criminal. En ese orden, este Tribunal, en decisiones como la Inc. 52-2003 ya citada, afirmó en el considerando que “sólo las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona –y no a su apariencia, actitud o características antropológicas, expresables con términos indeterminables objetivamente–, son verificables ante el juez de manera precisa y prescribibles taxativamente por el legislador como elementos constitutivos del delito en el sentido exigido por la Constitución”. Igualmente, la imputación subjetiva significa tomar en consideración las condiciones psíquicas del autor, y determinar en qué grado le es atribuible el hecho cometido. Es este sentido, debe entenderse lo estipulado en el art. 4 del Código Penal, cuando se afirma: “[p]or consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva (...). La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto”. La producción “objetiva” de un determinado resultado lesivo para los bienes jurídicos no es suficiente para que el autor que ha producido el resultado pueda ser sancionado con una pena: es necesario, además, y como mínimo, que ese resultado haya sido querido por el autor (haya sido causado con dolo), o fuera al menos previsible para él (haya sido causado negligentemente, por culpa o imprudencia). Si el autor ha causado el resultado sin quererlo y, además, sin poderlo prever (fortuitamente), su comportamiento no podrá ser penado, lo cual se determinará en cada caso concreto. 359 3. En primer lugar se tratarán aquellas impugnaciones relativas al principio de lesividad. A. Como se ha expuesto en líneas anteriores, la lesividad u ofensividad supone la exteriorización de una acción que desencadena una efectiva lesión de un bien jurídico o al menos una exposición concreta o abstracta al peligro. En tales términos se expresa el art. 3 del C.Pn. “[n]o podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”. En consecuencia, los puntos obligados de referencia para el legislador en la formulación de los tipos son claros: la lesión o el peligro de aquellos valores esenciales de la comunidad, los cuales han sido elevados al rango de protección penal. Desde esta óptica, el daño, como culminación exitosa de todo el proceso ejecutivo del delito, puede ser asimilable gramaticalmente al término lesión y en similares términos el de destrucción o intervención, y todos ellos pueden ser entendidos en su acepción más simple como el menoscabo o deterioro disvalioso que sufre el bien jurídico, y que en muchos casos supone su irreversibilidad. Así, las disposiciones contempladas en los arts. 17 letra b y 18 letra f de la LECAT, que hacen referencia a que la acción delictiva dañe total o parcialmente las instalaciones portuarias o destruya un buque o su carga, están castigando efectivamente la producción de un daño material pero también su

intencionalidad. Por lo anterior, tales normas se encuentran en consonancia con el principio de lesividad, y no pueden considerarse inconstitucionales.

B. a. Con la lesión como real incidencia de afectación sobre un bien jurídico, el segundo grado admisible constitucionalmente para castigar una conducta criminal es el de peligro, el cual puede ser entendido como una proximidad latente de lesión. 360 Desde esta óptica, resultan constitucionalmente admisibles todas aquellas conductas típicas que supongan en un sentido objetivo la probable producción de un menoscabo a un bien jurídico, suponiendo entonces, una cierta aptitud o idoneidad para generar un resultado; quedando descartadas todas aquellas regulaciones de conductas inocuas o insignificantes. Por ello, en disposiciones como la contemplada en el art. 7 de la LECAT, relativa a la acción de adulterar medicamentos y productos destinados al consumo humano –el cual constituye un delito de peligro abstracto–, es fácilmente comprobable vía judicial –y conforme a cualquier regla básica de la experiencia– la aptitud o idoneidad abstracta de la conducta para generar una situación de peligrosidad, y por ello no puede reputarse inconstitucional.

b. En similares términos, de acuerdo a lo estipulado en el art. 6 de la LECAT, la intervención en tomas y ocupaciones armadas –totales o parciales– de ciudades, poblados, edificios o instalaciones públicas o privadas, en razón de los medios empleados –armas y explosivos– reporta un peligro potencial a quienes en ese momento se reúnen o asisten a tales centros, en suma a una colectividad indeterminada de personas, más allá de la difusa dicción relativa “al normal desarrollo de las funciones u actividades de los habitantes”. Por estas razones, la plasmación efectuada en la LECAT es coherente incluso con lo estipulado en el art 7 de la Constitución, ya que el derecho a la libertad de reunión tiene un límite sumamente claro, el que la reunión o concentración se realice de forma pacífica y sin armas. Por tanto, estamos ante un derecho fundamental cuyo ejercicio se encuentra limitado por el mismo texto constitucional por razones obvias: el mantenimiento de la seguridad de todos los integrantes de la sociedad, del orden público y de los derechos fundamentales de la población, y en particular, de aquellos que se encuentren cercanos o inmersos al evento asociativo. 361 c. En relación con la misma figura, los demandantes del proceso 42-2007, han argumentado que ella es también violatoria del principio de culpabilidad, pues “no se establece cual es el móvil o intencionalidad (dolo)”. El dolo en este caso, radica en el conocimiento de que se está tomando parte en la ocupación “armada” de una ciudad, poblado, edificio o instalación privada; y que tiene voluntad de participar en la misma. En consecuencia, estamos en presencia de una figura eminentemente dolosa, y adecuada a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad. Por ello, no puede reputarse inconstitucional. Hechas las anteriores consideraciones, no existen en los arts. 6 y 7 de la LECAT, las inobservancias a los principios constitucionales de lesividad y culpabilidad alegados, haciendo mención que la primera norma citada deberá ser entendida bajo la interpretación restrictiva efectuada anteriormente. C. Otro de los puntos relacionados por los demandantes de los procesos 42-2007, 89- 2007 y 96-2007, tiene como referencia, la conducta regulada en el art. 5 LECAT, la cual impone una sanción penal al “que ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad de una persona internacionalmente protegida, de los Presidentes de los tres órganos del Estado o quienes hagan sus veces y de los demás funcionarios públicos o autoridades públicas; o contra sus familiares que habiten en su casa, cuando dichos actos hubieren sido cometidos en razón de las funciones del cargo o actividades que esas personas ejercieren”. En este sentido, señala la argumentación de los postulantes del proceso 42-2007, que no se establecen los criterios de lesividad. Y es así que –afirman– por insignificante que parezca, cualquier conducta merecería una pena proporcionada. En igualdad de términos, los ciudadanos Cuellar Martínez y Morales Sánchez –demanda 89-2007–, argumentan que la referida disposición no establece los medios o métodos de realización necesarios para que en ese acto se ponga en evidencia la intención de causar terror. Precisando, se trata en realidad de una disposición que tiene como base una justificación

histórica, y cuya relación interpretativa descansa tanto en los elementos 362 esenciales de la noción de terrorismo brindada en el art. 1 LECAT, como en las conductas reguladas en el Código Penal.

Así, en la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluso los Agentes Diplomáticos de 1973 –ya citada– obliga a los Estados suscriptores a incorporar en su legislación penal interna cualquier atentado enumerado en su artículo 2.1. –homicidio, secuestro, u otro atentado contra la integridad física o la libertad– contra un Jefe de Estado, incluso miembros de un órgano colegiado, un jefe de gobierno, un ministro de relaciones exteriores, cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial. De modo que contemplar estos hechos en el Código Penal o en una ley penal especial resulta justificado, por la magnitud y repercusión que tienen en una nación.

D. Ahora bien, la formulación del art. 5 LECAT debe ponerse en consonancia con la noción de terrorismo, es decir, como un acto sistemático y programado que tiene como objetivo, entre otros, la ruptura del sistema democrático y del orden constitucional y la afectación de los derechos fundamentales de las personas. Por ende, no podrían quedar comprendidos dentro de la norma aquellos hechos carentes de tal finalidad. De igual manera, y en cuanto a la supuesta violación al principio de legalidad esgrimida por los actores del proceso 96-2007, debe entenderse que la interpretación de la disposición impugnada, requerirá su integración con diferentes disposiciones del Código Penal. Así, cuando el art. 5 de la LECAT enuncia un “acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad”, se refiere a tipos penales como el homicidio, lesiones, privación de libertad, secuestro, amenazas, coacciones y otros referidos a bienes jurídicos de carácter individual. 363 Por todo lo anterior, y existiendo razones sistemáticas que brindan un sustrato coherente con la disposición, no es posible declarar la inconstitucionalidad de la disposición relacionada. E. En relación con la figura regulada en el inciso primero del art. 27 LECAT, y al cual se le ha refutado su carencia de bien jurídico así como de lesividad; es necesario establecer que estamos en presencia de una figura calificada del delito de amenazas contemplado en el Código Penal en su artículo 154, y del cual son predicables todas las consideraciones efectuadas por la doctrina; en especial, que el bien jurídico tutelado tiene dos facetas: la seguridad, entendida en sentido subjetivo de tranquilidad, así como la incidencia que la amenaza comporta a la libertad individual de actuación. Por ello, la conducta típica en este delito, tiene como base la expresión de un mal futuro, injusto, determinado, posible, y el cual debe ser susceptible de producir intimidación. En el caso sub iudice, tales razonamientos realzan la necesidad de tipificación cuando se trata de hechos que comportan indiscutible gravedad como los estipulados en la LECAT, y cuya expresión de su cometimiento inminente pueden generar un estado de terror e incertidumbre en la ciudadanía, de acuerdo con la definición de terrorismo ya apuntada. Y es que, en realidad, no puede tratarse de un delito de lesión, pues es una clara figura de peligro abstracto, donde lo esencial es analizar su aptitud para generar un desconcierto social, y lograr los fines ya apuntados. Por ello, queda sujeto a examen judicial la comprobación de la virtualidad o idoneidad de la conductas sometidas a su conocimiento a efectos de aplicar el presente tipo, conforme al principio de lesividad; debiendo ser descartados aquellos hechos que ni siquiera supongan peligro alguno para los miembros de la sociedad –principio de insignificancia–. Por otra parte, y atención a la impugnación de esta norma efectuada por los demandantes del proceso 96-2007, si bien el vocablo “por cualquier medio” utilizado en el contenido de la norma, puede caracterizarse por una relativa indeterminación; 364 esto puede ser solventado por medio de una interpretación finalista y contextual del precepto, esto es, que se haga uso de algún medio de difusión para expresar la amenaza, lo cual es consustancial al modo de operar de este tipo de criminalidad no convencional. Por lo anterior, no puede declararse inconstitucional, el inc. 1° del art. 27 de la LECAT.

