

✓
30-2016

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas con cuarenta minutos del día veintisiete de octubre de dos mil diecisiete. ✓

El presente proceso constitucional fue iniciado de conformidad con el art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales —LPC—, en virtud de la certificación remitida por el Tribunal Quinto de Sentencia de este distrito judicial, de la sentencia pronunciada el 19-I-2016 en la que declaró inaplicable el art. 2 inc. 2° de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión (emitida mediante el Decreto Legislativo n° 953 de 18-III-2015, publicado en el Diario Oficial n° 56, tomo n° 406, de 23-III-2015 o LECDE) por supuesta vulneración a los arts. 27 inc. 3° y 246 inc. 1° Cn. que contienen los principios de proporcionalidad y resocialización.

El precepto inaplicado prescribe:

“Extorsión

Art. 2.- El que realizare acciones tendientes a obligar o inducir a otro, aun de forma implícita, a hacer, tolerar u omitir un acto o negocio de carácter patrimonial, profesional o económico, independientemente del monto, con el propósito de obtener provecho, utilidad, beneficio o ventaja para sí o para un tercero, será sancionado con prisión de diez a quince años.

La extorsión se considerará consumada con independencia de si el acto o negocio a que se refiere el inciso precedente se llevó a cabo y responderán como coautores, tanto el que realice la amenaza o exigencia, como aquéllos que participen en la recolección de dinero personalmente, a través de sus cuentas o transferencias financieras o reciban bienes producto del delito”.

Han intervenido en el presente proceso, el Tribunal en referencia, 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:

1. El Tribunal Quinto de Sentencia sostuvo que una característica esencial del Estado de Derecho es el respeto a la fuerza normativa que posee la carta magna en las decisiones referentes a la política criminal y a la política penal, por lo que ningún órgano está habilitado para transgredir sus principios, derechos y garantías establecidos en su texto. Por ello, cuando un juez advierta tal transgresión en una norma secundaria, debe utilizar el mecanismo de la inaplicabilidad.

Sostiene que en los ámbitos de la conminación, aplicación y ejecución, la pena no puede ser utilizada de forma abusiva o arbitraria so pena de afectar gravemente el principio de dignidad humana, ya que ella se justifica en cuanto permite reintegrarse de forma posterior a la sociedad respecto de quien ha cometido el delito. En otras palabras, afirma “... la pena debe tener ese plus de ser un instrumento de reincorporación del individuo, así lo que antes

era venganza o castigo, ahora en un Estado Constitucional, se concibe como una opción de recuperación del hombre”.

Por tanto, aunque el legislador tiene libertad de configuración para disponer qué pena fijará, esta discrecionalidad no es absoluta ni arbitraria, ya que se subordina a los principios de dignidad humana, finalidad utilitaria de la pena y readaptación. Esto resulta inobservado en la nueva regulación del delito de extorsión, pues se advierte la consecución de una finalidad preventivo general de la pena en cuanto a su marco abstracto, lo que no cumple los fines establecidos en el art. 27 inc. 3° Cn. Así, considera que la pena de diez a quince años es excesiva, sobre todo, cuando se castiga con igual pena en el caso del delito imperfecto o tentado. Y es que tal inciso 2° del art. 2 LECDE expresamente considera consumada la conducta delictiva de forma independiente a que efectúe el acto o negocio jurídico.

Expresó entonces que no “se pueden crear delitos para proteger meras immoralidades o dispensar tutelas a conductas auto-referentes, o para proteger funciones y no bienes jurídicos, o anticipar indebidamente la punición a estadios previos a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ni podría legítimamente crear tipos penales en los cuales se presuma la culpabilidad o el dolo, o en los que se sancionen no conductas sino rasgos de personalidad”.

Finalmente, inaplica el referido inciso segundo, pero utiliza la pena establecida en el inciso primero del art. 2 de la LECDE —de diez a quince años de prisión— pero disminuida conforme una interpretación sistemática que efectúa con los arts. 24 y 68 del Código Penal —en adelante C.Pn.—.

2. Por resolución de 8-VIII-2016, esta sala dio trámite a estos procesos y, con base en los arts. 77-A y 77-C LPC, afirmó que en el presente caso se había verificado que la declaratoria de inaplicabilidad reunía los presupuestos mínimos para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad. En dicho auto, se recibió la certificación de la resolución pronunciada por el tribunal en referencia y se ordenó a la Asamblea Legislativa que rindiera informe mediante el cual justificara la constitucionalidad de la disposición declarada inaplicable y en el que tomara en cuenta los motivos de inconstitucionalidad delimitados en el auto de admisión.

