

18-2022-20-2022-25-2022

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas del veintinueve de abril de dos mil veinticinco.

El presente proceso fue iniciado en virtud de los siguientes documentos: a) oficio n.º 663-04-2022, de 6 de abril de 2022, suscrito por la secretaria del Juzgado Segundo de Paz de Ahuachapán, mediante el cual remitió certificación de la sentencia pronunciada el 6 de abril de 2022 en el proceso penal sumario referencia 1/S-1-2022¹; b) oficio n.º 742-04-2022, de 25 de abril de 2022, suscrito por la Jueza Segundo de Paz interina de Ahuachapán, remitiendo certificación de la sentencia pronunciada el 25 de abril de 2022 en el proceso penal sumario referencia 4/S-04-2022², y c) oficio n.º 3002, de 18 de mayo de 2022, suscrito por la Jueza de Paz de Ayutuxtepeque, enviando certificación de la sentencia pronunciada el 17 de mayo de 2022 en el proceso penal sumario referencia 01-PS-22-1³. Mediante tales decisiones se declaró inaplicable el art. 346-B letras a) y b) del Código Penal (CP)⁴, por supuesta violación de los arts. 2, 12 y 246 Cn.

Una vez analizados los argumentos expuestos por las juzgadoras, se realizaron las siguientes consideraciones:

I. Objeto de control.

“TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO.

Art. 346-B.- Será sancionado con prisión de diez a quince años, el que realizare cualquiera de las conductas siguientes:

- a) El que tuviere, portare o condujere una o más armas de fuego sin licencia para su uso o matrícula correspondiente de la autoridad competente.
- b) El que portare una o más armas de fuego en los lugares prohibidos legalmente, en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias psicotrópicas”.

Intervinieron en el proceso las juezas requirentes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

II. Argumentos de los intervinientes.

1. A) El asunto aducido en las resoluciones de inaplicabilidad que iniciaron los procesos de inconstitucionalidad 18-2022 y 20-2022 es el mismo. En esencia, se sostuvo que el art. 346-B letras a) y b) CP infringe el principio de proporcionalidad, en tanto afecta la libertad, justicia,

¹ Inconstitucionalidad 18-2022.

² Inconstitucionalidad 20-2022.

³ Inconstitucionalidad 25-2022.

⁴ Dicho código fue emitido por el Decreto Legislativo n° 1030, de 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial n° 105, tomo 335, de 10 de junio de 1997. La disposición inaplicada fue reformada por el Decreto Legislativo n° 212, de 17 de noviembre de 2021, publicado en el Diario Oficial n° 226, tomo 433, de 26 de noviembre de 2021.

dignidad humana y culpabilidad. Para justificarlo, se alegó que tal principio exige que la pena sea adecuada a la gravedad de la conducta criminal; esto es así porque, para la autoridad requirente, existe relación entre este principio y el de lesividad, que requiere que la gravedad de la pena sea proporcional a la afectación generada por el comportamiento típico y antijurídico, por lo que aquellas conductas carentes de grave peligrosidad para los bienes jurídicos penalmente tutelados no pueden ser sancionadas con penas sumamente altas.

Así se señaló que, en el ámbito penal, la proporcionalidad se enfoca principalmente en la determinación o individualización judicial de la pena —consistente en la adecuación de la pena al hecho delictivo y a la persona que lo cometió—, la cual tiene dos límites infranqueables: a) el de legalidad, donde la consecuencia jurídica se determina abstractamente por el legislador conforme a un límite inferior y uno superior; y b) la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su sanción. Conforme a lo anterior, la jueza requirente consideró que la pena de 10 a 15 años de prisión prevista en el art. 346-B CP viola los fines constitucionales de la pena (art. 27 inc. 3º Cn.), ya que es desproporcional en relación con la naturaleza del bien jurídico tutelado.

Y es que el bien jurídico que se resguarda con el delito tipificado en el objeto de control es la paz (o tranquilidad) pública, el cual, si bien es un interés valioso para la sociedad, no por ello deja de tener un carácter difuso, lo que lo convierte en un delito de peligro abstracto que suele asimilarse a los delitos de mera actividad que se perfecciona con la simple ejecución de la conducta prevista en el tipo y no exige una material puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Por lo anterior, a juicio de la autoridad inaplicante, el delito previsto en el art. 346-B CP busca prevenir la puesta en peligro de la seguridad colectiva, teniendo en cuenta que las armas están “[...] diseñadas o fabricadas con el propósito específico de herir o matar”, lo que atenta contra la vida o la integridad de las personas, que pueden ser lesionadas mediante el uso de armas de fuego. En consecuencia, sostuvo que la tutela bajo respuesta penal es necesaria, pero considera que se ha utilizado desproporcionalmente.

Para evidenciar lo anterior, la señora juez hizo una comparación ejemplificativa de la pena prevista en el objeto de control con la establecida en otros delitos, así: a) el delito de lesiones se sanciona con una pena de uno a tres años de prisión; b) por el delito de lesiones graves se impone una pena de tres a seis años de prisión; c) las lesiones muy graves tienen una pena de entre cuatro a ocho años de prisión; d) en el caso de las lesiones agravadas, las penas oscilan entre tres a ocho años o cuatro a diez años, y e) para el delito de homicidio, la pena mínima es de quince años. En estos casos, los delitos tutelan derechos *más valiosos*, esto es, la vida e integridad personal. Entonces, a criterio de la referida autoridad judicial, se ha equiparado o inclusive superado la respuesta punitiva de un delito de peligro que tutela intereses difusos de la sociedad con la pena de delitos en los que objetivamente se observa un resultado lesivo en contra de intereses concretos, violándose así el principio de proporcionalidad.

B) La jueza inaplicante del proceso de inconstitucionalidad 25-2022 adujo que el art. 346-B letra a) CP infringe el principio de proporcionalidad, ya que la pena no es acorde a la

lesión del bien jurídico protegido. Para justificarlo, apuntó que existe una vinculación entre dicho principio y el de lesividad, la cual exige que la gravedad de la pena sea coherente a la afectación del comportamiento típico y antijurídico, por lo que esta no puede superar el desvalor que el hecho comporta, en este caso, un hecho de peligro abstracto en el que no ocurre un daño concreto. Con base en lo anterior, sostuvo que si bien la medida enjuiciada persigue un fin constitucionalmente legítimo y es adecuada, en tanto permite garantizar la paz pública y buscar la resocialización del condenado a través de la imposición de una pena, la sanción penal es innecesaria, porque existe otro medio alternativo con igual grado de idoneidad, pero menos lesivo para el derecho en juego, esto es, la reducción de la consecuencia jurídica a imponer y apegarse al rango regulado antes de la reforma (3 a 5 años de prisión), el cual era acorde al previo sistema de penas, en comparación con otros delitos que protegen bienes jurídicos *con mayor valor*.

Para evidenciar lo anterior, la autoridad requirente hizo una comparación ejemplificativa de la pena prevista en la disposición inaplicada con la sanción establecida en otros delitos, así: a) en el delito de homicidio simple, la pena oscila entre los 15 a 20 años, y b) en el delito de violación se prevé una pena de entre 6 y 10 años. En estos casos, advierte que los delitos tutelan derechos más importantes, esto es, la vida y la libertad sexual. En consecuencia, a su consideración, el legislador equiparó la respuesta punitiva de un delito de peligro que tutela intereses difusos con la pena prevista para delitos en los que objetivamente se observa un resultado lesivo contra intereses concretos, violándose los principios de lesividad y culpabilidad.

2. En su informe, la Asamblea Legislativa sostuvo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador goza de un ámbito de libre decisión en lo que respecta a la inserción de tipos penales autónomos, siempre y cuando respete los principios de proporcionalidad y lesividad. Con base en ello, el legislador puede seleccionar los bienes jurídicos que considera merecedores de la más intensa protección estatal, por ser la base de la convivencia social. Además, también puede determinar las sanciones penales que estime ajustadas a la finalidad preventivo-general que persigue, así como el bien jurídico afectado, incluso puede establecer las diferenciaciones que considere pertinentes atendiendo al diverso grado de desvalor de un acto, del resultado o de la culpabilidad.

