



## ■ Reflexiones en torno a la reforma del delito de desórdenes públicos en el Código Penal

*Estas últimas enmiendas legislativas intentan enfrentar el desborde de las actuaciones de los grupos de ciudadanos en ejercicio de su libertad de expresión y manifestación, ante situaciones en las que pueda ocurrir violencia o que dé como resultado daños a la propiedad o represente peligro a la paz pública.*

### 1.- ANTECEDENTES

La Asamblea Legislativa aprobó recientemente el decreto de reforma al Artículo 348 del Código Penal, modificando el tipo penal de “desórdenes públicos” y, adicionando una nueva figura denominada “desórdenes públicos agravados”, Artículo 348-A<sup>1</sup>. De igual manera decretó una reforma al Código Procesal Penal para limitar la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional a estos delitos. Estas últimas enmiendas legislativas intentan enfrentar el desborde de las actuaciones de los grupos de ciudadanos en ejercicio de su libertad de expresión y manifestación, ante situaciones en las que pueda ocurrir violencia o que dé como resultado daños a la propiedad o, represente peligro a la paz pública.

La violencia, delincuencia e inseguridad ciudadana son temas de preocupa-

ción en la vida nacional<sup>2</sup>. La respuesta ante estas preocupaciones del ciudadano sobre la seguridad del país, por regla general, son modificaciones a la normativa penal (Códigos Penal y Procesal Penal).

Las reformas legislativas surgen a partir de las críticas efectuadas a la Fiscalía General de la República y a los Jueces Especializados de Instrucción contra el Crimen Organizado, por aplicar la Ley Especial contra Actos de Terrorismo a un grupo de ciudadanos que, el recién pasado mes de junio 2007, se manifestaban en la carretera que conduce de San Martín a Suchitoto en contra de la presentación de la Política de Descentralización del Estado.

Dada la relevancia nacional de los acontecimientos acaecidos en dicha carretera

1. Ver Decreto Legislativo No. 385, de fecha 16 de agosto de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 163, Tomo 376, de fecha 05 de septiembre de 2007.

2. Según La Cultura Política de la Democracia en El Salvador: 2006, la violencia e inseguridad son señaladas entre los principales problemas que preocupan a los salvadoreños. “La Cultura Política de la Democracia en El Salvador: 2006. Barómetro de Las Américas”. Mitchell A. Seligson, Ricardo Córdova Macías, FUNDAUNGO, José Miguel Cruz, IUDOP-UCA.

*Es necesario adoptar una política integral que enfrente adecuadamente la criminalidad, especialmente la que atente o ponga en peligro de lesión a los bienes jurídicos esenciales como la vida, la libertad, la seguridad personal, la integridad y la seguridad jurídica.*

y en la ciudad de Suchitoto y, la respuesta y tratamiento institucional que ha supuesto una resonancia internacional para la consideración del país como un Estado de Derecho, es importante valorar los límites de la normativa penal.

Para poder analizar dichas reformas, en las siguientes líneas se hará un examen previo de los principios que la Constitución establece para la redacción de toda norma penal. En este sentido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha declarado reiteradamente que la Constitución es la ley superior del ordenamiento jurídico salvadoreño y que sus mandatos tienen una función rectora del Derecho Penal<sup>3</sup>.

Los principios constitucionales de legalidad, lesividad y proporcionalidad establecen las grandes líneas de conducción, que deben integrar el marco de referencia del juicio de ponderación y razonabilidad, que los legisladores deben seguir para la tipificación de ciertas conductas como antijurídicas o, para incrementar la sanción penal ante tipos penales contenidos en el Código Penal.

El legislador al elegir las conductas antijurídicas que pueden lesionar o poner en riesgo de lesión los bienes jurídicos contenidos en la Constitución y convertirlo en un tipo penal, realiza un primer juicio de reproche. No está demás replantear a las autoridades responsables de la seguridad pública que es necesario adoptar una política integral que enfrente adecuadamente la criminalidad, especialmente la que atente o ponga en peligro de lesión a los bienes jurídicos esenciales como la vida, la libertad, la seguridad personal, la integridad y la seguridad jurídica.

Sobre estos principios constitucionales que protegen la libertad ya FUSADES ha hecho pública su postura frente al

3. Ver sentencia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inconstitucionalidad 15-96 y Ac. del 14/02/1997 Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.

objeto, contenido y finalidad de leyes penales especiales, como la Ley Especial contra Actos de Terrorismo<sup>4</sup>.