F. En este apartado, se analizará la pretensión de inconstitucionalidad efectuada al supuesto de hecho contemplado en el art. 29 LECAT, el cual literalmente dice: “[e]l que por cualquier medio, directa o indirectamente, proporcionare, recolectare, transportare, proveyere o tuviere en su poder fondos o tratare de proporcionarlos o recolectarlos, dispensare o tratare de dispensar servicios financieros u otros servicios con la intención de que se utilicen, total o parcialmente para cometer cualquiera de las conductas delictivas comprendidas en la presente ley (...) En igual sanción incurrirá el que, directa o indirectamente, pusiere fondos, recursos financieros o materiales u otros servicios financieros o conexos de cualquier otra índole, a disposición de persona o en entidad que los destine a la comisión de alguno de los delitos previstos en esta Ley”. Sostienen los demandantes del proceso 42-2007, que en dicha disposición no se establecen criterios de lesividad, pues cualquier conducta –incluso insignificante– enfrentaría la elevada amenaza penal estipulada en el mismo. Además, no se establece el nivel de involucramiento del sujeto activo, bastando su mera participación. Adicionalmente, subrayan que se violenta el principio de culpabilidad, en la medida que se sanciona una conducta que escapa del control del sujeto activo del tipo, y donde existe una total ausencia del dolo por parte de los primeros. Para solventar tal pretensión, conviene señalar algunos puntos importantes de la teoría de la participación criminal y su necesaria relación con el rigor que la medida sancionatoria debe tener.

a. El concepto base de la participación criminal es el de autor, es decir, quien realiza el comportamiento descrito en el tipo; por ello, la mayor parte de los ordenamientos penales se refieren a él de forma expresa y es a quien le estipulan el marco penal anudado al supuesto de hecho, pues su conducta reporta el mayor grado de lesividad al bien jurídico. En un sentido secundario se encuentran los partícipes, quienes ayudan o favorecen la comisión del delito. Dentro de estos resaltan los cómplices, que son aquellos individuos que cooperan con el autor; y los instigadores, quienes favorecen la idea criminal en otra persona. En estos casos, generalmente los cómplices reciben una pena de menor entidad debido a la importancia de su contribución con el hecho, a excepción de los instigadores que por razones político-criminales reciben la misma pena que el autor. De las anteriores consideraciones, se desprende que la entidad de la aportación brindada por el interviniente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, determina su grado de autoría y participación, así como el grado de pena abstracta y concreta que debe merecer por ello. Esto no es más que una aplicación práctica de los principios de lesividad y proporcionalidad en esta sede mediante la accesoriedad. Empero, cabe también la posibilidad de que legislador opte por considerar conductas de autoría, todas aquellas que se relacionen de forma mediata o inmediata con una concreta actividad delictiva, por ejemplo, las que corresponden al ciclo del narcotráfico, al lavado de activos o a la trata de personas. En tales casos, corresponde al juez penal valorar la relevancia del aporte delictivo en el ámbito de la determinación judicial de la pena. Lo mismo ocurre en el presente tipo penal en examen.

b. En relación con el art. 29 LECAT, los postulantes también la consideran demasiado ambigua para que puedan tener lugar las consideraciones anteriormente efectuadas. Empero, la cuestión radica en el sentido interpretativo de los términos “directa” e “indirectamente” que son utilizados por la disposición examinada. Así, efectuando una interpretación acorde con la dogmática penal, se advierte la intención legislativa de considerar autores y partícipes a todos aquellos que intervengan en los actos de financiación. Será entonces, en el ámbito de la determinación judicial de la pena, donde el juzgador tendrá que valorar la importancia de la contribución al financiamiento al terrorismo y ajustar la sanción de acuerdo a ello. En conclusión, debe descartarse la impugnación efectuada al art. 29 LECAT. b. Establecido lo anterior, conviene estudiar el segundo argumento relativo a la violación del principio de culpabilidad. Como ha sido advertido supra, el principio de culpabilidad en su variante de responsabilidad subjetiva por el hecho, comporta el castigo de todas aquellas consecuencias

que han sido queridas (dolosas) o al menos previsibles (culposas) por el autor de un delito. De ahí que resulte absolutamente arbitraria una norma penal que pretenda exigir responsabilidad a las personas por cuestiones que no dependen en absoluto de su voluntad. Precisamente por ello, la producción de un resultado o la contribución material a un hecho punible, no es suficiente para la imposición de una sanción penal; pues se requiere además, que en el enjuiciamiento penal se compruebe como mínimo que tales efectos hayan sido queridos o al menos previsiblemente advertidos. Bajo tales consideraciones en el tema que nos ocupa, los comportamientos que en términos genéricos pueden caracterizarse como financiación del terrorismo, deben suponer un favorecimiento doloso o al menos en su forma eventual para su castigo. Y ello excluye, la punición de su forma imprudente al no haber sido regulada expresamente. Por lo anterior, carece de suficiencia la argumentación expuesta por los demandantes, pues claramente se regula una conducta dolosa, y que requerirá comprobar tal elemento en cualquier acto concreto de financiación que pueda ser subsumido en el art. 29 LECAT. Por tanto, debe desestimarse tal motivo.

G. En la misma línea, debe ser resuelta la pretensión relativa al art. 31 LECAT que castiga los actos preparatorios de cualquiera de las conductas reguladas en la ley.

a. Preliminarmente, debe quedar claro que, en la tarea de elaboración legislativa de los tipos penales, la determinación abstracta de la pena se efectúa tomando en consideración al delito consumado. Por ello, en los tipos contemplados en la parte especial del Código Penal, se establecen penas para acciones u omisiones que cumplen todos los elementos de la descripción legal. Así, en muchos de ellos se ha logrado un efectivo menoscabo del bien jurídico o una efectiva situación de peligro. En algunos casos, como en los delitos de resultado, el agente no logra su propósito por causas extrañas a su plan. Sin embargo, él ha ejecutado de forma total o parcial los actos que finalmente darán lugar a la consumación. Cuando ello acontece, nos encontramos en presencia de la tentativa.

b. De acuerdo con el art. 24 del C.Pn., existe tentativa cuando el agente: “con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente”. En virtud de que la tentativa antecede a la consumación, y se caracteriza por una frustración del plan que no permitió el efectivo menoscabo al bien jurídico, se castiga en menor grado que el delito consumado. Así, se desprende de la regla establecida en el art. 68 del C. Pn. “[l]a pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado”.

c. 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 éstos, 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 del 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. d. De acuerdo con lo anterior, la imposición de la pena contemplada en el art. 31 LECAT que permite castigar “cualquier hecho” que sea preparatorio “de los delitos

contemplados en la presente Ley”, debe ser entendido como una situación excepcional por la gravedad que reportan las actividades terroristas. En efecto, dejando de lado la orientación retrospectiva que informa a la mayor parte del Derecho penal convencional –es decir, lo realizado y enjuiciado–; en esta materia, el legislador ha decidido tomar en cuenta un enfoque prospectivo en la incriminación, la cual toma como referencia los hechos probables que se planean cometer con una intención enfocada en la intimidación colectiva. En estos casos, es necesario que el Estado garantice una determinada seguridad cognitiva en los ciudadanos con relación a la normalidad de sus actuaciones dentro de 369 la sociedad, y frente a grupos y organizaciones criminales cuyas actividades constituyen un peligro latente para la seguridad colectiva en general y cuyos integrantes se han apartado de modo decidido a las pautas generales de la convivencia democrática. En efecto, aún y cuando los actos de preparación de acciones terroristas puedan encontrarse alejados de una lesión o peligro efectivo a los bienes individuales y colectivos, éstos forman parte de un programa de la organización; que aún y cuando no se ejecuten, pueden considerarse manifestaciones perturbadoras para el orden social y a la misma existencia del Estado.

e. No obstante lo anterior, y acorde con el principio de proporcionalidad, los actos preparatorios, en contraposición de las formas punibles consumadas y tentadas, deben merecer una pena a menor escala. Esto resulta inobservado en el caso del artículo 31 LECAT, que contempla una pena que oscila entre los diez a quince años de prisión, y que es igual a la contemplada en el art. 21 para el “atentado o derribamiento de aeronave” y en el 24 relativo a los “actos que atentan contra la seguridad aérea y marítima”. Lo anterior, además de causar una distorsión en el marco penológico, genera el indeseable efecto criminal de castigar de forma más benévola la tentativa, que los actos consumados y los preparatorios. En particular, cuando estos últimos se encuentran en una fase aún lejana de la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico, que de ninguna forma puede ser comparable a la consumación. Esta regla de proporcionalidad abstracta en materia sancionatoria y con referencia a los actos preparatorios, ya ha sido señalada por esta Sala en la sentencia de 23-XII2010, Inc. 5-2001 –ya citada– en la que se afirmó: “...la consecuencia jurídica debe respetar estrictamente el principio de proporcionalidad vinculado con el de lesividad, el cual –en materia penal– establece que la gravedad de la pena tiene que ser proporcional a la gravedad del comportamiento típico y antijurídico, así como el 370 grado de participación en el delito o en sus grados de ejecución. Esto conlleva repercusiones prácticas para la actividad legislativa”.

f. Por consiguiente, conviene declarar la inconstitucionalidad, no del supuesto típico contemplado en el art. 31 de la LECAT acerca de la punición excepcional de los actos preparatorios, sino en lo relativo a su régimen sancionatorio, el cual debe atender a las diferencias existentes entre la consumación, los actos ejecutivos y los actos preparatorios. Empero, advirtiendo esta Sala que la expulsión inmediata del referido marco sancionatorio puede generar efectos perjudiciales en la aplicación del art. 31 LECAT, es pertinente adoptar en este punto una inconstitucionalidad diferida, a fin que el legislador pueda adecuar el ordenamiento jurídico en examen a la presente interpretación constitucional y solventar la inconstitucionalidad declarada. Con base a lo anterior, este Tribunal considera necesario que a partir de la notificación de la presente sentencia, el Legislativo en un plazo no mayor a seis meses, en el uso de su potestad de producción normativa, determine un nuevo marco penal para el artículo 31 LECAT –es decir, un límite mínimo y un límite máximo de la pena de prisión– que atienda las diferencias entre las conductas delictivas consumadas y aquellas que se encuentran en el ámbito de la preparación delictiva.