3. La Asamblea Legislativa señaló que al derogar el art. 214 del Código Penal y convertir el referido delito en una ley especial, fue en razón de que su anterior redacción no correspondía con la realidad salvadoreña. Además, la ofensividad de la extorsión es tal que no afecta únicamente al patrimonio, sino también a la autonomía personal de la víctima y otros bienes jurídicos de carácter supra-individual, tales como el orden socio-económico.

Es evidente, afirmó, que el ilícito en estudio ha evolucionado en formas más complejas, sistémicas y el perjuicio causado por su cometimiento afecta a familias, pequeñas y medianas empresas y a diversos sectores productivos de la vida nacional. En efecto, el delito constituye un desincentivo para la generación de la inversión económica y genera altos

costos de producción a las empresas que tienen que pagar la denominada “renta”. Agregó que estamos en presencia de un delito propio de la criminalidad organizada y que se efectúa mediante los servicios de telecomunicación que se convierten en instrumentos para su realización. Por todo lo anterior, el órgano legislativo decidió conveniente “readecuar” el delito a las circunstancias reales que enfrentan los órganos de persecución y juzgamiento penal.

Con relación a la proporcionalidad de la pena, recalcó que en la nueva redacción típica se ha tomado en cuenta la importancia social del hecho delictivo y el daño que se pretende evitar mediante la función preventiva de la norma penal, ya que la proporcionalidad sancionatoria no puede desconocer los efectos que la pena puede producir en la colectividad. Más aún, tratándose de aquellos hechos punibles que suelen resultar el medio habitual de recolección de dinero por parte de organizaciones delictivas. Tampoco se ha inobservando el principio resocializador establecido en el inc. 3° del art. 27 Cn., pues para ello existe la Ley Penitenciaria que cuenta con mecanismos técnicos para lograr el respectivo fin readaptador.

Finaliza refiriéndose a la resolución que originó el presente proceso, y donde manifiesta que el juez inaplicante se convirtió en un legislador positivo invadiendo el ámbito de competencia del parlamento salvadoreño, ya que la noción de proporcionalidad en abstracto formulada en la ley debe ser respetada dentro del ámbito de la determinación judicial de la pena, y donde el aplicador de justicia tiene que moverse estrictamente dentro del espacio de juego establecido en la nueva redacción del art. 2 LECDE.

En consecuencia, solicitó que se declare no ha lugar la pretensión planteada en la sentencia judicial.

4. El Fiscal General de la República expresó que la Constitución es un conjunto de reglas aceptadas y consensuadas por una sociedad que pretende ser democrática y que estatuye un catálogo de valores o bienes considerados de especial relevancia para la convivencia. Estos bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la libertad, el patrimonio, el trabajo, la salud. Y se trata de todas aquellas condiciones existenciales que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas y cuyo menoscabo anula o limita las posibilidades de desarrollo personal y colectivo dentro del marco establecido por la Constitución.

Afirmó que el fin y justificación de las penas y medidas privativas de libertad es la de proteger a la sociedad contra el crimen, y este fin sólo se alcanzará si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley, sino también sea capaz de hacerlo. Y en cuanto al delito de extorsión, que si bien afecta al patrimonio con la obtención por parte del agente delictivo de un provecho ilegítimo o injusto, también se afecta el bien jurídico libertad. En efecto, sostuvo que al interpretar los datos estadísticos obtenidos por la FGR, se demuestra que el patrimonio ha dejado de tener importancia cobrando mayor realce la autonomía personal como objeto

principal de la acción delictiva. Esa realidad, señaló, también demuestra que este delito no sólo es realizado por particulares sino por miembros de pandillas u otros grupos criminales que cuentan con una estructura jerárquica y una división de funciones para realizar el delito en análisis. Así, los productos obtenidos por la extorsión generan no sólo enriquecimiento ilícito de sus miembros sino que también son empleados para la expansión de dichas asociaciones delictivas y su inserción en el mercado económico.