## **2. POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO DE DERECHO.**

Para la dogmática penal moderna, la Política Criminal tiene una función instrumental al permitir comprender “cómo” se debe conformar, elaborar, diseñar y aprobar el derecho penal para que pueda cumplir su finalidad protectora de la sociedad, frente a las conductas antisociales. Asimismo y desde la disciplina académica, los estudios políticos criminales permiten indagar las causas de la criminalidad y evalúan la eficacia o el cumplimiento de los fines que se prevé para enfrentarlas desde los recursos investigativos del delito hasta las sanciones penales<sup>5</sup>.

Lo manifestado, nos permite recordar que en definitiva las funciones de la norma penal en un Estado de Derecho son de garantía, protección, motivación y simbólica.

La función de garantía de la norma penal consiste en el establecimiento claro del área de conducta permisible de la persona en sociedad, sin que ésta conducta se considere antijurídica. A su vez, esta función de garantía intenta proteger a la persona frente a las actuaciones arbitrarias de los funcionarios estatales. De allí que se considere que la función de garantía obliga al legislador a redactar de manera clara la norma penal, tanto en su contenido como en sus límites.

La función protectora de la norma se refiere al carácter de tutela que tiene sobre los bienes jurídicos. La norma en sí misma debe producir un efecto disuasivo frente a potenciales infractores de la ley.

4. Ver FUSADES, La Normativa contra el Terrorismo y los Derechos Fundamentales del Hombre, Boletín 71, Noviembre 2006.

5. Fernando VELASQUEZ VELASQUEZ, Derecho Penal Parte General,, 3ª Edición, Editorial Temis S. A., Colombia, 1997, p. 33.

*Es por esta razón que la política criminal coadyuva al legislador a ponderar los límites que tiene el derecho penal para restringir las libertades. En otras palabras, el ejercicio normativo del Estado debe afectar lo menos posible el ejercicio de libertades básicas del individuo como es la libertad de manifestación o expresión reconocida en la Constitución en el Artículo 6.*

La norma penal tiene una función motivadora, ya que la ley intenta conminar al ciudadano a que se abstenga de delinquir para procurar una protección de la convivencia humana. Por lo que la persona ve en el cumplimiento de la norma una necesaria razón para la vida en sociedad

Por último, y no menos importante, se debe considerar que la norma penal tiene una función simbólica al expresar las reclamaciones que el ciudadano le hace al Estado, para que la institucionalidad le garantice sus bienes jurídicos. Por lo que el Estado se encuentra obligado a prevenir la comisión de hechos punibles y a investigar eficientemente los que se hubieren cometido, sin dilación y con todos los recursos materiales, sin excusas.

Esta función simbólica permite tranquilizar la opinión pública cuando ésta requiere y exige una actuación enérgica y seria, pero ponderada del “*ius puniendi estatal*”, para reprimir delitos que directamente le afectan como las extorsiones, secuestros, homicidios, violaciones sexuales, los atentados contra la paz pública y aún los mismos delitos de bagatela (como los daños y amenazas leves, los robos de poca monta, etc), que hasta por su misma denominación, han sido descuidados de la necesaria intervención relegándolos a segundo plano, cuando son los que más afectan la vida diaria de los ciudadanos.

La política criminal, en efecto, es una política pública en materia punitiva. La actividad del Estado no sólo es la de elaborar normas de castigo. La norma penal debe ser elaborada cuando sea racionalmente necesaria, con el apoyo de estudios sobre el fenómeno criminológico. Es decir, toda propuesta legislativa debe partir de la realidad a la cual intenta normar, para así adoptar las medidas necesarias y razonables para enfrentar los ataques a los bienes jurídicos, inclusive a los normativos. Es por esta razón que la política criminal coadyuva al legislador a ponderar los límites que tiene

el derecho penal para restringir las libertades. En otras palabras, el ejercicio normativo del Estado debe afectar lo menos posible el ejercicio de libertades básicas del individuo como es la libertad de manifestación o expresión reconocida en la Constitución en el Artículo 6.

En este orden de ideas, FUSADES no puede dejar de resaltar la valiosa contribución de la Comisión Nacional de Seguridad Ciudadana y la Paz Social, que señaló en sus recomendaciones que el país requiere soluciones integrales y un diseño adecuado tanto de la ley procesal como de la ley penal y no reformas coyunturales que afectan la efectiva aplicación de las mismas.