H. Por último, conviene analizar la conducta contemplada en el art. 9 LECAT relativa a la simulación de delitos –que castiga la simulación de cualquiera de los delitos contemplados en la presente ley o de cualquier tipo de prueba en apoyo de tal simulación–. Este precepto admite

una interpretación conforme tomando en cuenta, la finalidad mediática que persigue la actuación terrorista. La cual, como se ha dicho en líneas anteriores, constituye un cuestionamiento y desafío de las normas vigentes que rigen la coexistencia pacífica en una sociedad democrática mediante el uso instrumental del terror. En puridad, la actuación terrorista tienen un contenido netamente simbólico, y que se ha considerado como propagandístico de su programa o ideología –ideológica, religiosa, política, etc.–. Éste puede ser manifestado mediante rumores, noticias o comunicaciones falsas sin que ello signifique la realización efectiva de algunos de los delitos contemplados en la LECAT. Así, el sólo hecho de simular un delito de especial gravedad como los que se contemplan en el estatuto penal en examen, implica una clara afectación a la paz pública como bien jurídico supra-individual, y que puede ser definida como aquellas condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temer por la propia vida y otros derechos fundamentales inherentes a la persona. En este punto, resulta pertinente señalar a manera de ejemplo, que este tipo de figuras no son novedosas en la legislación penal salvadoreña, ya que el art. 304 C.Pn. castiga como un delito contra la Administración de Justicia el denunciar un hecho delictivo inexistente o fabricar pruebas de su cometimiento a fin de que se inicie un procedimiento judicial o policial para la averiguación del hecho simulado.

I. Aunado lo anterior, y resolviendo la impugnación a este mismo precepto por supuesta vulneración al principio de culpabilidad, se advierte que el tipo penal en referencia castiga conductas netamente dolosas y en los que existe adicionalmente el móvil subjetivo de causar terror en la población, en otras palabras, se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Lo que vuelve absolutamente reprochable su ejecución, y cuyo móvil tendrá que ser tomado en cuenta en el ámbito de la dosimetría penal. Por ende, deben descartarse las supuestas violaciones de este precepto a los principios de lesividad y culpabilidad. 4.

A. Otras de las impugnaciones efectuadas por los demandantes en el proceso 42- 2007, están referidas a los arts. 15 inciso final, 17, 18 inciso final, 19 inciso final, 20 372 inciso final, 21 inciso final, 24 y 26 inciso final LECAT por ser conductas que establecen resultados o consecuencias, sin atender a la finalidad o intencionalidad del agente. En otras palabras, de acuerdo a lo expuesto en su argumentación, esta Sala identifica como motivo de impugnación la regulación en la LECAT de una serie de delitos cuyo común denominador es la responsabilidad objetiva.

De inicio, deben exceptuarse de las consideraciones a efectuarse con relación a los delitos contemplados en los arts. 17 LECAT –delitos contra la seguridad portuaria, marítima, fluvial y lacustre– y art. 24 LECAT –otros actos que atentan contra la seguridad aérea y marítima–, ya que ellos no presentan la estructura básica de un delito cualificado por el resultado; y por tanto, debe sobreseerse la pretensión de inconstitucionalidad sobre los mismos al invocarse una identificación y argumentación defectuosa respecto del contenido normativo de tales disposiciones. a. La responsabilidad objetiva, de acuerdo con el inciso segundo del art. 4 del Código Penal, es “aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto”. Por tanto, se trata de un fundamento de punición basado esencialmente en los efectos materiales producidos, sin atender el aspecto subjetivo del autor. En algunas ocasiones, tal acaecer es tipificado de forma autónoma, dando lugar a la creación de los delitos cualificados por el resultado. La estructura de estos delitos se encuentra formada por un delito básico, cometido dolosa o culposamente, y un resultado que lo cualifica, respecto al cual no es necesario comprobar más que la existencia de una relación de causalidad con la acción del sujeto; es decir, se prescinde, en cuanto a ese “segundo” resultado, de la exigencia de una conexión subjetiva –al menos de previsibilidad–. No obstante, pese a que se puede considerar una vulneración al principio de culpabilidad la tipificación en las leyes penales de este tipo de delitos, resulta posible efectuar una interpretación constitucional de los mismos en

el sentido que debe existir al menos dolo –en sus diversas modalidades aún el eventual– en cuanto a la realización ulterior que es distinta a la conducta inicial. En su defecto, al no existir dolo en este segundo resultado, serán aplicables las reglas generales del concurso de delitos. En este sentido, las cualificaciones penológicas comprendidas en el art. 15 inciso final –“[s]i a consecuencia de las conductas establecidas en los incisos anteriores, se ocasionaren únicamente daños materiales, se impondrá la pena de prisión de diez a quince años”–; art. 18 inciso final –“[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 19 inciso final –“[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 20 inciso final –“[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 21 inciso final –“[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; y art. 26 inciso final –“[s]i como consecuencia de los actos anteriormente descritos, se ocasionaren lesiones graves o la muerte de cualquier persona, la sanción será de cuarenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–, podrán ser aplicadas únicamente en aquellos casos en que tales resultados formen parte del plan del agente terrorista –dolo directo o de consecuencias necesarias– o al menos acepte su realización –dolo eventual–. Conforme a lo anterior, la mera representación o consciencia del riesgo antijurídico de producción de cualquier de estos resultados, dará lugar a la aplicación de las cualificantes en examen; lo que no significa violación alguna del principio de culpabilidad.

374 Por ende, conviene descartar la pretensión de inconstitucionalidad enfilada contra los arts. 15, 18, 19, 20, 21 y 26 LECAT, por la supuesta vulneración de los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad. VIII. En este acápite corresponde analizar las argumentaciones vertidas por los demandantes de los procesos 42-2007, 89-2007 y 96-2007 relativas a la inobservancia de los principios de humanidad y proporcionalidad en la imposición de las sanciones penales, pues sostienen que las penas anudadas a algunos delitos contemplados en la LECAT, vuelven nugatorio el valor constitucional de la dignidad humana, el principio de humanidad de las penas y el ideal resocializador impuesto por la Constitución tanto en su preámbulo como en los arts. 10 y 27 inciso tercero. Así, se impugnan específicamente los marcos penales de las siguientes disposiciones: art. 5 –“será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años”–; art. 7 inciso 2º –“la sanción será de treinta a cincuenta años de prisión”– ; art. 11 –“será sancionado con prisión de quince a veinticinco años”–; art. 15 inciso primero –“será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años con posibilidad de ser aumentada hasta en una tercera parte”–; art. 16 inciso primero –“será sancionado con prisión de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión”–; art. 16 inciso segundo –“será sancionado con prisión de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 18 inciso segundo –“será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 19 inciso segundo –“la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 20 inciso segundo –“la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 21 inciso segundo –“la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”–; art. 26 inciso final –“la sanción será de cuarenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión”– y art. 34 –“[l]a pena de los delitos contemplados en la presente Ley se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado, cuando concorra cualquiera de las circunstancias siguientes(...)”. De igual forma conviene tratar como último punto del presente acápite, el caso de la pena de inhabilitación especial contemplada en el art. 40 LECAT (2. B). 375 1. A. Como ha sido expuesto en varios fallos emitidos por esta Sala, de acuerdo a un análisis hermenéutico de los incisos segundo y tercero del art. 27 de la Constitución, el sistema de ejecución penitenciario salvadoreño debe perseguir fundamentalmente la resocialización del delincuente, y la no imposición de sanciones que

posean un alto contenido desintegrador de la personalidad del recluso –Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–. Desde la primera premisa, la ejecución del castigo penal comporta al menos dos objetivos cuales son la “reeducación” y la “reinserción social”. Así, el primer objetivo busca compensar las carencias del recluso frente al hombre libre, ofreciéndole posibilidades de tener acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad; y en cuanto a su reinserción social, ésta ha de favorecer directamente la relación recluso-comunidad, bien por medio de los contactos sociales, como también procurando que el desarrollo de la vida dentro del establecimiento penitenciario se asemeje en lo posible a la vida en libertad. Si bien ambas finalidades convergen esencialmente en el ámbito penitenciario, ello no significa que resulten irrelevantes al momento de creación de normas penales.

Al contrario, es importante que el legislador tome en cuenta estas metas de carácter preventivo-especial, junto a las consideraciones relativas al efecto preventivo general del Derecho Penal. Así, tal es la importancia del principio resocializador contenido en los incisos segundo y tercero del artículo 27 Cn., que el diseño del quantum penal en cualquier delito, tiene inexorablemente que servir a dichos fines rehabilitadores, so pena de ser considerado inconstitucional. Lo anterior se muestra en consonancia con lo estipulado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptada por el I Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del delito y el Tratamiento del Delincuente de 1955; y el cual en su artículo 57 señala muy claramente: “[e]l fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad 376 para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”. De igual forma, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008), en sus Considerandos sostiene que: “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y la reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad”. Así, el ideal constitucional de reinserción social, obliga a que las penas de prisión no sean de una duración tan larga, de manera que cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su mundo social sea ilusoria o, que se verifique en un momento tan lejano que vuelva imposible el mantenimiento de sus vínculos sociales. Por lo anterior, resulta imprescindible recalcar, que conforme al art. 27 Cn., la pena prisión ha de quedar reducida a los mínimos imprescindibles de magnitud temporal; entendiéndose por imprescindibles, aquello que resulte suficiente para ejercer la prevención general tanto negativa como positiva, pero que no alcance a producir efectos devastadores sobre el condenado como para provocar su irrecuperabilidad social.