Por todo lo anterior, aseveró que se ha optado legislativamente por otorgar un tratamiento más “represivo” en el delito en referencia, ya que se trata de un comportamiento con un gran impacto en la comunidad y en el que se requiere de tratamiento punitivo aleccionador y preventivo; teniendo que aplicar los jueces, sanciones acorde con la gravedad de las conductas punibles y con la prevalencia de bienes jurídicos de rango constitucional tales como la vida, la libertad, la dignidad o la intimidad familiar que resultan afectados. Y es que una pena de diez a quince años de prisión es acorde con la realidad salvadoreña, debido a que en situaciones como las que se comentan la sanción punitiva debe ser ejemplarizante y disuasiva, sin perder el enfoque resocializador que su ejecución debe tener. Por ende, el legislador no ha infringido el principio de proporcionalidad ya que al hacer comparación con las penas de los delitos de homicidio y secuestro con la de extorsión se muestra acorde en lo que a gravedad respecta.

Por otro lado, afirmó que tampoco se vulneró el principio de proporcionalidad en cuanto a la equiparación de ciertas conductas de participación al grado de autoría pues el legislador tiene un ámbito de juego entre un mínimo y un máximo para adecuar la pena. Lo mismo acontece en el régimen sancionatorio de los actos ejecutivos y los actos preparatorios, ya que cuando se comparan las penalidades establecidas en los arts. 2 y 4 LECDE, se advierten sustanciales diferencias.

Concluye afirmando que la razón esencial de la nueva ley especial es evitar la impunidad causada por la insuficiente redacción del anterior art. 214 del Código Penal, y readecuar el combate de la extorsión a las circunstancias reales que enfrentan las víctimas así como los policías, los fiscales y jueces, por lo que pide desestimar la pretensión de inconstitucionalidad.

II. Previo a abordar el análisis de la pretensión relativa a la presunta vulneración del art. 2 inc. 2º LECDE a los principios de resocialización de la ejecución de pena y de proporcionalidad, es procedente: (III) efectuar algunas consideraciones referentes a la finalidad de la pena en el ámbito de la formulación legislativa conforme los recientes precedentes jurisprudenciales establecidos por esta Sala, en particular, los que se refieren a formas graves de criminalidad tales como las asociaciones ilícitas y las organizaciones terroristas; para posteriormente: (IV) identificar la técnica legislativa que el legislador utilizó en la nueva redacción del delito de extorsión y por último: (V) una vez analizada la

compatibilidad constitucional de la referida técnica, establecer sus efectos con relación al ámbito de la proporcionalidad sancionatoria que han resultado controvertidos: (1) la equiparación a efectos de pena entre los actos que tradicionalmente se han considerado tentativa —la formulación de la coacción intimidante o el uso de la violencia— con los que corresponden a la consumación —el cumplimiento de la condición por parte de la víctima— ; y (2) así como la imputación como autor (coautor) de actos que regularmente se han entendido como parte de la complicidad necesaria.

Sin embargo, previo a resolver tales puntos, se advierte que el Juez Quinto de Instrucción de este distrito judicial inaplicó el inciso 2° del art. 2 LECDE, pero enfiló la mayor parte de su argumentación en contra de la pena abstracta contemplada en el inciso primero del referido precepto, considerándola desproporcional y carente de finalidad resocializadora. No obstante, utilizó el marco legal del referido inciso primero para imponer la pena en el proceso penal que conoció, efectuando una interpretación sistemática con los arts. 24 y 68 del Código Penal que regulan el régimen sustantivo de la tentativa. Por lo que expresamente otorgó validez y aplicabilidad al precepto cuestionado.

Al parecer, la inconformidad del juez requirente radica en la equiparación del tratamiento punitivo entre personas que realizan aportes importantes en la realización del delito de extorsión como coautoría, así como la extensión de la consumación al ejercicio de la amenaza o coacción extorsiva. Puntos a los que se referirá la presente sentencia en su parte final.