“En respuesta a esta situación (la disparidad de criterios al aplicar la normativa) se inició un proceso de reformas coyunturales a la nueva normativa que tuvo como objetivo endurecer el sistema, cerrando las posibilidades de tratamientos alternos a delitos menores, agravando las penas y limitando la posibilidad de utilizar medidas alternas a la detención. Lejos de ser una solución, las reformas coyunturales distorsionaron los principios de la nueva normativa, congestionaron el sistema, y rebasaron las posibilidades del sistema penitenciario de cumplir con sus fines”<sup>6</sup>.

Lo que la Comisión Nacional de Seguridad Ciudadana y la Paz Social ha expresado es que en un Estado de Derecho, las decisiones del legislador, y en general de cualquier ente o funcionario público, estarán limitadas por los principios y valores democráticos contenidos en la Constitución.

6. Comisión Nacional para la Seguridad Ciudadana y la Paz Social, Seguridad y Paz, un reto de país: Recomendaciones para una política de Seguridad Ciudadana en El Salvador, Editor Comisión Nacional para la Seguridad Ciudadana y la Paz Social, Talleres Gráficos UCA, 2007, p. 19-20. Ver FUSADES, Comentarios al proyecto de Ley de Emergencia contra la Delincuencia”; FUSADES, ¿Qué sucede con la seguridad pública en El Salvador?, [www.fusades.org.sv/files/Content/DEL/documento38.htm](http://www.fusades.org.sv/files/Content/DEL/documento38.htm).

*El principio de legalidad se constituye en un límite que prohíbe la arbitrariedad y la discrecionalidad del legislador en la elección de una conducta humana como antijurídica y en su configuración como hecho punible (la criminalización primaria).*

Estos principios y valores representan las principales barreras contra la amenaza o peligro de lesión a las libertades de los individuos. Los principios y valores constituyen una marca genética del Estado de Derecho, han sido fundamentales en la historia de la lucha de la razón y de la libertad. Los principios, por lo tanto, limitan el ejercicio del poder, en especial del poder punitivo.

Basta recorrer los principales principios constitucionales para intentar comprender los fines y los efectos jurídicos de la recientemente aprobada reforma al Código Penal sobre el delito de “Desórdenes públicos” (Art. 348) y la adición de un nuevo tipo penal denominado “Desórdenes públicos agravados” (Art. 348-A). Estos principios son el de legalidad, lesividad y proporcionalidad.

## 2.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La formulación de este principio tiene una posición jerárquica que se enlaza en todo el ámbito penal, desde la formulación de la norma, el juzgamiento, hasta la imposición de la pena.

El principio de legalidad se constituye en un límite que prohíbe la arbitrariedad y la discrecionalidad del legislador en la elección de una conducta humana como antijurídica y en su configuración como hecho punible (la criminalización primaria). En este sentido, el Estado únicamente podría prohibir y castigar a través de una norma adoptada por el legislador ordinario, lo que se conoce como principio de reserva legal, pues sólo la Asamblea Legislativa puede emitir leyes que priven el ejercicio de los derechos constitucionales. De allí la importancia de racionalizar este poder.

El principio de legalidad que habilita la formulación de conductas prohibidas por la ley penal (nullum crimen, nulla poena sine lex certa), reconocido en los Arts. 15 de la Constitución y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, significa que el tipo penal debe ser elaborado de manera precisa y no

ambigua para evitar los excesos de aplicación por parte de las autoridades de la administración pública o de la administración de justicia. Es decir los comportamientos prohibidos, la acción o la omisión, que el legislador considere penalmente relevante debe tener una tipificación exhaustiva en el supuesto de hecho.

No puede considerarse que se cumpla la garantía de legalidad, con un supuesto de hecho indeterminado, que carece de certeza jurídica. De allí que el principio de legalidad es una piedra fundamental del Estado de Derecho para evitar el abuso de poder ante la indeterminación o vaguedad de la descripción del supuesto de hecho de un tipo penal.

La imprecisión de la descripción de un tipo penal permite a otros poderes del Estado, y no al legislador, una discrecionalidad al efectuar el juicio de tipicidad o la calificación jurídica de una conducta.

Ello conduce a vulnerar el principio de certeza de la ley al permitir que el poder judicial, la Policía o la Fiscalía puedan interpretar ambigua o subjetivamente la ley penal. Estas ideas no son extrañas en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera: “el *ius puniendi*”, entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado; tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución.