B. En el caso enjuiciado, en ninguna de sus diferentes intervenciones procesales, la Asamblea Legislativa expuso alguna justificante razonable que permitiera considerar válidas a tenor de la Constitución las magnitudes penales contradichas. Al contrario, manifestó que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianeidad y concebida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con instrumentos transitorios. Analizando tal argumentación, si estamos en presencia de un tipo de criminalidad que se caracteriza por los medios utilizados, por sus finalidades de intimidación o temor 377 colectivo, y por los efectos graves e indiscriminados que producen en la población, no se entiende cómo pueda tener marcos penales diferentes a los que correspondería a cualquiera de las figuras básicas insertas en el Código Penal. Así que, tampoco ha sido justificado en esta sede razonamiento alguno que permita imponer sanciones que excedan el marco penológico máximo contemplado en el Código Penal. No obstante lo anterior, conviene tener presente la última modificación legislativa efectuada al Código Penal – Decreto Legislativo n° 1009 de 29-II-2012 y publicado en el Diario Oficial n° 58, Tomo 394 de 23-

III-2012– que reformó los arts. 45 numeral 1° y 71, y estableció como máximo de la pena de prisión sesenta años. De ello, se infiere una valoración legislativa que establece una convergencia entre finalidades preventivo generales y especiales, cuya proyección abarca también a las penas contempladas en las leyes penales especiales. Por lo anterior, al existir una nueva valoración legislativa en cuanto al máximo de pena en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño que es de sesenta años, los preceptos impugnados pueden admitir una interpretación conforme, en el sentido que los jueces penales no pueden imponer penas que excedan tal magnitud.

C. Conforme a lo anterior, deben reputarse constitucionales –conforme la valoración legislativa– las penas contempladas en los arts. art. 5 –“será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años”–; art. 7 inciso 2° –“la sanción será de treinta a cincuenta años de prisión”– ; art. 11 –“será sancionado con prisión de quince a veinticinco años”–; art. 15 inciso primero –“será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años con posibilidad de ser aumentada hasta en una tercera parte”–; art. 16 inciso primero –“será sancionado con prisión de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión”–.

D. Por otra parte, en los casos en que la LECAT establece sesenta y cinco años como pena máxima para determinados delitos, los jueces podrán imponer las penas entre el mínimo determinado para cada delito, y el máximo que el legislador estableció para todos los delitos en general –sesenta años–. La regla anterior se aplicará mientras la 378 Asamblea Legislativa no adecue la pena máxima de los delitos que exceden los sesenta años de prisión. En consecuencia, la Asamblea Legislativa, dentro del plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, deberá adecuar, conforme a su capacidad de configuración, la pena máxima de los delitos que están sancionados con prisión de sesenta y cinco años, es decir, los artículos siguientes de la LECAT: 16 inc. 2°; 18 inc. 2°; 19 inc. 2°; 20 inc. 2°; 21 inc. 2°; y 26 inc. final.

E. Con relación al art. 34 LECAT, el cual fija la posibilidad de aumentar la pena de prisión hasta en una tercera parte del máximo de pena fijada en la descripción típica, conviene efectuar una interpretación sistemática e integradora con las dos disposiciones reformadas del Código Penal. Esto es, que la aplicación de tal regla no podrá sobrepasar de ninguna manera los sesenta años como marco sancionatorio máximo, y ello deriva del entendimiento que las estipulaciones especiales deberán sujetarse a la nueva valoración legislativa en cuanto a lo que se considera aceptable para salvaguardar tanto los fines preventivo generales como especiales de la pena. En conclusión, tal norma también admite una interpretación conforme a la Constitución, y por tal motivo debe desestimarse la pretensión.

2. De acuerdo con las consideraciones anteriores, conviene estudiar la impugnación a la cual ha sido sometida el art. 40 LECAT el cual literalmente dice: “[e]n los casos de personas que tengan la responsabilidad para realizar alguna actividad relacionada con armas, artefactos explosivos, armas de destrucción masiva, sustancias explosivas, municiones o similares, y cualquiera de las otras mencionadas en la presente Ley, y que hubieren resultado responsables de los delitos previstos en la misma; además de la pena principal impuesta, serán inhabilitados para el ejercicio de sus funciones en cargos de similar responsabilidad por el doble de tiempo que dure la condena”. Los demandantes del proceso 89-2007 sostuvieron que, de acuerdo con la duración de la misma –el doble que la principal–, se podrá llegar al absurdo jurídico de que una persona sancionada con 65 años de privación de libertad, podrá quedar inhabilitada durante 130 años para el ejercicio de cargos relacionados con armas y explosivos. Y esto acontece igualmente cuando se pone en relación con otros supuestos establecidos en la LECAT. Respecto al argumento de inconstitucionalidad expuesto, conviene fijar primeramente la naturaleza jurídico-penal de la pena controvertida.

A. Debemos señalar que nos encontramos ante una pena restrictiva de derechos, esto es de inhabilitación especial que adquiere un carácter accesorio anudado a una pena principal, la cual supone una limitación a derechos profesionales o de ocupación laboral. Y es que la implementación de estas penas, se encuentran sujeta a críticas, en la medida que implican un impedimento al reo para ejercer su profesión u oficio, ya que ello impide entonces al condenado realizar su actividad social normal y proveer su manutención y la de su familia; por ende, su aplicación debe estar sujeta a ciertos principios limitadores. Uno de los principios, a los cuales necesariamente debe limitarse la regulación normativa de las penas restrictivas de derechos, es el de su duración. De acuerdo con ello, la pena ha de tener una duración limitada en el tiempo, esto es, una restricción temporal adecuada al ilícito cometido y a la culpabilidad, pero sin que llegue a traspasar los límites razonables de la estricta proporcionalidad; y esto debe tenerse en cuenta cuando aparezca como pena principal.

B. Ahora bien, en el caso que sea regulada como pena accesorio, su duración se encuentra determinada por la pena principal. En otras palabras, existe una regla nuclear en cuanto a la determinación abstracta de las penas –y que se encuentra amparada en el art. 46 inciso último del Código Penal– donde la pena accesorio sigue a la principal en cuanto su rango temporal. Y ello se explica por los efectos en la reinserción social que estas penas provocan, ya que si se cumple primeramente la 380 pena privativa de libertad y hasta que se cumpla con la pena accesorio, existirá un periodo donde el reo no podrá ejercer actividad profesional alguna, no pudiendo entonces obtener los ingresos económicos necesarios para él y su grupo familiar. Es evidente entonces, que aunque existan argumentos para la inclusión de este tipo de penas en los modernos códigos penales, sea porque en última instancia se tratan de penas con un alto contenido preventivo, y en particular porque su merecimiento es necesario por el uso abusivo de una profesión o un empleo determinado, éstas deben guardar estricta proporción con el rango razonable de penas formuladas de acuerdo al ideal resocializador, y en particular en cuanto a su duración.

C. En el caso sub judice, tal regla ha resultado inobservada al darse un rango doblemente mayor al de la pena de prisión, además al haber sido establecida como una pena rígida. Así, el artículo controvertido, no establece ni un mínimo ni máximo con relación a la determinación de la sanción, sino que en todos los casos se aplica “por el doble de tiempo de la condena”, excluyendo al Juez de la facultad de poder valorar la necesidad y el rango temporal adecuado de acuerdo al hecho juzgado y la personalidad del reo. Ello se contrapone absolutamente, a los modernos sistemas de individualización legal y judicial de la pena, los cuales plantean la necesidad de adecuar la pena a diferentes parámetros como lo señala el art. 63 del Código penal. Aunado a lo anterior, la norma controvertida rompe la necesaria relación de accesoriedad entre pena principal y la pena de inhabilitación especial, en la medida en que esta última dura el doble del tiempo de la condena, lo cual impide la simultaneidad necesaria que debe existir entre ambas en su cumplimiento. Así, la pervivencia de la última, resulta contraproducente a los fines de reinserción social del condenado, pues su cumplimiento supondría una excesiva restricción a su ámbito de participación en la vida social, y cuyos efectos transcurrirán más allá de su salida de prisión afectándole de por vida. 381 En conclusión, debe reputarse inconstitucional el art. 40 LECAT, en cuanto a su consecuencia jurídica, al inobservar el principios de resocialización con relación a la magnitud de la pena de inhabilitación especial plasmada en la norma.

IX. Corresponde resolver ahora las diferentes argumentaciones sostenidas en contra del art. 8 LECAT que castiga la apología e incitación pública de actos de terrorismo. Tal disposición señala: “[e] que públicamente hiciere apología del terrorismo o incitare a otro u otros a cometer cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley, será sancionado con prisión de cinco a diez años”. Los demandantes del proceso 42-2007, sostienen que en tal disposición no existe

ningún nivel de daño o lesividad o una afectación concreta a bienes jurídicos de terceros, violentándose entonces el principio de lesividad y de proporcionalidad en la respuesta penal. Además, por su forma de redacción, la apología puede presentar serios conflictos con la libertad de expresión y difusión del pensamiento por vía de la censura previa. Por último, aducen que la apología “de un delito por sí sola, sin una motivación ulterior o dolo de afectación de un bien jurídico concreto, carecería de sentido el ser penalizada”. Para resolver tales argumentaciones, resulta necesario partir de una imprescindible base doctrinaria que permita dilucidar correctamente cuáles son las conductas penalizadas en el art 8. LECAT 1.

A. En principio, si bien la consumación del delito es la fase más perfecta en orden al castigo penal, también la mera ejecución incompleta y frustrada del hecho delictivo puede acarrear la imposición de la pena por medio de la regulación de la tentativa punible. Antes de ese penúltimo estadio del iter criminis se encuentran los actos de preparación del delito, comúnmente denominados: actos preparatorios. Como se afirmó, éstos se encuentran sumamente alejados de una lesión efectiva o de la creación del riesgo respecto a un bien jurídico, además de que resulta difícil comprender todavía de forma clara la intención criminal. Por esto, la doctrina científica ha sostenido que la punición indiscriminada de estos actos resulta contraria al principio de lesividad; sin embargo, como se ha dicho en la presente sentencia, suelen admitirse excepciones de acuerdo al valor de los bienes jurídicos puestos en juego (v. gr. sistema constitucional del Estado, seguridad nacional, etc.).