III. 1. Sobre el sentido y fin de la pena, esta sala en múltiples ocasiones ha distinguido entre los ámbitos de conminación legislativa, imposición judicial y cumplimiento de la pena, destacando que en cada dimensión las diferentes justificaciones teóricas —prevención general, retribución y prevención especial— pueden preponderar unas sobre otras. Así, se ha sostenido que en el estricto ámbito de la ejecución penitenciaria, la pena tiene un claro sentido resocializador, en que el tratamiento y el régimen deben aportar condiciones de reintegración al condenado para que este pueda llevar una vida *a posteriori* sin recaer nuevamente en el delito —entre otras, sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001—. Empero, y como se ha establecido en la jurisprudencia —v. gr. sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003— la finalidad de reeducación y reinserción no es la única ni la preponderante que debe presidir en los ámbitos de configuración legislativa de los tipos penales ni en la determinación judicial de la pena. Aquí, perfectamente las finalidades preventivo generales entran en juego en razón de la función que el Derecho Penal presta a la sociedad y al Estado de Derecho.

Desde esta óptica, y como se ha sostenido desde la sentencia de 24-VIII-2015, Inc. 22-2007, existe un orden jurídico establecido dentro de la Constitución compuesto de valores y principios tan importantes como la vida, la integridad, el patrimonio y el honor —de entre los más representativos—, los cuales conforman la identidad normativa de la sociedad. Por

ende, la función de la pena es asegurar el respeto a tales normas esenciales para la convivencia ciudadana ante quien se muestra desafiante con ellas. En tal sentido, la pena debe asegurar el cumplimiento de tales expectativas de respeto a las normas esenciales que permiten la convivencia pacífica entre todos. Por ello, en el ámbito legislativo se pueden establecer conminaciones que comuniquen al conglomerado general —y en especial a los potenciales autores— que existen conductas prohibidas por perturbar de forma intolerable el ejercicio normal y ordinario de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por ello, la pena es un instrumento importante para salvaguardar el orden normativo de la sociedad y los valores que lo presiden y su aplicación contribuye al mantenimiento de la fidelidad al Derecho como una exigencia primaria. De ahí que sea válido constitucionalmente que en las conminaciones abstractas de la pena no solo se tenga en cuenta el interés resocializador que la misma pueda tener, sino también la importancia del valor social protegido por la norma, el menoscabo o la puesta en riesgo del interés tutelado y la forma de comisión utilizada por el agente delictivo.

2. Esto acontece con el delito de extorsión, en el que la diversidad de los bienes jurídicos que resultan vulnerados por su comisión son datos que válidamente puede tomar el legislador para adecuar los rangos mínimos y máximos de la magnitud penal al cumplimiento de finalidades preventivo-generales de carácter positivo. Y es que en su ofensividad se relacionan bienes jurídicos de naturaleza o titularidad individual tales como el patrimonio o la autonomía personal y bienes de naturaleza colectiva como el orden socio-económico. Esto permite afirmar que el delito en análisis también puede ser considerado como un hecho punible de naturaleza socio-económica.

En efecto, como destaca el considerando II del Decreto Legislativo n° 953, el delito de extorsión posee la virtualidad de afectar el orden económico social en el que actúan diversos actores tales como los consumidores, ahorrantes, inversores, comerciantes y productores entre otros, cuya actividad se encuentra dentro del régimen propio de una economía de mercado y, también, produce afectaciones al derecho fundamental a la libertad de empresa.

Esto se advierte claramente en la justificación brindada por la Asamblea Legislativa cuando afirma que las modalidades comisivas del delito de extorsión han evolucionado a formas más complejas reportando un mayor perjuicio a la pequeña y mediana empresa así como al sistema económico en general. Por ello es que se hacía necesario adecuar tanto el supuesto de hecho típico como su consecuencia a ese carácter pluri-ofensivo. Al respecto, esta sala se ha pronunciado a favor de la protección penal de estos bienes de carácter colectivo, supra-individual o difuso. Así, en la sentencia de 14-III-2016, Inc. 178-2013, se afirmó que si bien en el Derecho Penal del Estado liberal, la tutela penal descansaba en los intereses individuales, en el Estado Constitucional del Derecho se imponen nuevas funciones

de promoción y protección de estos intereses de titularidad plural. Por ende, la protección penal del orden socio-económico, es admisible constitucionalmente respecto de aquellos delitos en los que la masividad de su ejecución puede poner en serio riesgo el libre juego de las fuerzas económicas dentro del mercado de bienes y servicios.