En razón del carácter normativo de ésta, los principios rectores del sistema penal no pueden considerarse como límites del “*ius puniendi*”, derivados de manera trascendente, desde un indeterminable “Derecho Natural” o de programas políticos, sino como principios constituyentes del Derecho Penal; ello porque, más allá de las específicas referencias penales, la Constitución contie-

*En la doctrina, el principio de legalidad aplicado a la adecuada determinación de los tipos penales por el legislador es conocido como “garantía de tipicidad”. Esta es consecuencia de la exigencia en nuestra Constitución del derecho a la seguridad jurídica de los individuos. Es decir, el ciudadano tiene el derecho de exigir al legislador que precise adecuadamente las conductas que serán merecedoras de una sanción penal, excluyendo la utilización de cláusulas abiertas e imprecisas.*

ne principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento, incluyendo por supuesto al jurídico-penal.

Por ello, resulta necesario examinar la Constitución en su conjunto para extraer de ella lo que se ha denominado el Programa Penal de la Constitución, es decir, el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar<sup>7</sup>.

En la doctrina, el principio de legalidad aplicado a la adecuada determinación de los tipos penales por el legislador es conocido como “garantía de tipicidad”. Esta es consecuencia de la exigencia en nuestra Constitución del derecho a la seguridad jurídica de los individuos. Es decir, el ciudadano tiene el derecho de exigir al legislador que precise adecuadamente las conductas que serán merecedoras de una sanción penal, excluyendo la utilización de cláusulas abiertas e imprecisas, como la “obstaculización de la vía pública”.

Esta conducta, puede incluir hasta a los motoristas de autobuses que bloquean en doble fila cualquiera de las carreteras del país y producen, en efecto, “desórdenes públicos”.

En este orden de ideas, FUSADES ya había expresado su preocupación ante la práctica del legislador salvadoreño de redactar tipos penales imprecisos o ambiguos. De allí que propuso que para adecuar una política criminal conforme a un Estado de Derecho se deberían tomar algunas precauciones para tipificar adecuadamente las conductas antijurídicas:

“Sobre la base de las consideraciones

7. Ver sentencia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inconstitucionalidad 15-96 y Ac. del 14/02/1997 Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.

formuladas, sostenemos que las normativas vigentes o de *lege ferenda*, tanto nacionales como internacionales deben, en estricta valoración jurídica, respetar los siguientes parámetros:

- 1º) Definir claramente y sin ambigüedades el terrorismo.
- 2º) Evitar la utilización de este tipo penal para encubrir represiones ilegítimas, o incluir en él a otra clase de transgresores sociales o, peor aún, a personas inocentes por el sólo hecho de ser “enemigos”.
- 3º) Evitar la colisión con los derechos fundamentales del hombre, tanto en los aspectos sustantivos como procesales.
- 4º) Restituir y fortalecer el orden internacional multilateral fundado en los más altos valores éticos y jurídicos.
- 5º) Ceñirse estrictamente al marco constitucional de cada país<sup>8</sup>.

FUSADES fundamentó la posición anterior en los contenidos de la Ley sobre el Crimen Organizado, partiendo del análisis de la función de la dogmática penal en el Estado de Derecho moderno, que selecciona las conductas penales que lesionan los bienes jurídicos de la sociedad, así como en la función motivadora de la misma; en el sentido que los particulares deben comprender en la esfera del profano la conciencia anti-jurídica de las conductas lesivas escogidas en la norma penal<sup>9</sup>.

8. FUSADES, La Normativa, contra el Terrorismo y los derechos fundamentales del hombre, Boletín No. 71, Departamento de Estudios Legales DEL, Noviembre 2006.

9. El tipo penal tiene en la doctrina penal moderna, una triple función: a) Permite seleccionar los comportamientos que para el legislador y la sociedad son penalmente relevantes para la protección de un determinado bien jurídico; b) Tiene una función “motivadora”, ya que al tipificar el legislador las conductas penalmente relevantes, está informando a la sociedad que sus individuos se deben abstener de realizar dicha conducta prohibida; y, c) Una función de garantía, conforme al principio de legalidad, en cuanto el Estado únicamente puede subsumir una conducta en el tipo penal previamente establecido.



## 2.2.- EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

En el derecho penal de un Estado de Derecho liberal, el objeto de la protección del delito son los bienes jurídicos.

Para el derecho penal moderno el bien jurídico es explicado como una “relación social concreta y fundamental para la vida humana en sociedad”. Es así que la misma sociedad le exige al legislador proteger un bien jurídico por el valor intrínseco del mismo en sociedad (la libertad en general que incluye la libertad de expresión, el libre pensamiento, la vida, el derecho de libre circulación, entre otros)<sup>10</sup>.