B. En esencia, son tres actos preparatorios los que regularmente aparecen incluidos en los Códigos penales modernos, estos son: la conspiración, la proposición y la provocación. Los dos primeros se encuentran relacionados en el art. 23 del Código Penal vigente y en diferentes tipos de la parte especial. Por su parte, la provocación no aparece regulada de forma autónoma en la legislación penal salvadoreña, sino que aparece en su variante fundamental cual es la apología. Así, el artículo 349 del Código Penal se prescribe: “[e] que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”.

C. Por provocación se entiende la incitación pública efectuada a través de diversos medios de difusión o ante un indeterminado número de personas, a fin de que sean realizados uno o varios delitos. Y una de las razones justificativas aducidas en cuanto a su inclusión en los códigos penales es que en diversas etapas de la historia, algunas campañas de prensa o de carácter político, han desacreditado sistemáticamente a determinadas personas o grupos, los cuales se ha dicho que merecen ser exterminados o desposeídos de sus bienes. Tales ideas ejercen o pueden ejercer una gran influencia en personas o grupos, determinándoles a cometer actos delictivos en los que falte relación directa con quien los incitó, y que en modo alguno éste no hubiera aprobado, pese a que su influjo resulto decisivo en los ejecutores materiales. De acuerdo con lo expuesto, la apología –como una forma de provocación– puede entenderse como la exposición ante un grupo indeterminado de personas o la difusión por diversos medios de comunicación, de ideas o doctrinas que enaltezcan el crimen o a sus autores, con el propósito de incitar a la comisión de delitos o favoreciendo su perpetración.

D. Resulta evidente observar, que tales dimensiones de la apología, podrían colisionar de forma aparente con el ejercicio de importantes derechos constitucionales como el de la libre expresión y difusión del pensamiento, libertad de opinión y crítica pública, con el de reunión, manifestación pública pacífica y asociación. Sin embargo, es posible deslindar con claridad las características básicas de las conductas que deben ser sometidas a la jurisdicción penal, a saber: (a) que la incitación es una actividad dirigida a lograr que otras personas –de forma directa– se motiven a perpetrar o ejecutar un delito; (b) debe realizarse a través de un medio público (imprensa, radiodifusión, televisión y aún reuniones públicas, etc.); (c) que tal incitación se dirija a la realización de uno o varios delitos en concreto, no bastando una estimulación vaga a delinquir; y (d) que la conducta motivadora proyecte la incitación sobre una colectividad de

personas. Por consiguiente, al tratarse de una incitación directa a cometer un delito o delitos determinados, quedarán fuera de la órbita de lo punible todas aquellas expresiones ideológicas, políticas, artísticas, institucionales o de otra naturaleza que no supongan tal fin, aun y cuando su comunicación se efectúe en forma enérgica o al menos alegórica.

2. Una vez delimitados claramente los contornos dogmáticos de la figura penal estudiada es procedente analizar el art. 8 LECAT.

A. La disposición enjuiciada si bien hace referencia a la apología en su nomen iuris, también regula adicionalmente la “incitación pública de actos de terrorismo”, lo que implica no sólo la difusión de comunicación, ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan al autor, sino también, una motivación colectiva a replicar tales conductas.

B. Ahora bien, en relación con el motivo de inconstitucionalidad expuesto porque tal tipificación pudiera contradecir al derecho fundamental a la libre expresión y difusión del pensamiento, se deben tomar en cuenta las ideas vertidas anteriormente. Esto es, que tal norma en su aplicación, debe ser reducida teleológicamente a aquellos 384 supuestos que impliquen de manera directa y eficaz una incitación a cometer un delito o varios; quedando fuera del ejercicio del ius puniendi las meras expresiones de disconformidad personal o grupal, aun por muy groseras y aberrantes que pudieran ser sus formas de expresión. Por otra parte, la apología como una forma de provocación, de acuerdo con las consideraciones político-criminales que estime oportunas el legislador, puede ser regulada en el Código Penal o en una Ley Penal Especial de acuerdo con el valor de los bienes jurídicos en juego, la modalidad de su ataque o el móvil que impulse a una determinada forma de criminalidad; debiendo respetar en todo caso, el marco de proporcionalidad sancionatoria comparable con la tentativa y el delito consumado.

C. En el caso subjudice, ese marco de proporcionalidad ha sido traspasado al otorgársele a un acto sumamente distanciado de una lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico, una pena igual o mayor que algunos supuestos donde existe un daño efectivo, como acontece por ejemplo con la conducta estipulada en el art. 12 LECAT relativa al delito informático, cuya penalidad mínima al haberse efectuado la destrucción de datos es de diez años, coincidiendo con la máxima que le corresponde a la apología e incitación pública de actos de terrorismo. En realidad, esta grave discordancia penológica –que supone un tratamiento injustificablemente severo a simples actividades de peligro abstracto en comparación con conductas de lesión efectiva– cabe reputarlas de inconstitucionales por desconocer la importancia que tiene el principio de proporcionalidad en la graduación legal de las penas. Por todo lo anterior, debe reputarse inconstitucional la sanción penal contemplada en el art. 8 LECAT, pero no la conducta típica de apología e incitación pública de actos de terrorismo.

D. No obstante lo anterior, advirtiendo la gravedad de la conducta delictiva analizada, resulta procedente efectuar una declaración de inconstitucionalidad diferida, en la medida que tal marco penal se encontrará vigente hasta que el legislador lo modifique conforme los parámetros estipulados en la presente sentencia. 385 Según lo anterior, el legislador debe subsanar en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, tal situación de inconstitucionalidad detectada en las disposiciones o normas examinadas por esta Sala.

X. Tanto los demandantes del proceso 42-2007 como del proceso 89-2007, han controvertido, diferentes preceptos de la LECAT relativas a los actos de investigación y de prueba que pueden suscitarse dentro de un procedimiento penal iniciado por alguno de los supuestos típicos contemplados en dicha ley especial. En particular, se han visto controvertidas las estipulaciones contenidas en los arts. 42 y 45 LECAT, exceptuándose el caso del inciso último del art. 37 LECAT que ha sido tratado anteriormente. Conviene efectuar un análisis detenido de cada uno de estos dos casos.

1. La letra a del art. 42 LECAT es una norma que remite necesariamente al art. 302 del Código Penal para su entendimiento, y que permite considerar no punible “la interferencia o comunicación telefónica” en los casos en que “se estuviere recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiere el cumplimiento de determinados hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de delitos de crimen organizado, y la víctima, el ofendido o su representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias”. De acuerdo con los demandantes del proceso 42-2007, la disposición impugnada “legaliza” la intervención de cualquiera de los sistemas de comunicación, lo cual es contrario a lo estipulado en el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983 cuando se consideró que “la conversación telefónica es un medio de comunicación privado y porque su administración es un servicio público que debe de rodearse de las máximas garantías para que su uso no vulnere la 386 privacidad a que las personas tienen derecho. Con ese propósito se incluye la prohibición de interferir e intervenir las conversaciones telefónicas. La violación de esta prohibición por parte de particulares, funcionarios o empleados públicos conlleva una responsabilidad penal o civil que la ley secundaria habrá que determinar”.

A. Al respecto, conviniendo plenamente con lo anterior, nuestra Constitución reconoce el secreto de las comunicaciones como una garantía fundamental a los derechos de intimidad personal y privacidad. Desde esta óptica en general, el estatuto fundamental reconoce un ámbito de protección para que cada individuo encuentre las posibilidades para el pleno desarrollo y fomento de su personalidad; razón por la cual debe quedar preservado de injerencias ilegítimas, sea que provengan de otros particulares o de personas al servicio del Estado, lo cual puede llegar hasta la responsabilidad penal (art. 184 y sig. así como el 302 C.Pn.). Ahora bien, si bien el secreto de las comunicaciones se constituye en una barrera frente a las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares, debe reconocerse que no es una garantía que tenga carácter absoluto, pues su ámbito de protección se encuentra sujeto a límites que pueden derivar de su ponderación con otros derechos e intereses constitucionales que también deben resultar protegidos. En efecto, en forma general, el inc.1° del art. 246 Cn. habilita al Órgano Legislativo para que éste regule y limite justificadamente derechos fundamentales por medio de la producción de una ley formal, y donde tal positivación obedezca a una finalidad también justificada desde el punto de vista constitucional, sin atentar contra el contenido esencial del derecho en mención. Y en el caso particular del secreto de las comunicaciones, la redacción actual del art. 24 Cn. –conforme al Decreto Legislativo n° 36 de 27-V-2009, publicado en el Diario Oficial n° 102, Tomo 383, de 4-VI-2009– se estipula claramente que “de manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor”. Por lo anterior, para que tal limitación constituya una injerencia admisible en el ámbito de la intimidad, debe estar prevista en la ley y ha de constituir una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad del país, la prevención del delito, así como la protección de los derechos fundamentales. Y esto es particularmente importante en el ámbito del proceso penal, ya que las intervenciones telefónicas participan tanto de la naturaleza y funciones propias de los actos de investigación y de prueba. Aquí, resulta imprescindible la existencia de una normativa que establezca claramente los presupuestos esenciales para la adopción de tal medida, su duración y alcance, así como su control. Ello ha tenido lugar mediante la promulgación de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones –en adelante LEIT–, mediante el Decreto Legislativo n° 285 de 18-II-2010 y publicado en el D.O. n° 51, Tomo n° 386 de 15-III-2010, y la cual regula en sus diferentes aspectos cómo habrá de realizarse dicha intervención en el ámbito del proceso penal salvadoreño. En consecuencia, las autorizaciones para limitar el secreto a las

comunicaciones dentro del ámbito de la persecución del delito, deben respetar al menos cuatro presupuestos: (a) que la posibilidad de limitación al respeto de la intimidad personal y familiar debe encontrarse prevista en una ley formal –considerando IV de la LEIT–; (b) que tal injerencia sea necesaria de acuerdo a determinados fines constitucionales y en los casos que en realidad lo ameriten –art. 2 letra b LEIT–; (c) que pueda ser autorizada por el órgano jurisdiccional mediante resolución motivada –art. 2 letra a LEIT–, y (d) que exista un control fiscal y judicial antes, durante y de forma posterior a la cesación de la injerencia –arts. 7, 8, 15 y 16 LEIT–.