Entonces, el incremento de la pena para el delito previsto en el art. 346-B CP es una manifestación de la libertad de configuración del legislador que no transgrede ninguna norma constitucional pues, aunque se trata de un delito de peligro abstracto (no de resultado), “lo que se busca es hacer más efectiva la función preventivo general de la pena”. Esto, debido a que “la misma experiencia [...] indica” que la portación, tenencia o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego “es con la finalidad de transgredir el ordenamiento normativo”. Por tanto, esta acción resulta, en la práctica social, en algo más lesivo que otros supuestos normativos que regulan actos concretos, por lo que hacer una comparación conduciría a efectuar examen de proporcionalidad en atención a un solo hecho y no a la diversidad de delitos que se cometen con

armas no registradas o sin la debida licencia. Con base a esto, concluyó que no existe la inconstitucionalidad aducida.

3. El Fiscal General de la República sostuvo que no existe la inconstitucionalidad alegada en las descritas resoluciones de inaplicabilidad. Para justificarlo, argumentó que “se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador, suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar [de libertad] a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos”. Asimismo, se remitió a las nociones de balance institucional dependiente del contexto, a la idea de deferencia al legislador en tanto sujeto con la última palabra en cuanto a la formulación de las leyes y a la circunstancia de que hay un piso y un techo respecto de la pena a imponer.

III. Definición del problema jurídico y orden temático de la sentencia.

1. En virtud de los argumentos aducidos por los intervinientes, el problema jurídico por resolver consistió en determinar si el art. 346-B letras a) y b) CP viola los principios de proporcionalidad de la pena y lesividad (arts. 2, 12 y 246 Cn.), debido a que prevé una pena de prisión que sería desproporcionada en atención al catálogo que estatuye el Código Penal para delitos que revisten un mayor desvalor en cuanto a la afectación de bienes jurídicos o si, por el contrario, la disposición se encuentra justificada por la finalidad preventivo-general buscada por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración.

2. Para resolver dicho problema se siguió el orden temático siguiente: (IV) el margen de acción estructural del legislador en el ámbito penal; (V) el principio de proporcionalidad en general; (VI) la proyección de la proporcionalidad en el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, como dimensiones del poder punitivo estatal; (VII) estándares constitucionales sobre el control de las sanciones penales. Finalmente, (VIII) se resolvió el problema jurídico planteado.

IV. Margen de acción estructural del legislador en el ámbito penal.

1. La Constitución debe concebirse como un orden fundamental y un orden marco, pues no prevé reglas técnicas que indiquen cerrada y taxativamente los fines a conseguir y los medios que deben emplearse para conseguirlos, aunque también prevé mandatos y prohibiciones⁵. Por el contrario, la norma fundamental confía ciertas cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, de manera que algunas cosas no son mandadas o prohibidas, sino que se dejan abiertos márgenes de acción estructurales para que dichos poderes públicos, entre ellos el Órgano Legislativo, hagan uso de tal discrecionalidad con respeto de lo ordenado o prohibido.

Por esa razón, esta Sala ha sostenido que la Constitución es un complejo estructurado y organizativo que se caracteriza también por asignar atribuciones y competencias a diferentes órganos, es decir, ordena los cometidos de los distintos detentadores del poder, de manera que se posibilite la complementariedad de estos entre sí y se garanticen la responsabilidad, el control

⁵ Sentencia de 7 de octubre de 2011, inconstitucionalidad 20-2006.

y la limitación del poder en el proceso de adopción de las decisiones estatales⁶. Cabe sostener que la Constitución limita el ejercicio del poder al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, al establecer la obligación del ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal⁷.

Esta dinámica de interacción en el proceso político se desarrolla bajo tres tipos de normas: *las prohibiciones*, que son aquellos aspectos constitucionalmente imposibles, pues encajan dentro de la esfera de lo indecible; *las órdenes o mandatos*, que postulan aspectos de la realidad que son constitucionalmente necesarios; y *las prescripciones habilitantes* que encajan dentro de lo discrecional, es decir, ámbitos constitucionalmente posibles. En este último tipo de normas se configura el margen estructural que la Constitución confía a los entes públicos, principalmente aquellos que tienen competencias relacionadas con la concreción normativa de los preceptos constitucionales⁸.

Consecuentemente, aquello que las normas constitucionales no ordenan ni prohíben se enmarca en el margen de acción estructural del legislador⁹. Por principio democrático reconocido en el art. 85 Cn. y la naturaleza deliberativa, de contradicción y de representación del Órgano Legislativo, el legislador es libre para actuar cuando la Constitución no lo ha obligado a nada. En cambio, no es asunto evidente afirmar que el legislador es libre de actuar cuando se presentan problemas para reconocer si en realidad es libre de actuar. Esto último se vincula con los llamados *márgenes de acción epistémicos*.

2. La Sala ha reconocido en sus precedentes que existen tres tipos de márgenes de acción estructurales: para la fijación de fines, para la elección de medios y para la ponderación¹⁰. Como se dijo, mediante los márgenes de acción estructural del legislador se garantiza el respeto del principio democrático. De esta manera, se reconoce que la legislación no constituye una mera aplicación de mandatos de optimización, ya que las disposiciones de derecho fundamental no ordenan ni prohíben nada en relación con muchos casos posibles. Pues bien, el legislador tiene competencia para decidir donde la Constitución no prescribe nada.

A) Márgenes de acción para la fijación de fines. Este margen permite al legislador decidir por sí mismo si interviene un derecho fundamental y los fines, propósitos o principios por los que lo hace. Como ha dicho esta Sala: “Frente a un derecho fundamental, el [l]egislator tiene un margen para la fijación de fines, cuando el derecho contiene una reserva competencial de intervención que no define las razones para la intervención legislativa. En este supuesto, el [l]egislator puede perseguir todos los fines (o la intensidad de su realización, una cuestión de grados o medidas) que [aquel] no prohíba en abstracto, *siempre y cuando respete las exigencias del principio de proporcionalidad*. También tiene un margen para la fijación de los fines, pues

⁶ Sentencia de 11 de noviembre de 2003, inconstitucionalidad 17-2001.

⁷ Sentencia de 25 de agosto de 2010, inconstitucionalidad 1-2010 AC.

⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 20-2006, ya citada.

⁹ Sentencia de 23 de octubre de 2020, inconstitucionalidad 6-2020 AC.

¹⁰ Por ejemplo, la sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.

el derecho enuncia las razones para la intervención, pero no ordena que se produzca la intervención, sino que solo permite que esto suceda en caso de que concurran dichas razones”¹¹.

En materia penal, este margen de acción se traduce, por ejemplo, en la posibilidad de orientar las penas hacia fines de prevención general que se aparejen con su finalidad resocializadora, pues “la pena no [solo] intenta promover la reeducación y la reinserción social, sino que también es un instrumento de protección de los valores e intereses esenciales (bienes jurídicos) de la vida en comunidad. Aunque se ha aclarado que la Constitución no establece una exclusiva finalidad de la pena, con base [al art. 27 inc. 3° Cn.] sí se reconoce una directriz constitucional de asignar a la ejecución penitenciaria una orientación preventiva especial positiva, entendida como la búsqueda de la reeducación y reinserción social de los condenados [...]. Esto no excluye la búsqueda de fines preventivos generales, sino que implica que la actividad de reintegración del penado se considera una de las formas más humanas y legítimas de evitar nuevos delitos en el futuro”¹².