3. En síntesis, se vislumbra que la nueva configuración penológica obedece en la consecución de finalidades preventivo-generales que no son contrarias al texto constitucional, sino, más bien, compatibles con la defensa de los valores, principios y derechos fundamentales a los cuales la norma penal debe proteger —libertad, autonomía personal, patrimonio, orden económico—. Tampoco tales fines son contrarios al principio resocializador, ya que quien sufre una pena está sujeto a un régimen progresivo de cumplimiento que permite su puesta en libertad a medida que se cumple un pronóstico positivo de reinserción, siendo factible la aplicación —en su oportunidad— de la libertad condicional establecida en el art. 85 del Código Penal.

IV. 1. Por otro lado, la necesidad de afrontar nuevos riesgos sociales derivados del desarrollo tecnológico y científico, el deterioro medio-ambiental, la bio-genética, globalización económica y, en particular, de formas convencionales de criminalidad que han evolucionado de forma paralela con el marco de la internacionalización —tal y como acontece con el crimen organizado y el terrorismo— imponen una adaptación funcional del ordenamiento punitivo a tales exigencias con la intención de poder controlarlas con mayor eficacia. Por ello, se postula la creación de un Derecho Penal preventivo que tenga como límite de intervención no únicamente cuando exista lesión del bien jurídico sino también a los momentos antecedentes en los que se vislumbra un peligro para el mismo.

Para tales efectos existe la denominada tesis de la anticipación de la tutela penal o criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, que se caracteriza por criminalizar comportamientos que se encuentran relativamente distantes de la lesión efectiva. Si bien, una punición exacerbada de los ámbitos previos a la ejecución puede implicar un mayor recorte a la libertad general de actuación del ciudadano, en específicos ámbitos puede ser utilizable conforme a la naturaleza de los intereses penalmente protegidos y el grado de peligrosidad manifestado por el agente (o los agentes) con su conducta antijurídica. Dentro de la legislación salvadoreña, la referida técnica no es novedosa, pues el castigo generalizado que se efectúa de la tentativa es una forma de anticipación —art. 24 del Código Penal— y, de igual manera, acontece con la sanción referida a los actos de proposición y conspiración en determinados delitos —v. gr. arts. 129-A, 149-A, 214-C del citado código y art. 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas entre otros casos—. Junto a estas manifestaciones podemos encontrar actos de preparación que han sido elevados al rango de delitos autónomos como acontece con el delito de organización terrorista contemplado en el art. 13 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, y sobre el cual esta sala ha manifestado

en la sentencia de 24-VIII-2015, Inc. 22-2007, que se consuma mediante la creación y el mantenimiento de una estructura organizada criminal de forma independientemente a la ejecución de los delitos-fin que hayan sido el motivo de su fundación. Como se sostuvo en la referida sentencia, la 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 pueden ser cometidos.

2. Por otro lado, en aquellos delitos que ostentan la característica de pluriofensividad —por afectar diversos bienes jurídicos protegidos— el legislador puede establecer su consumación formal con la realización de aquellos actos que reporten un serio menoscabo al sentimiento de seguridad personal de la víctima que es el bien jurídico que inicialmente resulta vulnerado por el delito de extorsión. Y ello puede acaecer, de forma independiente, a la consecución de un posterior resultado material —la entrega de dinero, el otorgamiento o suscripción de un documento que produzca efectos jurídicos, el brindar una prestación profesional, etc.— o la afectación del sistema económico en general.

En esta clase de delitos en los que el agente delictivo realiza un primer acto para posteriormente llevar a cabo un segundo se denominan doctrinariamente como delitos de “resultado cortado” y dentro de los cuales cabe equiparar el delito en examen. En efecto, la mera manifestación de la amenaza extorsiva a la víctima comporta una lesión efectiva a su sentimiento de seguridad personal que se traduce en una diversidad de actos tales como el aviso a la policía, el cambio de domicilio, la contratación de seguridad privada para su empresa, la puesta en aviso a sus familiares y conocidos, etc. lo cual ya reporta una perturbación social digna de ser incriminada.

3. Por ende, la reforma legislativa —de forma distinta a su anterior regulación en el Código Penal— parte de una equiparación entre los intereses jurídicos vulnerados por el delito, dando importancia a la libertad de actuar y decidir en iguales términos que el perjuicio económico o profesional al que puede verse sometido la víctima. Lo que es totalmente distinto a la concepción tradicional de la extorsión en el que la libertad de actuación quedaba subordinada al efectivo menoscabo patrimonial. Y si bien —como indica el juez inaplicante— esto repercute en el ámbito de la dosimetría penal, pues castiga lo que tradicionalmente se ha considerado como tentativa ahora con la pena del delito consumado, ello resulta aceptable constitucionalmente. La razón, se reitera, es que los sentimientos de angustia e incertidumbre de quien se muestra amenazado con un mal futuro hacia él o su familia a cambio de la entrega de dinero, valores, documentos jurídicos o aún prestaciones profesionales, son motivos justificados para acentuar un rango de penalidad severamente disuasorio.