Ello se muestra coincidente con lo establecido –por ejemplo– por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en varias sentencias ha concretado como límites en esta materia que: (a) la intervención a las comunicaciones debe estar prevista por la ley, 388 (b) ir dirigida a fin legítimo; y (c) ser necesaria en una sociedad democrática para dichos fines conforme una ponderación basada en el principio de proporcionalidad (sentencias de 6-IX-1978 –Caso Klass y otros–, 30-VII-98 –Caso Valenzuela Contreras– y 28-8-98 –Caso Lambert–).

B. En el caso subjudice, el art. 42 letra a LECAT considera como medios de prueba todos aquellos elementos obtenidos de acuerdo con lo estipulado en el art. 302 del C.Pn., y éste a su vez permite “la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias”, la cual así obtenida podrá ser valorada por el Juez. En un sentido estricto, lo que dicho artículo pretende regular es el alcance del consentimiento de las víctimas o perjudicados para que sus conversaciones puedan ser conocidas por terceros, y aún grabadas para su posterior incorporación al juicio penal. En suma, el “secreto” de la comunicación es lo resguardado y donde la presencia ajena de un tercero es lo que da sentido al tipo regulado en el inciso primero del art. 302 C.Pn.; a contrario sensu, cuando alguno de los interlocutores da su aprobación para que otros presentes escuchen –por ejemplo: por medio de un amplificador de voz– o graben esa conversación, tal supuesto valida dicha práctica bajo el cumplimiento de los demás presupuestos que contempla la disposición. Y ello acontece por el carácter disponible que tiene el presente bien jurídico con relación a su titular. Esto ya había sido señalado por esta Sala, en la Inc. 5-2001 –ya citada– al referirse al tópico relativo a la grabación de la comunicación por parte de uno de los intervinientes. Sobre ello se sostuvo: “...el derecho a la intimidad y particularmente el relativo al secreto de las comunicaciones supone un poder de control de las informaciones que son relevantes para cada persona y donde ella dispone voluntariamente qué hechos puedan trascender al conocimiento de los demás. De ahí que, el consentimiento se presente, no como un límite a su ejercicio, sino como la 389 manifestación más característica del ejercicio de esta capacidad de control vinculada a la libre autodeterminación del individuo en este ámbito”. La anterior interpretación constitucional, queda adicionalmente confirmada por el art. 46 LEIT cuando literalmente expresa: “[l]a grabación de telecomunicaciones autorizada por uno de los participantes legítimos en la comunicación, no será considerada intervención y podrá ser valorada como prueba conforme a las reglas generales”. En consecuencia, el consentimiento expreso de la víctima perfectamente identificable puede tener los efectos despenalizadores y otorgar –además– un carácter de licitud a los datos obtenidos a efectos de su incorporación documental en el proceso penal. Sin embargo, no puede desconocerse que, ante bienes jurídicos de carácter supraindividual o difuso como la seguridad del Estado, el orden público o la paz pública, tal anuencia obviamente no podrá existir; y particularmente, ello es importante en los delitos asociados al terrorismo. En estos casos, es procedente que la autorización y control tanto de la intervención como de la interceptación de las comunicaciones quede bajo la exclusiva potestad jurisdiccional, como se ha regulado en la mayoría de los códigos procesales penales más actualizados, así como lo establecido en la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones.

C. El ejercicio de tal autorización se sujeta indiscutiblemente al principio constitucional de proporcionalidad, el cual viene a conciliar el interés del Estado en la investigación y el

descubrimiento de la verdad formalizada propia del proceso penal. Así, tal directriz impone: (a) la actuación sobre la base de una sospecha relevante, es decir, en virtud de indicios serios del cometimiento de un ilícito y de la probable responsabilidad penal en los presuntos hechos; (b) la necesidad de tal medida a los efectos de investigación, lo cual supone una valoración acerca de lo imprescindible que resulte la intromisión en las comunicaciones a efectos del descubrimiento de la verdad material, y la probable frustración de las pesquisas al no efectuarse; y (c) la adecuada adecuación entre la restricción en el derecho y la gravedad de los hechos indagados, por lo que, la esfera de actuación de los derechos fundamentales únicamente puede ceder ante la persecución de un ilícito grave y de relevancia social. Finalmente, cabe recordar que toda restricción o limitación a este derecho a la intimidad personal y familiar debe estar debidamente motivado como garantía del cumplimiento del resto de presupuestos anteriormente citados (art. 24 inc. 2° Cn.). Por todo lo anterior, debe declararse que la letra a del art. 42 LECAT, no es inconstitucional bajo las anteriores consideraciones de contenido complementario a la norma controvertida.

2. Conviene tratar la regulación establecida en el art. 45 LECAT, relativa a las condiciones excepcionales de admisión y producción de la prueba testimonial de un agente encubierto, víctima o testigo dentro del proceso penal, efectuadas por medios electrónicos que permitan resguardar su identidad, cuando no pudiere hacerse personalmente.

A. El precepto regula la intervención judicial de los denominados testigos de identidad reservada, quienes –según los demandantes– al resguardarse su identidad física por un medio tecnológico –distorsión de voz e imagen– se comete una flagrante excepción a las reglas regulares de producción de la prueba que se relacionan con la inmediación y la contradicción procesal. En este sentido, los actores del proceso 89-2007, han impugnado tal precepto de acuerdo a tres argumentos: (a) supone una violación al ejercicio de la defensa técnica y material del acusado, ya que éste no contaría con las posibilidades de atacar o contradecir la deposición de un testigo con identidad reservada, y ello repercute en la garantía constitucional establecida en el art. 12 Cn.; (b) afecta el principio de inmediación de la prueba y la actividad de los jueces; y (c) la disposición no hace referencia a las razones justificadas por las cuales es admisible dicha práctica. 391 En relación con el primer punto, la garantía de defensa en juicio comprende –al menos– cuatro actividades: (a) la facultad de ser oído; (b) la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia; (c) la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; y (d) la de valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal. Esta garantía es consustancial al diseño constitucional del juicio penal, y en particular, a sus principios configuradores tales como la inmediación, la contradicción y la publicidad en juicio. De ahí que se afirme que la actividad probatoria producida en el juicio ha de transcurrir con la presencia ininterrumpida de los miembros del tribunal técnico o el jurado, y ante los demás sujetos procesales. Por otra parte, la inmediación, la oralidad y la contradicción permiten percibir el comportamiento no verbalizado derivado de las gesticulaciones y demás actitudes del que brinda la declaración, evitando con ello un probable fraude judicial.

B. No obstante lo anterior, tales garantías procesales pueden verse disminuidas en orden a la protección de otros intereses relevantes de naturaleza constitucional y procesal. En efecto, tanto en la Inc. 5-2001 como en la Inc. 6-2009 –ya citadas–, se ha sostenido que pueden existir ciertas excepciones a las reglas generales relativas a la actividad probatoria dentro del proceso penal, siempre y cuando se justifiquen en aras de atender el fin básico que informa al proceso penal salvadoreño, cual es el descubrimiento de la verdad material, y se efectúe una ponderación razonable de los intereses en conflicto por parte de la autoridad judicial. Así, en la sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006, se afirmó que existe un interés constitucionalmente

válido investigar y juzgar todas aquellas conductas que supongan una afectación a los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales de los ciudadanos protegidos por el Derecho Penal, y el cual debe ser ponderado con los derechos y garantías que les corresponden a los sujetos infractores de la norma penal en las situaciones concretas. De ahí que, ante situaciones que supongan un riesgo 392 personal para las víctimas, los testigos o los miembros de los cuerpos de seguridad que actúan como agentes encubiertos, resulta razonable evitar la confrontación visual con los imputados mediante el uso de medios electrónicos (videoconferencias, teleconferencias u otro medio técnico). Siempre y cuando la autoridad judicial que conozca del caso lo autorice mediante una decisión debidamente motivada, y se desarrolle la contradicción procesal. A ello hace referencia la letra e del art. 10 de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos cuando establece como una medida de protección extraordinaria: “[q]ue las personas protegidas comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando las formas o medios necesarios para imposibilitar su identificación visual”. Sobre este precepto cabe reconocer, que aún y cuando se refiere a los ámbitos de criminalidad convencional, tales medidas de protección adquieren mayor importancia tratándose de formas de criminalidad grave como las organizaciones terroristas. Así por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en sucesivos fallos que la posibilidad de que la víctima pueda ser confrontada con el acusado pueda ser excepcionalmente limitada cuando resulte importante proteger a los testigos de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de organizaciones criminales. Y aunado a ello se hace mención como condición imprescindible de validez para la producción de la prueba la existencia de condiciones que permitan la contradicción entre los diversos intervinientes procesales (sentencias de 20-XI-1989 – Caso Kostovski– y 15-VI-1992 –Caso Ludi – entre otras).

C. Por lo anterior, si esa forma excepcional de prestar declaración mediante el resguardo de la identidad de la víctima a fin de salvaguardar su integridad personal, no limita las posibilidades de defensa –v. gr. la posibilidad de interrogar a los testigos por parte del imputado o de ofrecer por parte de éste otro tipo de prueba testimonial para desvirtuarla– debe considerarse constitucionalmente admisible, en la medida que exista un análisis judicial que la autorice. 393 En dicho sentido, cabe citar de forma ilustrativa, la sentencia de 18-VIII-2004, emitida por la Sala de lo Penal –406-CAS-2003– que enfatizó que “tampoco se considera que la revelación de la identidad hubiese podido mejorar las posibilidades de la defensa para cuestionar la fiabilidad de los testigos, porque tal desconocimiento se pudo compensar con un amplio interrogatorio y la consiguiente apreciación de su credibilidad, firmeza, impresión de veracidad y sinceridad percibidos al momento de la correspondiente vista pública, razones suficientes para que se declare que no ha lugar a casar la sentencia de mérito por el motivo invocado”.

D. Lo anterior, nos sirve para resolver dos de los tres cuestionamientos expuestos por los demandantes acerca del derecho de defensa y los principios de inmediación y contradicción procesal, quedando lo relativo al término “razones justificadas”. Se trata de un término precisable por parte de la judicatura penal atendiendo a un juicio de ponderación que debe quedar plasmado en la resolución donde conste la decisión.