De allí que el principio de lesividad se convierte en una barrera contra el desborde del derecho penal, al exigir al legislador, que únicamente debe considerar como delitos aquellas conductas que lesionan o pongan en peligro a bienes jurídicos. El principio de lesividad asume, consecuentemente, una función de protección de la libertad del individuo, al evitar la formulación de leyes penales que no tengan ninguna finalidad relevante de tutela de un bien jurídico determinado o que sobreponga bienes jurídicos de menor valor sobre otros más apreciados.

El Art. 1 de la Constitución al reconocer a la persona humana como el principio y fin de la actividad del Estado, sienta

10. Un autor alemán, Claus Roxin, define lo siguiente “un bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”, p. 55-56. Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General, T.I, Civitas, España, 1997.

la base para comprender que el ordenamiento jurídico salvadoreño reconoce la necesidad de proteger a los bienes jurídicos, con el objeto de asegurar las condiciones de vida de la sociedad salvadoreña, mediante la amenaza del castigo penal. Ello debería excluir formulaciones de leyes penales basadas en la excesiva normatividad, sin prever la protección de bienes jurídicos.

Las reformas sobre los “desórdenes públicos” que protegen el bien jurídico de la paz pública se encuentran subordinadas a otros bienes jurídicos de mayor grado de aprecio, como es la libertad de expresión. El juicio de desvalor de acción-desvalor de resultado sobre la conducta de desórdenes públicos debió ponderar otros bienes jurídicos que pueden ser desplazados por las autoridades.

## 2.3.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad está vinculado a los fines que el constituyente ha reservado a la sanción penal (la pena Art. 27 Cn). Es decir, en el tipo penal debe existir una relación entre el bien jurídico tutelado y la consecuencia jurídica que es la pena en abstracto. En este sentido para la Sala de lo Constitucional, el principio de proporcionalidad significa “una exigencia de ponderación de los intereses en conflicto, lo cual se traduce en materia penal” -como afirma González Cuéllar- a "la restricción de los excesos en que pudieran incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo"<sup>11</sup>.

A partir de la configuración de la conducta penalmente relevante escogida por el legislador y plasmada en la ley penal, debe existir una correlación con

11. Ver sentencia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inconstitucionalidad 15-96 y Ac. del 14/02/1997 Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.

*Las reformas sobre los “desórdenes públicos” que protegen el bien jurídico de la paz pública se encuentran subordinadas a otros bienes jurídicos de mayor grado de aprecio, como es la libertad de expresión.*

*Es decir, que la reforma al delito de “desórdenes públicos” en cuanto al establecimiento de la consecuencia jurídica (la pena) de la conducta antijurídica (el injusto penal) es desproporcionada frente a otros bienes jurídicos, quebrando el sistema de “dosimetría penal” del Código Penal.*

el castigo. La pena construida en abstracto por el legislador, tanto el mínimo como el máximo, debe estar basada razonable y proporcionalmente, en el grado de lesión o de amenaza de lesión del bien jurídico. Ello obliga a recordar al legislador que la Constitución, bajo los principios de proporcionalidad, lesividad y necesidad, prevé que no se puede utilizar el derecho penal únicamente desde el punto de vista simbólico o mediático de la “drasticidad” y debe corresponder justamente a la protección de los valores de la sociedad para no desnaturalizar la función de la pena.

El principio de proporcionalidad aparece como una exigencia inherente al Estado de Derecho en cuanto impone la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesarias, irrazonables o excesivas que graven al ciudadano más de lo que es indispensable para la protección de los bienes jurídicos. La doctrina en los países desarrollados acepta, sin excepciones, que uno de los imperativos consustanciales al Estado de Derecho es la imposición de los principios de proporcionalidad y necesidad al ejercicio del “*ius puniendi*”.

En el cuadro presentado en la siguiente página se pueden comparar el castigo al delito de desórdenes públicos contenidos en la reforma al Código Penal, que distorsiona la jerarquía de protección de los bienes jurídicos más valiosos como son la libertad de expresión, la libertad de la persona o la integridad física, moral o psíquica de la misma, frente a delitos con mayor grado de reprochabilidad como la tortura, las privaciones de libertad o los atentados contra la libertad de expresión. Es decir, que la reforma al delito de “desórdenes públicos” en cuanto al establecimiento de la consecuencia jurídica (la pena) de la conducta antijurídica (el injusto penal) es desproporcionada frente a otros bienes jurídicos, quebrando el sistema de “dosimetría penal” del Código Penal.