B) Márgenes de acción para la elección de medios. Tienen lugar cuando se trata de normas de fin, bien sean reglas o principios, que solamente establecen la obligación de alcanzar un determinado estado de cosas sin fijar los medios que deben emplearse para ello. Ese margen, que deriva de la estructura de los deberes positivos, entra en escena cuando las normas de derecho fundamental no solo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección y fomento. Si el legislador debe perseguir un fin y tiene a su disposición varios medios que son igualmente idóneos, la elección del medio adecuado, en principio, se confía a su discrecionalidad.

Ahora bien, la elección de medios no es una potestad absoluta, ya que, si el medio elegido afecta un derecho fundamental y hay otros medios alternos, por las exigencias del test de proporcionalidad (en su escaño de necesidad) debe elegirse el que logre con igual o mayor idoneidad el fin perseguido, pero con el menor grado de afectación en el derecho fundamental que resulta intervenido. Y es que, como ya ha sostenido este Tribunal, el examen de necesidad que forma parte del test de proporcionalidad “implica comprobar si la medida era la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido”¹³.

Esta última idea se expresa en el Derecho Penal, entre otros, en el principio de mínima intervención; para la Corte Constitucional de Ecuador¹⁴, dicho principio tiene dos consecuencias: la primera, referente al ámbito de acción del Derecho Penal, y la segunda, concerniente a la proporcionalidad de las medidas punitivas. En lo que respecta al ámbito de acción del Derecho Penal, el principio de mínima intervención establece que las instituciones

¹¹ Sentencia de inconstitucionalidad 20-2006, ya citada.

¹² Sentencia de 29 de abril de 2013, inconstitucionalidad 63-2010 AC.

¹³ Sentencia de 17 de noviembre de 2017, inconstitucionalidad 105-2014.

¹⁴ Corte Constitucional de Ecuador, sentencia de 29 de septiembre de 2021, caso n° 2706-16-EP, la cual se cita por resultar útil en el caso de estudio.

del sistema penal solamente podrán activarse luego de verificar que no existen otras ramas del Derecho o vías procesales más o igual de idóneas y eficientes que las del Derecho Penal para tutelar el bien jurídico lesionado¹⁵. Por su parte, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas punitivas, el principio de mínima intervención penal manda que cuando tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derechos humanos, sean idóneas, necesarias y proporcionales¹⁶.

C) Márgenes de acción para la ponderación. Es la parte esencial de la dogmática de la Constitución como un orden marco. La forma como deba resolverse el problema de la constitucionalización depende sobre todo de la respuesta que se dé al problema de la ponderación. El mandato de ponderación es idéntico al tercer subprincipio de la proporcionalidad, que exige determinar si la importancia de la realización del fin mediano perseguido por la medida adoptada justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente¹⁷. Por lo tanto, cuando se trata del problema del margen para la ponderación, en definitiva, todo se remite al papel del principio de proporcionalidad en la dogmática de la Constitución como marco.

El margen para la ponderación se basa en la idea de los derechos como mandatos de optimización y supone una colisión entre ellos. Es decir que, por tratarse de normas que deben cumplirse en la mejor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto, se asume que estas *posibilidades jurídicas* están determinadas por las reglas o principios contrapuestos. La respuesta de qué ha de entenderse por optimización está dada por el contenido del principio de proporcionalidad. Sin embargo, no se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales. En suma, lo que postula la noción de ponderación es que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁸.

En la esfera penal, la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto¹⁹ se manifiesta en dos vertientes igualmente relevantes. Por una parte, en la prohibición de exceso, que es un criterio para controlar la constitucionalidad de actos o normas que afecten derechos en sus manifestaciones de defensa; y por la otra, en la prohibición de protección deficiente, que se utiliza para enjuiciar actos o normas que no satisfacen las exigencias impuestas por los derechos en sus manifestaciones de prestación o protección (o lo hacen defectuosamente)²⁰. Debido a la

¹⁵ Esta opinión coincide con la sostenida en la sentencia de 14 de diciembre de 2015, inconstitucionalidad 171-2013, donde se expuso que “la tendencia actual en el Derecho penal [persigue] descargar -conforme el principio de mínima intervención- de los ordenamientos penales ciertos delitos y convertirlos en infracciones administrativas”.

¹⁶ En este punto, la Corte Constitucional de Ecuador coincide con lo sostenido en la sentencia de 14 de enero de 2016, inconstitucionalidad 109-2013. Asimismo, es la postura defendida en Blanco, Agustín Emmanuel, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2021, pp. 717-719.

¹⁷ Sentencia de 29 de julio de 2010, inconstitucionalidad 61-2009.

¹⁸ Sentencia de 19 de agosto de 2020, controversia 8-2020.

¹⁹ Sentencia de controversia 8-2020, ya citada.

²⁰ Sentencia de 24 de septiembre de 2010, inconstitucionalidad 91-2007; y Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., 5ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008, pp. 134-141.

importancia de este concepto para la resolución del presente caso, seguidamente se profundizó en su contenido y exigencias argumentales.

V. El principio de proporcionalidad en general.

1. A) Como se dijo, el margen de acción estructural del legislador se compone (entre otros) por un margen para la ponderación que se incardina en el principio de proporcionalidad, que constituye una barrera a la competencia legislativa para limitar los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional de este y demás tribunales constitucionales de América Latina y Europa son consistentes (podría decirse uniformes) en cuanto a la idea de que la limitación de los derechos fundamentales corresponde al Órgano Legislativo²¹. Sin embargo, dado que tales derechos deben ser protegidos en la mayor medida posible respecto de cualquier autoridad que ejerce poder, sus atribuciones para limitarlos no son absolutas e irrestrictas, sino sujetas a determinadas exigencias de legitimidad, las cuales se mencionan a continuación.

B) En primer lugar, la reserva de ley (art. 131 ord. 5° Cn.²²). Al respecto, esta Sala ha sostenido que la limitación de derechos fundamentales solo puede hacerse mediante ley formal²³, que se erige como barrera frente a los alcances de la función normativa del Órgano Ejecutivo (potestad reglamentaria)²⁴.

La reserva de ley puede ser absoluta o relativa. En el primer caso, la ley regula por sí misma toda la materia reservada, de tal suerte que queda completamente exenta de la acción del Órgano Ejecutivo y entes autónomos, en consecuencia, de sus productos normativos²⁵. En el segundo caso, la reserva de ley admite la colaboración de dichos entes. Desde esa perspectiva, la reserva relativa implica que la ley no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite a reglamentos, acuerdos o tratados, a los que invita, ordena o habilita a colaborar en la normación²⁶. Ahora bien, en esta colaboración, la norma remitida debe respetar los límites establecidos por la ley formal, pues si estos límites no se respetan se produce una violación a la reserva de ley²⁷.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de julio de 2014, C-507/14; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 19 de junio de 2018, expediente 00005-2013-PI/TC; Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia de 24 de noviembre de 1992, 3550-92; Asociación de Investigación y Estudios Sociales, “El principio de reserva de ley en la Constitución Política de la República de Guatemala”, *Revista ASIES*, n° 3, 2013; Tribunal Constitucional de España, sentencia de 22 de mayo de 2019, 76/2019; Corte Constitucional de Ecuador, sentencia de 14 de agosto de 2014, n° 002-14-SIN-CC; sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada, y BVerfGE (Tribunal Constitucional Federal alemán) 57, 295, de 16 de junio de 1981.

²² Esta disposición es el parámetro genérico de la reserva de ley, pero hay casos en que la Constitución emplea disposiciones más específicas para determinar dicha reserva. Por ejemplo, el art. 207 inc. 3° Cn. la prevé acerca del fondo para el desarrollo económico y social de los municipios.

²³ Sentencia de 27 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 22-97; sentencia de 21 de septiembre de 2012, inconstitucionalidad 60-2005/3-2006; y sentencia de 5 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 13-2012.

²⁴ De igual forma, se ha señalado que la suspensión de derechos fundamentales en la totalidad o en parte del territorio corresponde, por regla general, a la Asamblea Legislativa, y solo muy excepcionalmente puede hacerse por el Consejo de Ministros a través de un régimen de excepción (art. 29 inc. 1° y 167 n° 6 Cn.), en los términos en que se ha explicado en los precedentes jurisprudenciales. Véase la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²⁵ Sentencia de 11 de julio de 2018, inconstitucionalidad 65-2015.