E. Por último, conviene efectuar una referencia al uso de los medios tecnológicos o telemáticos dentro del proceso penal y a los cuales hace referencia el art. 45 de la LECAT. Es preciso señalar que el precepto hace referencia a todos aquellos mecanismos tecnológicos que permiten una reunión o encuentro virtual, de forma que los diversos espacios o escenarios puedan convertirse tanto en emisores como receptores de una misma actividad. Por ende, se está haciendo referencia a toda aquella tecnología que permite intercambio de voz e imagen y datos en un sentido presencial. En tal sentido, estas nuevas tecnologías de la comunicación e información han eliminado la necesidad de los encuentros personales entre los sujetos procesales y los jueces. En nuestro ordenamiento jurídico, ha sido previsto en el letra b del art.

213 C.Pr.Pn.: “[e]n caso de ser necesario, el juez podrá autorizar el interrogatorio de un testigo menor de edad utilizando los medios electrónicos o de teletransmisión que sean 394 indispensables, para salvaguardar su integridad y siempre respetando los principios de la vista pública”. Y de igual forma en el art. 377 C.Pr.Pn., que permite la deposición del testigo o perito fuera del país mediante la videoconferencia. De igual forma, el Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en todos los procesos (art. 20), prescribe también el uso de tales mecanismos en los procesos judiciales.

Por tanto, se puede concluir que estos medios no constituyen “nuevos” medios de prueba, sino modalidades técnicas para la práctica de la prueba testimonial. Por consiguiente, resulta apta exclusivamente para la toma de declaraciones testimoniales, periciales y también del imputado y la víctima. Por ende, al tratarse de medios de prueba ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, no requeriría una regulación exhaustiva dentro del estatuto procesal, más allá de la necesaria autorización judicial. Por ende, es el tribunal penal que tramita el proceso quien debe decidir en relación a las circunstancias particulares del caso. Sin embargo, el uso de estos medios debe considerarse subsidiario, ya que la premisa de que los actos procesales deben realizarse en presencia de la autoridad judicial y de las partes procesales es correcta como única forma de salvaguardar íntegramente los principios que configuran el proceso penal. Aunado a ello, la decisión autorizante debe estar motivada conforme a los principios de necesidad, legitimidad, proporcionalidad, idoneidad, oportunidad, utilidad y seguridad. En conclusión, debe desestimarse la impugnación relativa al art. 45 de la LECAT en la medida que admite una interpretación constitucional con el derecho de defensa, el principio de inmediación y contradicción, así como en lo relativo al mandato de certeza. Por tanto: Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citada, así como de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala 395 **Falla:**

1. Declárase inconstitucional de un modo general y obligatorio el término “agente de una organización intergubernamental” utilizado en el letra n numeral 2° del art. 4 LECAT, por inobservar el mandato de certeza o taxatividad de la materia de prohibición que rige en materia penal de acuerdo al principio de legalidad, en la medida que el legislador no ha precisado quiénes deben entenderse por tales.

2. Declárase inconstitucional de un modo general y obligatorio el régimen abstracto de pena contemplado para los actos preparatorios estipulados en el art. 31 LECAT, por inobservar el principio de proporcionalidad en la medida que sanciona de igual manera que las formas delictivas consumadas. Difiérase los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del régimen abstracto de pena del precepto anteriormente relacionado, a fin de que, en el plazo máximo de seis meses, la Asamblea Legislativa, determine el monto de la sanción penal correspondiente en comparación a las modalidades consumativas y ejecutivas del delito.

3. Declárase inconstitucional de un modo general y obligatorio el art. 40 LECAT, en cuanto a su consecuencia jurídica –inhabilitación especial por el doble del tiempo que la condena–, al inobservar el principios de resocialización, pues su cumplimiento supondría una excesiva restricción a su ámbito de participación en la vida social, y cuyos efectos transcurrirán más allá de su salida de prisión afectándole de por vida.

4. Declárase inconstitucional de un modo general y obligatorio la pena contemplada en el art. 8 LECAT, relativa al delito de apología e incitación pública de actos de terrorismo, por contrariar el principio constitucional de proporcionalidad de las penas, al otorgársele a un acto sumamente distanciado de una lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico, una pena igual o mayor que algunos supuestos donde existe un daño efectivo. Difiérase los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad con relación al delito anteriormente relacionado, a fin de

que, en el plazo máximo de seis meses, la Asamblea Legislativa determine el monto de la sanción penal correspondiente de acuerdo con la naturaleza preparatoria de tales conductas.

5. Declárase que en los arts. 1, 4 letra m, 8, 11, 13 y 29 de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio de legalidad en su manifestación de exigencia de taxatividad penal y a la seguridad jurídica, ya que tales disposiciones pueden ser interpretadas conforme al marco de valores y principios contemplados en la Constitución y el Derecho Internacional, en tanto que el terrorismo constituye el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, afectar el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

6. Declárase que en el art. 13 LECAT no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio constitucional de culpabilidad contemplado en el art. 12 Cn., ya que es posible determinar el significado de los conceptos utilizados, de acuerdo con el contexto gramatical y normativo utilizado, y el estado actual de la dogmática penal relativa a los delitos de organización.

7. Declárase que en las letras f, m, h, i y l del art. 4, así como en los artículos 6, 9 y 38 de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio de legalidad en su variante del mandato de certeza, en la medida que los siguientes términos: “artefacto flotante” “estructura” “vínculos estables y permanentes”, “jerarquía y disciplina”, “y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas que estén bajo su mando, control y responsabilidad oficiales”, “tangibles o intangibles”, “con independencia de cómo se hubieran obtenido”, “u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional”, “instalaciones privadas”, “simulare” y “casos de urgente necesidad”, ya que son términos normativos que pueden ser precisados conforme los cánones básicos de interpretación y de acuerdo al contexto gramatical y normativo en el cual han sido utilizados.

8. Declárase que en los términos “medios idóneos” y “métodos violentos o inhumanos”, que han sido utilizados en la definición brindada en el letra m del art. 4 LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada por la supuesta violación al mandato de certeza derivado de la seguridad jurídica y el principio de legalidad, ya que resultan admisibles constitucionalmente, en la medida que pueden ser concretados por parte de la jurisprudencia penal de acuerdo a una interpretación basada en el interés penalmente protegido, que en este caso son los bienes jurídicos afectados por la actuación terrorista.

9. Declárase que en los términos siguientes: “bienes materiales de significativa consideración o importancia” en el art. 1; “o de cualquier otro tipo” en el art. 3; “sustancias similares” en la letra d numeral segundo del art. 4; “artículos similares” y “afectando el normal desarrollo de las funciones u actividades” en el art. 6; “sustancias de todo tipo” en el art. 7; “o cualquier otra sustancia otra sustancia similar” en el art. 14; “artículos similares” en el 15; “perturbare de cualquier manera” en la letra b del art. 19, todos los artículos de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada, en cuanto a la supuesta violación a la exigencia de taxatividad y mandato de certeza derivados del principio de legalidad y la seguridad jurídica, ya que admiten una interpretación razonable conforme su contexto gramatical y el fin de protección que ha establecido el legislador.

10. Declárase que en los términos “alarma”, “temor” o “terror” utilizados en el contexto del art. 1, así como los términos “terror”, “inseguridad” y “alarma” enunciados en el letra m del artículo

4 –ambas disposiciones de la LECAT–, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a la exigencia de 398 taxatividad y mandato de certeza derivados del principio de legalidad y la seguridad jurídica, ya que se tratan de conceptos que intentan caracterizar un resultado: la inseguridad colectiva producida por la actividad terrorista y que se pueden integrar con la noción legal de terrorismo expresada en el romano III de la presente sentencia.

11. Declárase que en el término “intimidación” utilizado en las letras a y c del art. 19 LECAT, así como respecto de las letras a y b del art. 26 del mismo cuerpo legal, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a la exigencia de taxatividad y mandato de certeza derivados del principio de legalidad y la seguridad jurídica, ya que tal término puede ser precisado conforme los criterios básicos de interpretación, así como del estado actual de la dogmática.

12. Declárase que en los arts. 4 letra m inciso segundo; 34 letra b; incisos 3°, 4°, 5°, 8° y 9° del art. 37 así como el 39 de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a la exigencia de taxatividad y mandato de certeza derivados del principio de legalidad y la seguridad jurídica; ya que los listados de organizaciones terroristas brindados por organismos internacionales o regionales, así como derivados de acuerdos bilaterales entre Estados, tienen un carácter eminentemente complementario, conforme la técnica legislativa de las leyes penales en blanco y su inclusión en el Derecho nacional es necesaria conforme al carácter global que reporta la actividad del terrorismo en la actualidad.

13. Declárase que en el inciso último del art. 37 LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio de presunción de inocencia, ya que la medida de congelamiento de fondos, requiere ineludiblemente una mínima actividad probatoria que fundamente su aplicación, y tal precepto no es más que un procedimiento para aquellos casos en que terceros han sido erróneamente incluidos en los listados de grupos e individuos considerados terroristas.

14. Declárase que en los artículos 2, 3 y 38 de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al art. 83 de la 399 Constitución, pues la extraterritorialidad de la Ley Penal salvadoreña a los ciudadanos de otro Estado no implica una vulneración al art. 83 Cn., sino que se trata de una regla legal válida, que permite el juzgamiento del hecho punible en cualquier lugar donde se haya desenvuelto su recorrido criminal, evitando con ello las posibilidades de impunidad, en la medida en que tales actividades de indagación no constituyen una lesión a la soberanía nacional, ya que requerirán siempre la anuencia y control del Estado salvadoreño.

15. Declárase que en los artículos 17 letra b y 18 letra f de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio constitucional de lesividad, en tanto que, al hacer referencia a que la acción delictiva dañe total o parcialmente las instalaciones portuarias o destruya un buque o su carga, están castigando efectivamente la producción de un daño material.

16. Declárase que en los arts. 6 y 7 de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a los principios constitucionales de lesividad y culpabilidad, en la medida que la realización de tales conductas de naturaleza dolosa, suponen la existencia de un riesgo efectivo de lesión. En el caso del art. 6 LECAT el dolo en este caso, radica en el conocimiento de que se está tomando parte en la ocupación “armada” de una ciudad, poblado, edificio o instalación privada; y que tiene voluntad de participar en la misma y así deberá interpretarse y aplicarse, para que estemos en presencia de una figura eminentemente dolosa, y adecuada a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad.