4. Ello no supone una contradicción al principio constitucional de proporcionalidad sancionatoria —como lo afirma la juez inaplicante— pues la magnitud abstracta de la pena

no sólo debe tomar en cuenta el resultado material; sino también, el grado de peligrosidad de la conducta revelada por el autor del delito que en esencia es un quebrantamiento perfecto de la norma penal más allá la afectación material. De esta manera, la lesión al patrimonio es un criterio que no debe ser considerado único en la tarea del legislador penal a efectos de fijar la pena aplicable, pues, es válido completarlo con otros parámetros tales como la peligrosidad de la conducta lesividad y otros aspectos importantes como la forma plural de comisión de la extorsión cuando, por ejemplo, interviene una asociación ilícita o grupo criminal organizado.

En efecto, si bien la extorsión es un delito que puede ser cometido por un único agente delictivo, regularmente es un delito cometido por una diversidad de individuos que conforman de modo estable un grupo u organización criminal con el fin de captar dineros y recursos que les sirvan para su mantenimiento y desarrollo.

En tal sentido, la caracterización que se ha hecho del delito de extorsión como una modalidad de crimen organizado, reporta un sustancial grado de lesividad que amerita tenerlo en cuenta —más allá de la agravante comprendida en el num. 1° del art. 3 LECDE— ya que se trata de un motivo explícito que el legislador ha tenido en cuenta en la confección de la ley especial. Y ello es correcto, pues la suma de fuerzas, la planificación racional y la división del trabajo delictivo suponen un incremento significativo del peligro para los bienes jurídicos protegidos por la nueva redacción del delito de extorsión. Y, por otro lado, la comisión de la extorsión por grupos criminales organizados, supone un debilitamiento de las posibilidades de defensa de las víctimas amenazadas lo que implica de forma correlativa un mayor éxito para quienes planifican y ejecutan cada una de las fases del delito. En otras palabras, tiene mayores posibilidades de éxito la amenaza de un grupo criminal que la realizada por un solo individuo.

5. En suma, no sólo la afectación *ex post* —como supone la doctrina penal tradicional— debe ser considerada relevante a efectos de la fijación abstracta de la pena; pues pueden existir razones de peso que *ex ante* determinen una equiparación sancionatoria con el mero ejercicio de la conducta punible, sea por ejemplo: (a) por la verosimilitud de la concreción de la amenaza en los bienes de la víctima que, como se reitera, origina un sentido de incertidumbre y zozobra que tiene que ser considerado en el ámbito de la punibilidad; (b) el comportamiento de la víctima puede ser un indicador de la idoneidad de la amenaza, y por ende, tiene que tomarse en cuenta por la autoridad judicial a efectos de determinar el momento consumativo de acuerdo a la nueva regulación. Y (c) cuando la coacción intimidante sea realizada por miembros de una organización criminal, pues incrementa se potencialmente el riesgo de hacer realidad la amenaza al no darse el cumplimiento de la condición exigida y, de manera correlativa, disminuye las posibilidades de una efectiva

defensa del ciudadano ante varios sujetos que operan en su contra bajo una estrategia criminal minuciosamente planificada.