²⁶ Véase la sentencia de 4 de junio de 2018, inconstitucionalidad 82-2015.

²⁷ Sobre estas diferencias entre la reserva de ley absoluta y relativa, véase la sentencia de inconstitucionalidad 60-2005/3-2006, ya citada; y la sentencia de inconstitucionalidad 13-2012, ya citada.

C) En segundo lugar, el respeto al núcleo esencial del derecho afectado. Tal como establece el art. 246 Cn., el contenido esencial de los derechos fundamentales, esto es, los aspectos mínimos que hacen que el derecho concernido sea tal y conserve su identidad, no puede ser alterado por las leyes que regulen su ejercicio²⁸. Ello está configurado por el ámbito de actuación humana protegido, lo cual debe ser fijado desde la Constitución, en el marco de una interpretación adecuada de los preceptos constitucionales²⁹.

D) Para finalizar, el respeto al principio de proporcionalidad. En general, la concreción de este principio para efectos de aplicación es un test, examen o juicio, es un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales, de poca densidad normativa y sus concreciones interpretativas³⁰.

2. A) En cuanto a este último punto, como quedó dicho, se han distinguido dos vertientes del test de proporcionalidad: prohibición de exceso y prohibición de protección deficiente³¹, según se trate de medidas que afecten posiciones de derecho fundamental de defensa o de prestación, respectivamente. Para diferenciarlas, es necesario recordar que todos los derechos tienen una dimensión de abstención y de prestación³². En ese sentido, ni los derechos civiles y políticos obligan solo a no hacer, ni los derechos sociales obligan solo a hacer, por ello se entiende que las posiciones de defensa son las que vinculan al destinatario mediante una obligación de abstención o no hacer³³; y las posiciones prestacionales son las que le vinculan mediante deberes de prestación o de hacer³⁴.

Bajo esa lógica, todos los derechos fundamentales son susceptibles de examinarse bajo la óptica del principio de proporcionalidad en sus dimensiones de prohibición de exceso o prohibición de regulación o protección deficiente, según sea el modo de ejercicio afectado: si fuere de defensa o dimensión de abstención, se aplica la prohibición de exceso; y si es de prestación o dimensión de hacer, se aplica la prohibición de protección deficiente³⁵. En ambos, el presupuesto para la aplicación del examen es que se trate de una injerencia en dichas posiciones, por lo que no cabe frente a la mera regulación³⁶. De esas modalidades de examen, para este caso solo interesó la primera.

²⁸ Sentencia de 25 de junio de 2009, inconstitucionalidad 83-2006.

²⁹ Sentencia de 14 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 103-2007.

³⁰ Sentencia de 20 de enero de 2009, inconstitucionalidad 84-2006.

³¹ Sentencia de inconstitucionalidad 91-2007, ya citada.

³² Sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005/55-2005.

³³ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada.

³⁴ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada.

³⁵ A manera de ejemplo, el derecho al sufragio obliga al Estado a no interferir en el voto ciudadano y permitir que se ejerza con total libertad (dimensión de abstención), pero también a organizar el evento electoral, con todo lo que ello implica hacer: licitaciones, depuración del padrón electoral, campañas informativas, etc. (dimensión prestacional). La estructura del test de proporcionalidad en su vertiente de prohibición de protección deficiente es esta: (i) idoneidad, que requiere que la medida analizada favorezca la realización de algún fin constitucionalmente imperativo y que haya una relación medio-fin entre lo que se busca y el instrumento empleado para conseguirlo; (ii) suficiencia, que exige que no haya otra abstención u otra medida alternativa que favorezca la realización del fin por lo menos con igual intensidad y simultáneamente favorezca más la realización del derecho fundamental cuya protección se requiere, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto, que se infringe cuando el grado de satisfacción del fin o derecho contrapuesto sea inferior al grado de incumplimiento del derecho fundamental prestacional. Sobre dicha estructura, ver la sentencia de 17 de enero de 2022, inconstitucionalidad 190-2016.

³⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

B) La estructura del examen de proporcionalidad en su vertiente de prohibición de exceso es la que sigue: (i) idoneidad, implica que la medida limitadora debe perseguir un fin legítimo (uno que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución) y ser adecuada (apta) para la consecución del fin perseguido³⁷; (ii) necesidad, exige que toda medida de intervención sea la más benigna con el derecho concernido de entre todas las que revisten al menos la misma idoneidad para lograr el fin legítimo³⁸, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, según el cual, cuanto mayor es el grado de afectación de los derechos concernidos, tanto mayor debe ser la satisfacción de los contrapuestos³⁹.

C) Las dos vertientes del test de proporcionalidad tienen carácter escalonado. Según un cercano precedente constitucional sobre este tema⁴⁰, dicho carácter implica, primero, que el paso de uno de sus escaños al siguiente solo es posible cuando se ha agotado el anterior (ej., para pasar al subprincipio de necesidad hay que agotar el de idoneidad, y para pasar al de proporcionalidad en sentido estricto se deben agotar los de idoneidad y necesidad); segundo, que ante la alegación simultánea de violación de dos o más subprincipios del test (ej., que la medida es simultáneamente inidónea e innecesaria, o innecesaria y desproporcionada en sentido estricto), solo se analiza el subprincipio que ocupe el lugar inicial dentro de la estructura del test y se rechaza respecto de los posteriores⁴¹; y tercero, que si se hace uso del principio de eventualidad, es decir, si se impugna más de uno de los escaños del test, es opción del actor o autoridad requirente el realizar, en un razonamiento distinto, un nuevo test de proporcionalidad en el que se supere el subprincipio que inicialmente se consideraba no cumplido, o hacerlo en el mismo razonamiento que ha iniciado⁴².

VI. Proyección de la proporcionalidad en el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

En el ejercicio del poder punitivo estatal (*ius puniendi*), que se manifiesta en el ámbito del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador⁴³, el principio de proporcionalidad adquiere matices peculiares respecto de las consecuencias jurídicas (sanciones administrativas

³⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 2016, amparo 794-2013.

³⁸ Auto de 14 de agosto de 2013, inconstitucionalidad 147-2012.

³⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009, ya citada.

⁴⁰ Auto de 19 de enero de 2022, inconstitucionalidad 76-2018.

⁴¹ Para ejemplificar como opera este criterio: si se argumenta que una medida es inidónea, innecesaria y desproporcionada en sentido estricto, se rechazarán los argumentos de innecesaridad y desproporción en sentido estricto, pero sí se analizará la supuesta inidoneidad.

⁴² Pero, en ambos casos es indispensable que aduzca las “condiciones de refutación” de su argumento, lo que significa que, por ejemplo, si considera que la medida es inidónea y, bajo el principio de eventualidad también afirma que es innecesaria, es él quien tiene que proponer un hipotético argumento que justificaría la idoneidad, como por ejemplo cuál podría ser un eventual fin legítimo o sentido de adecuación medio-fin en la medida cuestionada que “refutaría” el argumento inicial que ha sostenido. En consecuencia, no puede limitarse a plantear que pide el análisis del escaño posterior en caso que esta Sala estime que se supera el anterior, pues entonces delegaría en este Tribunal una carga argumentativa que le corresponde a él. Sobre las condiciones de refutación, véase el auto de 17 de febrero de 2020, inconstitucionalidad 10-2020. En dicha resolución, citando a Stephen Toulmin, este Tribunal definió dichas condiciones como “las circunstancias en que ha de exceptuarse la autoridad de los enunciados generales que permiten pasar de ciertos datos hasta una afirmación”.