17. Declárase que en el art. 5 de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio constitucional de lesividad, pues contemplar estos hechos en el Código Penal o en una ley penal especial resulta justificado, por la magnitud y repercusión que tienen en una nación y es un tipo penal que debe ponerse en consonancia con la noción de terrorismo, es decir, como un acto sistemático y programado que tiene como objetivo, entre otros, la ruptura del sistema democrático y del orden constitucional y la afectación de los derechos fundamentales 400 de las personas. Y en relación con la supuesta violación al principio de legalidad se puede afirmar que existe razones sistemáticas que brindan un sustrato coherente con la disposición impugnada y el contexto de la misma Ley a la que pertenece, así como con el Código Penal.

18. Declárase que en el inciso primero del art. 27 de la LECAT no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio de lesividad, pues se trata de una figura calificada del delito de amenazas cuyo bien jurídico protegido tiene dos facetas: la seguridad, entendida en sentido subjetivo de tranquilidad, así como la incidencia que la amenaza comporta a la libertad individual de actuación; en ese sentido, no puede tratarse de un delito de lesión, pues es una clara figura de peligro abstracto, donde lo esencial es analizar su aptitud para generar un desconcierto social, y lograr los fines de acuerdo con la definición de terrorismo apuntada. Y en relación con la supuesta violación al mandato de certeza señalado en la frase “por cualquier medio” utilizada en el contenido de la norma impugnada, no existe la inconstitucionalidad siempre y cuando se haga sobre dicha disposición impugnada una interpretación finalista y contextual, esto es, que se haga uso de algún medio de difusión para expresar la amenaza, lo cual es consustancial al modo de operar de este tipo de criminalidad no convencional.

19. Declárase que los incs. 1° y 2° del art. 29 LECAT, no exist la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a los principios de taxatividad, lesividad y culpabilidad; pues, en el primer caso, los términos “directa” e “indirectamente” utilizados por la disposición examinada admiten una interpretación acorde con la dogmática penal; en cuanto a la violación al principio de lesividad, se advierte que la intención legislativa es considerar autores y partícipes a todos aquellos que intervengan en los actos de financiación y corresponderá al juez valorar la importancia de la contribución al financiamiento al terrorismo y ajustar la sanción de acuerdo a ello; mientras que, en la supuesta violación al principio de culpabilidad, los comportamientos que en términos genéricos pueden caracterizarse como financiación del terrorismo, deben suponer un favorecimiento doloso o al menos en su forma eventual para su castigo, por tanto, se excluye la punición de su forma imprudente al no haber sido regulada expresamente.

20. Declárase que en el art. 31 LECAT –en cuanto a la punición de los actos preparatorios–, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a los principios de legalidad y lesividad, pues es una tipificación que toma como referencia los hechos probables que se planean cometer con una intención enfocada en la intimidación colectiva y debe ser entendido como una situación excepcional por la gravedad que reportan las actividades terroristas.

21. Declárase que en el art. 9 de la LECAT no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a los principios de lesividad y culpabilidad, ya que, en relación con el principio de lesividad, dicha disposición admite una interpretación conforme tomando en cuenta, la finalidad mediática que persigue la actuación terrorista. La cual constituye un cuestionamiento y desafío de las normas vigentes que rigen la coexistencia pacífica en una sociedad democrática mediante el uso instrumental del terror. la simulación de delitos implica una afectación al bien jurídico paz pública, existiendo por tanto una necesidad de criminalización. Y en relación con el principio de culpabilidad se advierte que el tipo penal en referencia castiga conductas netamente dolosas y en los que existe adicionalmente el móvil

subjetivo de causar terror en la población, en otras palabras, se trata de un delito de tendencia interna trascendente.

22. Declárese que en los incisos segundos de los arts. 15 inciso final, 18 inciso final, 19 inciso final, 20 inciso final, 21 inciso final y 26 inciso final de la LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación a los principios constitucionales de culpabilidad, ya que admiten una interpretación constitucional, en el sentido que debe existir al menos dolo –en sus diversas modalidades aún el eventual– en cuanto a la realización ulterior que es distinta a la conducta inicial. En su defecto, al no existir dolo en este segundo resultado, serán aplicables las reglas generales del concurso de delitos. Es decir, que podrán ser aplicadas únicamente en aquellos casos en que tales resultados formen parte del plan del agente terrorista –dolo directo o de consecuencias necesarias– o al menos acepte su realización –dolo eventual–.

23. Declárase que en los arts. 5, 7 inc. 2°, 11, 15 inc. 1° y 16 inc. 1° LECAT –en cuanto a las penas contempladas– no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio constitucional de resocialización de las penas contemplado en los incs. 2° y 3° del art. 27 Cn., pues al existir una nueva valoración legislativa en cuanto al máximo de pena en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño que es de sesenta años (Decreto Legislativo n° 1009 de 29-II-2012, publicado en el Diario Oficial n° 58, Tomo 394 de 23-III-2012, que modifica el máximo de pena establecido en el Código Penal), los preceptos impugnados pueden admitir una interpretación conforme, en el sentido que los jueces penales no pueden imponer penas que excedan tal magnitud.

24. Declárase que en los arts. 16 inc. 2°, 18 inc. 2°, 19 inc. 2°, 20 inc. 2°, 21 inc. 2° y 26 inc. final LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al principio constitucional de resocialización, ya que tales sanciones admiten una interpretación conforme, pues al existir una nueva valoración legislativa en cuanto al máximo de pena en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño que es de sesenta años (Decreto Legislativo n° 1009 de 29-II-2012, publicado en el Diario Oficial n° 58, Tomo 394 de 23-III-2012, que modifica el máximo de pena establecido en el Código Penal), los jueces podrán imponer las penas entre el mínimo determinado para cada delito, y el máximo que el legislador estableció para todos los delitos en general –sesenta años–. La regla anterior se aplicará mientras la Asamblea Legislativa no adecue la pena máxima de los delitos que exceden los sesenta años de prisión. Sin embargo, la Asamblea Legislativa, dentro del plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, deberá adecuar, conforme a su capacidad de configuración, la pena máxima de los delitos que están sancionados con 403 prisión de sesenta y cinco años, es decir, los artículos siguientes de la LECAT: 16 inc. 2°; 18 inc. 2°; 19 inc. 2°; 20 inc. 2°; 21 inc. 2°; y 26 inc. final.

25. Declárase que en el art. 34 LECAT, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al art. 27 Cn., ya que dicha disposición admite una interpretación conforme a la Constitución, siempre y cuando la aplicación de tal regla no sobrepase de ninguna manera los sesenta años como marco sancionatorio máximo, y ello deriva del entendimiento que las estipulaciones especiales deberán sujetarse a la nueva valoración legislativa en cuanto a lo que se considera aceptable para salvaguardar tanto los fines preventivo generales como especiales de la pena.

26. Declárase que en el art. 42 letra a LECAT no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al art. 24 in fine Cn., siempre y cuando se realice con base en los parámetros previamente establecidos en la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones y: (a) tal injerencia sea necesaria de acuerdo a determinados fines constitucionales y en los casos que en realidad lo ameriten –art. 2 letra b LEIT–; (b) que pueda ser autorizada por el órgano jurisdiccional mediante resolución motivada –art. 2 letra a LEIT–, y

(c) que exista un control fiscal y judicial antes, durante y de forma posterior a la cesación de la injerencia –arts. 7, 8, 15 y 16 LEIT–. Y que la autorización judicial tal autorización se sujete al principio constitucional de proporcionalidad, de manera que: (a) tenga como base una sospecha relevante, es decir, en virtud de indicios serios del cometimiento de un ilícito y de la probable responsabilidad penal en los presuntos hechos; (b) se verifique la necesidad de tal medida a los efectos de investigación, lo cual supone una valoración acerca de lo imprescindible que resulte la intromisión en las comunicaciones a efectos del descubrimiento de la verdad material, y la probable frustración de las pesquisas al no efectuarse; y (c) se motive la adecuación entre la restricción en el derecho y la gravedad de los hechos indagados, pues la esfera de actuación de los derechos fundamentales únicamente puede ceder ante la persecución de un ilícito grave y de relevancia social.

27. Declárase que en el art. 45 LECAT no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta violación al derecho de defensa, principios intermediación judicial y legalidad, siempre y cuando esa forma de prestar declaración mediante el resguardo de la identidad de la víctima a fin de salvaguardar su integridad personal se utilice de manera excepcional ante situaciones que supongan un riesgo personal para las víctimas, los testigos o los miembros de los cuerpos de seguridad que actúan como agentes encubiertos, resulta razonable evitar la confrontación visual con los imputados mediante el uso de medios electrónicos, y no limite las posibilidades de defensa –v. gr. la posibilidad de interrogar a los testigos por parte del imputado o de ofrecer por parte de éste otro tipo de prueba testimonial para desvirtuarla–. Y en relación con la ambigüedad de los términos “razones justificadas”, esta Sala considera que se trata de un término precisable por parte de la judicatura penal atendiendo a un juicio de ponderación que debe quedar plasmado en la resolución donde conste la motivación de la decisión. 28. Sobreséese en el presente proceso con respecto a la impugnación formulada contra la letra i del art. 4 letra i LECAT por inobservancia del art. 2 Cn., debido a la existencia de una argumentación insuficiente, y la cual no permitió establecer la supuesta violación al referido artículo constitucional relacionado. 29. Sobreséese en el presente proceso con respecto a la impugnación formulada en contra de los arts. 17 y 24 LECAT, por la supuesta violación al principio de culpabilidad, consagrado en el art. 12 Cn., ya que la pretensión muestra un contenido fáctico defectuoso, al haberse invocado una identificación y argumentación defectuosa respecto del contenido normativo de tales disposiciones, pues no presentan la estructura básica de un delito cualificado por el resultado. 30. Notifíquese la presente sentencia a los demandantes, a la Asamblea Legislativa y al Fiscal General de la República. 31. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.