6. Lo expuesto tiene claras repercusiones prácticas que conviene señalar en la presente sentencia porque son los puntos que han dado lugar al presente proceso: (i) si los actos de consumación formal se han concretado al uso de medios idóneos encaminados a infundir “miedo” en la víctima, haciéndole creer que el mal futuro es verídico, los actos inmediatamente anteriores —de acuerdo con el plan del autor— y que vayan también dirigidos a obligar la víctima a entregar, hacer, tolerar u omitir serán los constitutivos de la tentativa, los cuales deberán ser determinados en el caso en concreto conforme a las reglas esenciales del *iter criminis*; y (ii) en cuanto al papel del resultado, si bien de forma muy general en la jurisprudencia penal salvadoreña se ha entendido que la extorsión requiere de un necesario perjuicio patrimonial que es entregado por el perjudicado de la extorsión —sentencias de la Sala de lo Penal emitidas el 3-IV-2009, 4-IX-2009 y 15-VIII-2013, ref. 465-CAS-2007, 104-CAS-2007 y 237-CAS-2011, entre las más representativas de la referida línea jurisprudencial—; conforme la nueva redacción típica, podrá considerarse un elemento importante en orden a la graduación de la pena, pudiendo en determinado caso llegar al máximo de la pena dependiendo de la gravedad del perjuicio económico causado conforme lo establece el art. 63 n° 1° del Código Penal. En tal sentido, la obtención de un provecho ilícito por parte del agente de la extorsión, no es más que un *plus* de antijuridicidad materializada que debe reportar una mayor cantidad de pena en el ámbito de la individualización judicial.

7. Lo anteriormente expuesto se encuentra en consonancia con la reciente modificación jurisprudencial efectuada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia emitida el 10-VIII-2017 —153-C-2017— en la que caracterizó a la nueva formulación del delio de extorsión como un “...delito de consumación anticipada o de tendencia interna trascendente, en los que ni el acto pretendido, ni el resultado perseguido respectivamente, es preciso que lleguen a producirse. Por ello, con la nueva estructura típica del delito de Extorsión regulada en la citada ley, el ilícito se considera consumado independientemente de si el acto o negocio se lleva a cabo”.

V. Por último, conviene tratar lo relativo al tratamiento sancionatorio a título de coautores en el delito de extorsión de quienes realicen la amenaza o exigencia, los que participen en la recolección del dinero personalmente, o lo efectúen a través de transferencias financieras o reciban bienes producto del delito. Este es uno de los puntos que ha producido una discrepancia en el juez inaplicante ya que, de acuerdo a su criterio, se inobserva el principio de proporcionalidad al darle un papel principal a quien ejerce simples actividades de colaboración y que merecería, por tanto, menor pena.

1. De inicio, es procedente afirmar que desde el ámbito de la teoría objetivo-formal es autor quien realice la acción típica descrita en el tipo. Así, en el caso de la extorsión, quien realice la manifestación amenazante es autor directo. Por ello, el primer supuesto del inc. 2º del art. 2 LECDE no tiene problema alguno considerarlo como una auténtica conducta de coautoría si el verbo rector es realizado por dos o más personas conforme un plan preconcebido.

Sin embargo, respecto de los otros supuestos contemplados en la norma penal en estudio, es posible —al concurrir diversos individuos— que existan otros intervinientes que contribuyan con un aporte de especial significación en el contexto de la comisión del delito más allá de ejecutar la conducta descrita en el tipo penal. A ello se refiere la coautoría entendida como un co-dominio funcional del hecho. Esto implica que cada uno de los que participan no solo efectúa su propia aportación, sino que con ella obtienen un dominio conjunto de todo el hecho. En otras palabras, la coautoría es una división del trabajo que condiciona la propia posibilidad de efectuar el plan delictivo con éxito o al menos reduce en forma esencial su riesgo de fracaso conforme diversas aportaciones que deben ostentar un alto grado de importancia o esencialidad. Esto, junto con la resolución conjunta de llevarlo a cabo, vuelve a todos los que colaboran co-titulares y responsables del hecho delictivo resuelto y ejecutado.

Tal título de imputación requiere para su aplicación judicial que exista una resolución o acuerdo común que permita hablar de una acción coordinada y que produzca la necesaria imputación recíproca de lo actuado —elemento subjetivo—; además de contribuir con un aporte que debe ser considerado como una pieza esencial del plan general, esto es, que sin esa contribución se frustra el plan criminal —elemento objetivo—.

2. Si bien este último requisito suele ser considerado importante para la existencia de la coautoría *strictu sensu*, es factible que el legislador decida flexibilizarlo con relación a las aportaciones realizadas dentro del ámbito consumativo formal o material, siempre y cuando tales acciones incrementen sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico o contribuyan a motivar al autor —en la etapa previa de la preparación— a realizar el delito porque puede contar con tales colaboraciones en el trámite del plan trazado. Estas consideraciones son las que ha tenido en cuenta el legislador en la regla de autoría contemplada en el inc. 2º del art. 2 LECDE.