⁴³ Sentencia de 24 de agosto de 2015, inconstitucionalidad 53-2013 AC, en la que se sostuvo que “[l]a jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa coinciden en reconocer un fundamento común o una sola razón que justifica el poder del Estado para sancionar ciertas conductas de las personas, ya sea mediante el Derecho Penal o por medio del Derecho Administrativo Sancionador”.

o penas), las cuales deben tenerse en cuenta. En primer lugar, las finalidades que persiguen los delitos, faltas o infracciones administrativas pueden ser diferentes, tales como la retribución, la prevención general (positiva o negativa) o la prevención especial. Si bien esta Sala ha admitido la posibilidad de que los fines de prevención general puedan constituir una razón sólida para la incriminación de conductas o para el establecimiento de la magnitud de la sanción, esto no puede contrariar en esencia los fines resocializadores y el principio de humanidad en su ejecución⁴⁴ (art. 27 incs. 2° y 3° Cn.). Ello es distinto en el ámbito de las sanciones administrativas, cuyo fin básicamente es retributivo, esto es, compensar el saldo de culpabilidad que comprende la comisión de la infracción administrativa⁴⁵. En ese sentido, como quedó dicho en el considerando IV, hay ciertas peculiaridades en el margen de acción estructural para la selección de fines.

Por otra parte, en ambas derivaciones de la potestad punitiva estatal, el principio de culpabilidad irradia toda su fuerza limitativa en el sentido que no pueden existir sanciones que sobrepasen la gravedad del hecho, del resultado y la reprochabilidad exigible al autor de la conducta antijurídica (esto es, incide en la necesidad y ponderación de las medidas punitivas). Por tanto, la proporcionalidad entronca con el ámbito de la culpabilidad como uno de sus contenidos; también lo hace con el principio de lesividad, según el cual “la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales”⁴⁶.

De ahí que, atendiendo esas particularidades, en el ámbito de las sanciones se establecen magnitudes inferiores y superiores para la aplicación de penas o infracciones administrativas y dentro de las cuales se deberá determinar la que será justa por parte del aplicador⁴⁷ (teoría del espacio de juego). Así que, para lograr esa respuesta particularizada en el ámbito de la individualización de la sanción que sea respetuosa del principio de culpabilidad, se habla, en primer lugar, de la individualización abstracta de la sanción que corresponde al legislador. En esta se determina generalmente una magnitud inferior y una magnitud superior en que debe moverse el órgano público sancionador, hasta concretar la sanción en el caso particular, de acuerdo con diversas reglas de dosimetría o particularidad específica.

Por ende, en este ámbito, se puede hablar de un proceso complejo de determinación de la sanción —penal o administrativa— conforme a dos escenarios: su individualización abstracta, de competencia exclusiva del legislador, que implica la formulación normativa de un mínimo y un máximo, así como la creación de necesarias reglas de dosimetría que permitan una respuesta dosificada a la conducta antijurídica; y un ámbito de individualización concreta, correspondiente al órgano sancionador —jurisdicción penal o administración— que debe adecuar la sanción a

⁴⁴ Sentencia de 13 de mayo de 2022, inconstitucionalidad 119-2016 AC, en la que se reconoció a la resocialización el estatus de derecho fundamental, con los matices efectuados en el auto de aclaración de 11 de abril de 2025, que fue pronunciado a las nueve horas de esa fecha.

⁴⁵ Sentencia de 15 de mayo de 2001, amparo 808-99.

⁴⁶ Sentencia de 1 de abril de 2004, inconstitucionalidad 52-2003 AC.

⁴⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 109-2013, ya citada.

cánones de gravedad del hecho y circunstancias personales del infractor⁴⁸. Con ambos elementos se permite que el aplicador de la norma pueda pronunciar una consecuencia jurídica que sea idónea, necesaria y proporcional a los fines preventivos o retributivos que se persiguen en cualquiera de las dimensiones de la potestad punitiva estatal.

VII. Estándares constitucionales sobre el control de las sanciones penales.

1. A) Cuando se trata de sanciones penales, que son las más graves que se regulan en el ordenamiento jurídico y afectan un valor esencial en el que se asienta la idea del Estado moderno (la libertad), conviene citar de forma ilustrativa lo dicho por el Tribunal Constitucional español: “[...] en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la [n]orma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. [...] [E]l legislador «ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento»”⁴⁹.

B) De igual forma, esta Sala ha reconocido que la libertad no es un derecho absoluto, como igualmente relativos son todos los derechos fundamentales. No se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar las restricciones que el legislador prescribe para asegurar la convivencia social, siempre con relación a los valores fundamentales del sistema: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, art. 1 inc. 1º Cn. *La libertad es restringible, pero, al mismo tiempo, solo lo es por razones que atiendan a dichos valores, lo que significa que no puede limitarse en virtud de razones cualesquiera*⁵⁰. De ese modo, si bien en materia penal existe un margen estructural de acción mucho más abierto, lo único que genera tal amplitud es un estándar de control constitucional cualitativamente distinto que no suponga la corrección exacta o aproximada de cuál debiera ser la pena o su adecuada magnitud. Más bien, *de lo que se trata es de constatar que la prevención de los delitos mediante las normas del Derecho Penal no resulte más costosa que su comisión, tomando en cuenta el coste de la intervención penal y sus beneficios*.

2. A) El control de las sanciones penales no es nada novedoso en la jurisprudencia de esta Sala, ya que han existido diferentes pronunciamientos en los que se han analizado excesos en las consecuencias jurídicas aplicables a ciertas formas delictivas. De inicio, conviene tener presente lo dicho en la sentencia de inconstitucionalidad 52-2003 AC, en la que se reconoció a la dignidad humana como límite a la consecución de finalidades preventivo-generales —es decir, el uso de las sanciones con una motivación exclusivamente ejemplarizante—⁵¹.

⁴⁸ De la Mata Barranco, Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2007, pp. 219-220.

⁴⁹ Tribunal Constitucional de España, sentencia de 28 de marzo de 1996, 55/1996.

⁵⁰ Sentencia de 14 de diciembre de 1995, inconstitucionalidad 17-95.

⁵¹ Sentencia de inconstitucionalidad 52-2003 AC, ya citada.

Según se sostuvo en tal pronunciamiento, al analizar el texto y contenido del preámbulo de la Constitución, se revela la decisión de establecer un Estado personalista, en el que la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad. El texto fundamental parte de una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad de la persona, como el único mecanismo para establecer los cimientos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa, sustentada en el espíritu de la libertad y la justicia como valores inherentes a una concepción humanista⁵². Por ende, el poder punitivo estatal solamente se justifica si ofrece una eficaz y necesaria protección de los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales, más no la protección del Estado como un fin en sí mismo. En esencia, tanto el preámbulo como el art. 1 Cn. impiden que la persona humana quede reducida a un mero instrumento al servicio del Estado.

B) También es procedente hacer referencia a la sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 Ac, en la que se declaró que la pena máxima de prisión de setenta y cinco años era desproporcional y contraria a los principios de dignidad humana y resocialización que inspiran el sistema del Código Penal y la Ley Penitenciaria⁵³. De algún modo, este criterio se reiteró en la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 Ac⁵⁴.

C) Asimismo, resulta oportuno hacer mención de la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena prevista para los actos preparatorios en el Código Penal y en leyes penales especiales. En la citada sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 Ac se prescribió: “... 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 grado de participación en el delito o en sus grados de ejecución. Esto conlleva repercusiones prácticas para la actividad legislativa”.

D) De igual manera, en la sentencia de inconstitucionalidad 3-2016 se enfatizó que no puede existir una equiparación de penas entre los actos de proposición y conspiración, u otras formas preparatorias autónomamente castigadas en la parte especial de las leyes penales, con las que corresponden al logro del fin delictivo pretendido, pues se trata de conductas todavía lejanas a la lesión o al peligro efectivo de un bien jurídico determinado. De ahí que, al tratarse de pre-estadios de la participación punible, su peligrosidad es menor y ello debe ser tomado en cuenta en la conminación penal⁵⁵.