A manera de ejemplo, el art. 36 inc. 2º del Código Penal castiga como complicidad no necesaria el prestar una colaboración en un momento posterior a la consumación, pero cuyo ofrecimiento se efectúe antes de la ejecución del delito por parte del autor. Esto significa que los aportes psíquicos que permiten dotar al autor de confianza en el éxito de la empresa criminal —pero que no lleguen al grado de la inducción— pueden ser tenidos en cuenta como

una de forma participación. Y de igual manera, tal consideración legislativa referida a la complicidad, también puede resultar aplicable en el ámbito de la coautoría.

3. Por ende, nada obsta a que el legislador valore como coautoría ciertas conductas que, aunque no se dan estrictamente en el ámbito de la ejecución, sí las considera esenciales dentro de la división de papeles que se desarrollan en una extorsión, porque contribuyen a generar un daño mayor para los bienes jurídicos protegidos, por ejemplo, al patrimonio individual —la recepción del dinero entregado por la víctima o su uso posterior para la adquisición de bienes— o muestran la idoneidad suficiente para afectar el orden económico, como acontece con la introducción del dinero al sistema bancario para llevar a cabo una dispersión del mismo a diferentes cuentas pertenecientes a miembros y colaboradores de un grupo criminal.

Empero, en ambos casos debe establecerse judicialmente los presupuestos esenciales *supra* citados —plan común, división de funciones y esencialidad del aporte— a fin de evitar castigar como coautoría a quien, sin formar parte del concierto previo, es obligado mediante violencia o amenazas a recoger el dinero o la prestación que se exige a la víctima. Se trataría en estas situaciones, de un aporte escaso que podrían quedar comprendidos dentro de la complicidad (art. 36 C.Pn.). Sin perjuicio, de la existencia de alguna excluyente de responsabilidad penal que exima o atenúe la pena de quien es coaccionado a colaborar con personas o grupos criminales dedicados a la extorsión (art. 27 o 29 C.Pn.).

4. En resumen, son justificaciones de carácter político-criminal las que han dado origen a una concepción meridianamente extensiva de la autoría en el específico ámbito del delito de extorsión, lo cual tampoco resulta novedoso en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño pues, por ejemplo, la inducción (que resulta ser una forma de participación criminal —art. 35 C.Pn.—) ostenta la misma pena que el autor del delito —art. 65 C. Pn.—. Y ello no reporta considerar *per se* inconstitucional su tratamiento penológico, ya que el mismo se justifica por la trascendencia que posee quien convence o persuade a otro para que cometa un delito. El inductor contribuye decisivamente a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico que efectúe el inducido y, por ello, es válido que tenga formalmente la pena de autor aunque materialmente no lo sea. Similares consideraciones también ha tenido en este caso el legislador respecto a quienes ejercen actividades de especial significación en la realización del delito de extorsión.

Por todo lo anteriormente expuesto, conviene desestimar las argumentaciones expuestas por el juez inaplicante sobre el inc. 2º del art. 2 LECDE.

Por tanto

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y los arts. 10, 11 y 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta sala

Falla:

1. *Declárase* que en el art. 2 inc. 2° de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión no existe la inconstitucionalidad alegada por la supuesta vulneración a los arts. 27 inc. 3° de la Constitución, ya que resulta admisible constitucionalmente para el legislador que, en el marco de la pena abstracta en delitos que puedan considerarse de una indiscutible lesividad social, se pueda tomar en cuenta la consecución de fines preventivo-generales; y, por ende, adecuar la sanción penal conforme a tales finalidades.

2. *Declárese* que en el art. 2 inc. 2° de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión, no existe la inconstitucionalidad alegada por la supuesta vulneración al principio de proporcionalidad —art. 246 inc. 1° Cn.— ya que nos encontramos ante un delito de naturaleza pluriofensiva y de resultado cortado, que reporta una lesión al sentimiento de seguridad personal con el mero ejercicio de la amenaza, aún y cuando el patrimonio y el orden socio-económico puedan resultar ulteriormente afectados. De igual forma, resulta admisible la extensión del concepto de autor en el delito de extorsión —coautoría—, respecto de quienes realizan actividades de significativa importancia para el éxito del plan delictivo conforme las valoraciones político-criminales que el legislador considera oportunas.

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

4. *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.