3. Retomando lo expuesto en la última decisión relacionada (inconstitucionalidad 3-2016), pueden encontrarse ciertos parámetros útiles para analizar cuándo existe o no un exceso en la determinación abstracta de la pena por parte del legislador. Algunos de estos criterios son

⁵² La concepción personalista a la que se hace referencia también fue reconocida en la sentencia de 15 de febrero de 2017, inconstitucionalidad 22-2011.

⁵³ Sentencia de 23 de diciembre de 2010, inconstitucionalidad 5-2001 AC.

⁵⁴ Sentencia de 24 de agosto de 2015, inconstitucionalidad 22-2007 AC.

⁵⁵ Sentencia de 19 de febrero de 2018, inconstitucionalidad 3-2016.

singularmente desarrollados en las sentencias de inconstitucionalidad 54-2005⁵⁶ y 56-2012⁵⁷, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A) La finalidad que debe perseguirse con la conminación y aplicación de la sanción penal. Esta no puede ser solo la consecución de una finalidad preventivo-general, ya que se ve limitada por el principio de culpabilidad y la finalidad resocializadora que debe tener la pena privativa de libertad (arts. 12 y 27 incs. 2° y 3° Cn.). Este criterio impone no simplemente la opción por la pena privativa de libertad para cada infracción penal, sino que si los fines de prevención perseguidos pueden resultar cumplidos con otro tipo de penas (por ejemplo, las privativas de otros derechos o pecuniarias), debe optarse por ellas. Asimismo, la meta resocializadora implica la opción por utilizar ciertos paliativos al rigor del castigo, tales como el uso de sustitutivos penales o el acceso a beneficios penitenciarios.

B) El principio de exclusiva protección del bien jurídico. Los bienes jurídicos son definidos como aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia humana en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema. También suelen definirse como los presupuestos instrumentales necesarios para el funcionamiento del sistema social y para que este sobreviva o como los que aseguran las posibilidades de participación del individuo en la sociedad. El interés social merecedor, necesitado y capaz de protección a través del Derecho Penal es una condición fundamental que dota de legitimidad a la protección penal. Puede constituirse en un interés individual o un interés difuso o colectivo; ello implicará la selección de una técnica de protección mediante un delito de lesión o un delito de peligro.

C) El principio de lesividad. Es el fundamento axiológico y límite esencial en la estructuración del concepto constitucional del delito, en la medida que las prohibiciones legislativas a cuya infracción se atribuye una pena se justifican si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social. Por ende, las conductas de escaso disvalor (tanto de acción como de resultado) deben quedar descartadas de la respuesta penal, ya sea porque no se encuentran en una relación de alteridad (conductas autorreferentes) o porque se trate de lesiones insignificantes (conductas inocuas)⁵⁸. Bajo este contexto, las modalidades de agresión o el contexto de comisión del delito pueden, de igual manera, modular diferentes respuestas al hecho delictivo.

D) El principio de responsabilidad o culpabilidad. Existen diversos grados de atribución subjetiva que modulan la responsabilidad penal y la gravedad de la pena. Así, en razón de la regla jurídica de que todo lo desigual debe ser tratado de forma desigual, tanto el dolo como la imprudencia merecen un trato penológico diferenciado. La pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito culposo o imprudente, y en los casos que tan siquiera concurra

⁵⁶ Sentencia de 5 de octubre de 2011.

⁵⁷ Sentencia de 18 de junio de 2014.

⁵⁸ Sobre el rechazo a la sanción penal de las conductas autorreferentes, véase la sentencia de 16 de noviembre de 2012, inconstitucionalidad 70-2006 Ac.

imprudencia, porque el sujeto no pudo prever ni evitar el hecho, no cabe imponer pena alguna (prohibición de la responsabilidad objetiva). En esta sede, deben tomarse en cuenta los móviles o las intenciones perseguidas con la realización del delito.

VIII. Resolución del problema jurídico.

1. A) Como se dijo en el considerando III 1, el problema jurídico por resolver consistió en determinar si el art. 346-B letras a) y b) CP viola los principios de proporcionalidad de la pena y lesividad (arts. 2, 12 y 246 Cn.), debido a que prevé una pena de prisión que sería desproporcionada en atención al catálogo que estatuye el Código Penal para delitos que revisten un mayor desvalor en cuanto a la afectación de bienes jurídicos o si, por el contrario, la disposición se encuentra justificada por la finalidad preventivo-general buscada por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración.

B) Como antesala al análisis de proporcionalidad, en este caso se evalúa que la medida cumple con las exigencias de razonabilidad⁵⁹. En efecto, una sanción penal no es, en abstracto, una intervención en los derechos fundamentales que carezca de propósito puesto que, como apuntó la Asamblea Legislativa al rendir su informe, se pretende fomentar la función de prevención general del Derecho Penal y de las consecuencias jurídicas.

2. El primer aspecto a evaluar fue definir si la medida enjuiciada superaba el escaño de idoneidad, esto es, si persigue un fin legítimo y es adecuada para la consecución de dicho fin⁶⁰. Al respecto, el tipo penal en estudio protege principalmente a la seguridad en general —o paz pública— como bien jurídico, lo cual es aceptable como criterio para criminalizar una conducta, por cuanto se asienta en la menor tolerancia que reporta la posesión ilegal de armas de fuego en la sociedad actual. En tal sentido, este tipo de preceptos penales busca proteger además bienes jurídicos como la vida e integridad personal, libertad en sus diferentes matices, patrimonio y orden público y su objeto de tutela es la seguridad de la comunidad frente a los riesgos que podría generar la libre circulación de las armas de fuego⁶¹. Más aún, esos comportamientos a veces se califican como un *delito obstáculo*, es decir, actos que son necesariamente idóneos para la comisión de un hecho delictivo posterior, que es en última instancia lo que se trata de evitar. Por tanto, se configuran como un auténtico *impedimento* para que no puedan llegar a producirse los actos delictivos futuros, que son los que realmente terminarían dañando al bien jurídico⁶².

Para otros, la justificación de esta clase de delitos se asienta en finalidades estrictamente de prevención policial, bajo el argumento de que es mejor intervenir antes, aunque no se tenga la certeza de que el sujeto va a cometer el delito⁶³ (este último argumento es uno de los que ha utilizado la Asamblea Legislativa en su informe de defensa). Entonces, al tratarse de la protección de un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual, la técnica legislativa que

⁵⁹ Al respecto, véase la sentencia de 14 de diciembre de 2004, inconstitucionalidad 42-2003.

⁶⁰ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

⁶¹ Segrelles de Arenaza, Iñigo, “Faltas contra los intereses generales”, en Autores Varios, *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, 1ª ed., Marcial Pons, España, 2000, p. 1026.

⁶² Cuesta Pastor, Pablo, *Delitos obstáculo*, 1ª ed., Comares, España, 2002, p. 40.

⁶³ Pastor Muñoz, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 1ª ed., Atelier, España, 2005, p. 24.

suele utilizarse es la de un delito de tenencia y de peligro abstracto. Esta es la opción que ha decidido tomar el legislador y que no reporta objeción alguna por parte de esta Sala desde la óptica del escaño de idoneidad del test de proporcionalidad, pues la tutela de los bienes jurídicos antedichos mediante un delito de peligro y la promoción de los fines preventivo-generales de la pena son, en este punto, un fin legítimo que el legislador ha buscado conseguir por mecanismos causalmente adecuados para ello.

A lo anterior se suma que la disuasión con fines preventivos de actos de violencia que involucren armas de fuego ilegales o usadas de manera irresponsable no es intrascendente a la luz del devenir histórico del país. Como se sabe, no solo hubo una cruenta Guerra Civil⁶⁴, sino que luego de esta han existido fenómenos violentos que han marcado la historia reciente de El Salvador, como el surgimiento del fenómeno pandilleril y otras formas de crimen organizado que han tenido que ser combatidas por distintos medios.

En ese contexto, el interés de reprimir y prevenir hechos brutales, en especial los de mayor potencial lesivo para los derechos y bienes de las personas, cobra un grado más alto de intensidad. Este interés tiene alcance mundial, como se infiere de los arts. 1, 3 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; II de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados; o la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, entre otras expresiones del Derecho Internacional suscritas y ratificadas por El Salvador.

3. A) Entonces, es necesario evaluar el segundo escaño del examen de proporcionalidad: la necesidad de la medida cuestionada. Como se dijo, una medida es necesaria si resulta ser la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido⁶⁵. Para el caso, se debe reiterar que, cuando el objeto de control del proceso de inconstitucionalidad es una sanción penal, existe margen estructural de acción del legislador mucho más abierto, que genera un estándar de control cualitativamente distinto que no supone la corrección exacta o aproximada de cuál debiera ser la pena o su magnitud adecuada. Sin embargo, esto no supone que la Sala renuncie o abdique de sus funciones pues, como deriva de las sentencias de inconstitucionalidad 52-2003 Ac, 5-2001 Ac, 22-2007 Ac y 3-2016 ya citadas, puede enjuiciar dichas sanciones a partir de los estándares mencionados en el considerando VII de esta decisión.

Uno de esos estándares es el que emana del principio de lesividad, que precisamente se ha utilizado como parámetro de control, según el cual las modalidades de agresión o el contexto de comisión del delito pueden modular las respuestas al hecho delictivo. Asimismo, deben considerarse los principios de responsabilidad y culpabilidad. Así, existen diversos grados de atribución subjetiva que modulan la responsabilidad penal y la gravedad de la pena. En virtud

⁶⁴ Sobre el tema, véase la sentencia de 13 de julio de 2016, inconstitucionalidad 44-2013 Ac.

⁶⁵ Sentencia de inconstitucionalidad 105-2014, ya citada.

de la regla de que todo lo desigual debe ser tratado de forma desigual, han de tomarse en cuenta los móviles o intenciones perseguidas con la realización del delito y dar un tratamiento punitivo acorde con el disvalor de la acción o del resultado.

B) A partir de lo anterior, es necesario hacer dos valoraciones relevantes.

a) La primera de ellas, como argumento central de las autoridades inaplicantes, es que la pena prevista en el art. 346-B CP resulta desproporcionada porque, a partir de un análisis del esquema de sanciones del mismo Código Penal, se ha equiparado o incluso superado la respuesta punitiva por un delito de peligro que tutela intereses difusos con la pena de otros hechos punibles en los que se observa un efectivo resultado lesivo. En este punto, los términos de evaluación propuestos por tales autoridades son los delitos de lesiones (art. 142 CP), lesiones graves (art. 143 CP), lesiones agravadas (art. 145 CP) y homicidio (art. 128 CP).

No obstante, en este argumento hay dos defectos que deben ser detallados. Primero, el delito de tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego es de peligro. Esto supone que no se necesita que la acción ocasione perjuicio sobre una persona u objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido se ponga en riesgo respecto del daño que se pretende evitar⁶⁶. O, como ha dicho la Sala de lo Penal, lo que caracteriza a este tipo de delitos es que “no se trata de que se produzca un efectivo riesgo —como sí ocurre en aquellos de peligro concreto—, sino el riesgo de la conducta que se supone inherente a la acción”⁶⁷.

No obstante, las autoridades que realizaron la inaplicación han asumido que este delito en particular solo busca evitar lesiones en la vida e integridad personal, lo que no es así. La tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego pone en riesgo la vida e integridad, pero también otros bienes jurídicos importantes, como la autonomía personal (amenazas con agravación especial -art. 155 n.º 1 CP-), intimidad (allanamiento de morada -art. 188 inc. 2º CP-), patrimonio (robo agravado -art. 213 n.º 3 CP-) e incluso el sistema constitucional y la paz pública (rebelión -art. 340 CP-), etc.

Con base en esta afirmación, es pertinente analizar que, en la actualidad, el juicio de disvalor realizado por el legislador (que posee un amplio margen de acción estructural respecto de la política criminal y fijación de penas) sugiere un elevado grado de reproche a comportamientos sociales ligados valorativamente a la tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego. Entre ellos, algunos que incluso se han propuesto como “término de contraste” por las autoridades requirentes.

A la luz de esos cambios legislativos⁶⁸, no solo se modifica el contraste normativo propuesto en este caso, lo cual es por sí mismo relevante, sino que también se cambia el esquema legislativo general de disvalor a partir del cual la argumentación realizada en este caso cobraba algún sentido, según se explica acá:

⁶⁶ Véase Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3ª reimpresión, Temis, Colombia, p. 85.

⁶⁷ Sala de lo Penal, sentencia de 4 de julio de 2018, referencia 35C2018.

⁶⁸ Algunas de las penas que se mencionarán a continuación fueron modificadas por el Decreto Legislativo n.º 210, de 7 de febrero de 2025, publicado en el Diario Oficial n.º 30, tomo 446, de 12 de febrero de 2025.



Penas en vigor a la fecha de la inaplicación

Delito	Pena mínima	Pena máxima
Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego (art. 346-B CP)	10 años de prisión	15 años de prisión
Delitos de lesión o resultado con penas inferiores o iguales		
Violación (art. 158 CP)	8 años de prisión	12 años de prisión
Agresión sexual en menor e incapaz (art. 161 CP)	8 años de prisión	12 años de prisión
Extorsión agravada (art. 3 n.º 10 de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión)	10 años de prisión	20 años de prisión
Robo agravado (art. 213 n.º 3 CP)	8 años de prisión	12 años de prisión
Otros tipos penales que tutelan el bien jurídico cuya lesión, según la Asamblea Legislativa, pretende evitarse con el precepto cuestionado, pero que poseen penas inferiores o similares		
Homicidio (art. 128 CP)	15 años de prisión	20 años de prisión
Homicidio tentado (arts. 24, 68 y 128 CP)	7 años y medio de prisión	10 años de prisión
Lesiones agravadas —la forma más grave de lesiones posibles— (art. 145 CP)	4 años de prisión	10 años y 8 meses de prisión

Penas actualmente en vigor

Delito	Pena mínima	Pena máxima
Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego (art. 346-B CP)	10 años de prisión	15 años de prisión
Delitos de lesión o resultado con penas coherentes con la de la tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego		
Violación (art. 158 CP)	10 años de prisión	16 años de prisión
Agresión sexual en menor e incapaz (art. 161 CP)	10 años de prisión	15 años de prisión
Extorsión agravada (art. 3 n.º 10 de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión)	10 años de prisión	20 años de prisión
Robo agravado (art. 213 n.º 3 CP)	20 años de prisión	30 años de prisión
Otros tipos penales que tutelan el bien jurídico cuya lesión, según la Asamblea Legislativa, pretende evitarse con el precepto cuestionado		
Homicidio (art. 128 CP)	25 años de prisión	35 años de prisión
Homicidio tentado (arts. 24, 68 y 128 CP)	12 años y medio de prisión	17 años y medio de prisión
Lesiones agravadas en relación con las lesiones muy graves —la forma más disvaliosa de lesiones posibles— (arts. 144 y 145 CP)	6 años de prisión a 8 años de prisión	12 años de prisión a 16 años de prisión

Pues bien, visto el examen comparativo anterior, se advierte no solo la modificación en el contraste normativo, sino además la articulación coherente del grado de reproche legislativo hacia formas de criminalidad que se asocian (como resultados que pretenden evitarse) al delito de tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego. Esto es decisivo en el presente análisis en la medida que la libertad de configuración del legislador en torno a dicho reproche es amplia, a la misma vez que, desde la política criminal que le compete diseñar, es representativa de la visión acerca de algunas de sus *líneas maestras*: la prevención del delito, así como su persecución y de la impunidad⁶⁹, a partir de los fines preventivo-generales y especiales de la pena de prisión.

El segundo defecto argumentativo analizado en este punto es que, incluso tratándose de delitos que atentan contra la vida o integridad de las personas (homicidio o lesiones, por ejemplo), se está ante situaciones posiblemente conexas, pero distintas al delito de tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego. Si bien este último busca evitar la lesión a otros bienes jurídicos importantes (vida, integridad, autonomía personal, intimidad, patrimonio e incluso el sistema constitucional y la paz pública), tiene autonomía respecto de ellos⁷⁰.

A modo de ejemplo, si se comete homicidio o lesiones usando como medio un arma de fuego que, por las condiciones de tenencia, portación o conducción, encaje en el tipo descrito en el art. 346-B CP, no necesariamente se estaría ante supuestos donde el segundo delito se subsuma en el primero (por lo del principio de consunción, art. 7 n° 3 CP), sino también cabe la posibilidad de ponderar la concurrencia de un dispositivo amplificador del tipo (concurso ideal o real de delitos) que, en todo caso, debe ser examinado por el juzgador (arts. 40 y 41 CP)⁷¹.

Sobre esto, hay que recordar ciertas cuestiones básicas: que en el concurso ideal de delitos existe unidad de acción, pero pluralidad de infracciones penales que se sancionan singularmente; mientras que en el concurso real existe diversidad de acciones independientes, con delitos resultantes distintos que generan acumulación sucesiva de consecuencias jurídicas; esta última modalidad puede acontecer cuando hay una mera relación causal entre acciones que son particulares entre sí, como cuando de las ventajas obtenidas a raíz de un delito anterior se comete un nuevo delito⁷².

b) La segunda valoración relevante es que el mismo Código Penal contiene alternativas frente a eventuales problemas de lesividad o proporcionalidad en la conducta sancionada.

⁶⁹ Sentencia de 25 de marzo de 2008, inconstitucionalidad 32-2006 Ac.

⁷⁰ Los delitos aludidos por los jueces inaplicantes se orientan a la tutela de situaciones diferentes: en los injustos penales que atentan contra la vida o integridad, se trata de un bien jurídico *individual o individualizable que atiende al interés de personas concretas*, mientras que en el tipo penal descrito por el art. 346-B CP, si bien es un delito de peligro, se atiende a la *prevención de vulneraciones de bienes jurídicos de todas las personas (cualquiera)*, dado el riesgo que representa para cualquier miembro de la sociedad.

⁷¹ Conforme al art. 40 CP, “[h]ay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí”; y, según dispone el art. 41 CP, “[h]ay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada”.

⁷² Nino, Carlos Santiago, *El concurso en el Derecho Penal*, Astrea, Argentina, 1972, pp. 96-97.

mayor de probabilidad razonable del desconocimiento o error de juicio al que se ha venido haciendo alusión. Por supuesto, este examen, que compete a los jueces que conocen de cada caso en específico, tiene que ser realizado a partir de pruebas que corroboren tales extremos, no a partir de intuiciones, convicciones personales u otros medios no legítimos para la acreditación de hechos.

Un ejemplo de lo anterior es el escenario de algunas personas que, dedicándose a servicios de seguridad o vigilancia, obtienen un arma de fuego que posee matrícula, pero sin tener una licencia para portarla (en evidente transgresión a lo establecido en el art. 28 de la Ley de Control y Regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos Similares), pues acá puede acontecer que, ante el incumplimiento de la responsabilidad empresarial de constatar la posesión de dicha licencia, el agente incurra en el error de asumir que basta con esa matrícula. Pero, se insiste, esta es una evaluación que corresponde hacer en el caso concreto por parte del juez de la causa.

Del mismo modo, los tribunales pueden evaluar en cada caso sujeto a decisión los demás asuntos relevantes para la determinación de la existencia de responsabilidad penal. Por ejemplo, si se está ante estado de necesidad que pudiere restar antijuridicidad formal al comportamiento cometido (art. 27 n.º 3 CP).

C) Con base en lo anterior, se concluye que la medida supera el escaño de necesidad que integra al test de proporcionalidad. Ahora bien, el análisis de si la medida es desproporcionada en sentido estricto, que sería el último de los niveles del examen, no se corresponde con los argumentos aducidos por las autoridades inaplicantes. En ese sentido y de acuerdo al principio de congruencia procesal, se prescindió de la evaluación de esta fase del test por no ser parte de la confrontación normativa planteada.

Por tanto, bajo la interpretación conforme con la Constitución que fue planteada en este considerando⁷⁹, en virtud de la cual el art. 346-B CP tiene aplicación para los casos en que no concurra error o alguna excluyente de responsabilidad penal y a partir del esquema general de penas que actualmente posee el Código Penal, que denota un grado de desvalor intenso y coherente hacia las formas de criminalidad que se pretenden evitar con este delito de peligro, *se deberá declarar que no existe la inconstitucionalidad alegada por supuesta violación a los arts. 2, 12 y 246 Cn.* La forma de decidir el presente caso es similar a la que este Tribunal adoptó en decisiones previas donde se han cuestionado normas penales⁸⁰.

⁷⁹ En la jurisprudencia constitucional se ha sostenido que la interpretación conforme a la Constitución “produce como efecto una sentencia formalmente desestimatoria porque la disposición legal objeto de control no es invalidada —aún pertenece al sistema tras el pronunciamiento de este tribunal—, al admitir por lo menos un significado que se acomoda al precepto constitucional propuesto como parámetro de control. Pero, de modo simultáneo, dicho criterio hermenéutico implica también una sentencia materialmente estimatoria debido a que ‘descarta’ o ‘expulsa’ del orden jurídico la interpretación que, según el actor, es incompatible con la Constitución”. Véase la sentencia de 23 de mayo de 2018, inconstitucionalidad 149-2013.

⁸⁰ Por ejemplo, la sentencia de inconstitucionalidad 70-2006 Ac, que realizó una interpretación conforme con la Constitución del art. 34 incs. 1º y 2º de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

4. En virtud de la relevancia de este caso para el ámbito de funciones de los jueces con competencia penal, es necesario hacer una valoración respecto de su comunicación. En la jurisprudencia constitucional, de modo excepcional, se ha aceptado la posibilidad de que las sentencias dictadas en el proceso de inconstitucionalidad se hagan saber a sujetos distintos a las partes, dada la importancia que tienen en el sistema de fuentes y sus efectos en relación con los mandatos que dichos sujetos están llamados a cumplir (por ejemplo, la aplicación de la ley a los casos concretos)⁸¹. La consecuencia de extender la comunicación es que, al igual que los intervinientes, están obligados a cumplir con lo decidido desde el momento en que conocen de la sentencia⁸², lo que se traduce en este caso concreto en los efectos previstos por el art. 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales: queda vedada la posibilidad de inaplicar este mismo objeto control a partir de los argumentos analizados.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 183 Cn., 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA**:

1. *Declárase*, de un modo general y obligatorio, *que no existe la inconstitucionalidad alegada respecto de la pena de prisión prevista en el artículo 346-B del Código Penal*, por violación de los artículos 2, 12 y 246 Cn. La razón es que esta disposición admite una interpretación conforme con la Constitución en virtud de la cual tiene aplicación para los casos en que no concurra error o alguna excluyente de responsabilidad penal y a partir del esquema general de penas que actualmente posee el Código Penal, que denota un grado de desvalor intenso y coherente hacia las formas de criminalidad que se pretenden evitar con este delito de peligro.

2. *Notifíquese* la presente sentencia a todos los intervinientes y comuníquese su contenido a los jueces con competencia en materia penal.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del mismo.

-----H. A. M-----DUEÑAS-----LUIS JAVIER SUÁREZ MAGAÑA-----GARCÍA-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
-----RENÉ ARÍSTIDES GONZÁLEZ BENÍTEZ-----SECRETARIO -----
-----RUBRICADAS-----"

⁸¹ Sentencia de 15 de octubre de 2021, inconstitucionalidad 110-2017.

⁸² Auto de 15 de marzo de 2013, inconstitucionalidad 120-2007.