Como ha mencionado la Comisión Nacional para la Seguridad Ciudadana y

Paz Social, el incremento de penas por sí mismo no resuelve ni resolverá la intención de cometer un hecho delictivo, sino se completa con otras acciones fundamentales. Estas acciones complementarias e integrales, es lo que se ha denominado como “enfoque de la economía del crimen”<sup>12</sup>. Bajo este enfoque se identifican incentivos negativos y positivos que afectan el crimen y la sociedad.

Los incentivos negativos disuaden a las personas de cometer un hecho criminal. Los incentivos positivos inducen a participar en actividades legales a las personas rehuendo del crimen.

Los incentivos positivos tienen que ver con mejores oportunidades; en cambio, los incentivos negativos implican que se reprimen las conductas criminales mediante una eficacia del sistema de seguridad en el arresto, seguida de la condena y el cumplimiento de la pena.

Por lo tanto, el aumento de la pena en sí misma sin mejorar los otros “incentivos” tanto positivos como negativos, será insuficiente e ilusoria para la prevención del crimen.

### **3.- EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS EN PARTICULAR**

El “delito de desórdenes públicos” establecido en la versión del Art. 348 del Código Penal de junio del 2004<sup>13</sup>, así como en la recientemente aprobada reforma, prevé como una conducta prohibida, la actuación de un grupo de personas que con la finalidad de atentar contra el bien jurídico de la paz pública, efectúan las siguientes acciones:

a) Obstaculización de las vías públicas

12. Ver estudio de FUSADES, Violencia y criminalidad: obstáculo para el Desarrollo. Rafael PLEITEZ CHAVEZ, Violencia y criminalidad: obstáculo para el Desarrollo, 1ª Edición, San Salvador, FUSADES, 2006., p.11, 19 y 24.

13. D.L. N° 393, del 28 de julio del 2004, publicado en el D.O. N° 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004.

## CUADRO COMPARATIVO DE DELITOS, BIENES JURÍDICOS Y PENAS

Legislación	Delito (Art.)	Bien jurídico	Penas	Reforma
Código Penal	Daños (221)	Paz pública	6 meses- 2 años	
	Daños agravados (222)	Paz pública	2-4 años	
	Desórdenes públicos (348)	Paz pública	2-4 años	4-8 años
	Desórdenes públicos agravados (348-A)	Paz pública	4-8 años Inhabilitación para ejercer el cargo. Nuevos hechos considerados por desórdenes y sanción especial si interviene funcionario público	
Código Penal	Privación de libertad por funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública (290)	Libertad individual	3-6 años e inhabilitación especial	
Código Penal	Limitaciones indebidas de la libertad individual (291)	Libertad individual	1-3 años e inhabilitación especial	
Código Penal	Atentados relativos al derecho de igualdad (292)	Igualdad	1-3 años e inhabilitación especial	
Código Penal	Atentados relativos a la libertad de expresión (293)	Libertad de expresión	2-4 años e inhabilitación especial	
Código Penal	Atentados relativos al derecho de asociación y reunión (294)	Asociación y reunión	1-3 años e inhabilitación especial	
Código Penal	Tortura (297)	Integridad, dignidad, libertad	3-6 años e inhabilitación especial	
Código Procesal Penal	(294)		No gozarán de medidas sustitutivas a la detención provisional los desórdenes públicos agravados.	
Ley contra actos de terrorismo	( 5)	Delito que atenta contra la vida o bienes de funcionarios públicos y representantes extranjeros.	40-60 años, si se atenta contra personas 10-15 años, si se atenta contra bienes	

o los accesos a las mismas para provocar alteraciones al orden público;

b) Invasión de instalaciones o edificios con la finalidad de provocar desórdenes públicos.

En la enmienda legislativa, se mantiene sustancialmente el tipo penal original, pero se modifica la pena, o sea el castigo a dicha conducta prohibida.

Ahora bien, de acuerdo a la dogmática penal moderna, el delito contenido en el Art. 348 del Código Penal, es de los

que se denomina como delitos de resultado y no de mera actividad<sup>14</sup>. Se entienden como delitos de resultado aquellos

14. La doctrina moderna clasifica los delitos de acuerdo a la modalidad de la acción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. Los delitos de resultado requieren una separación entre la acción y la causación de resultado, un ejemplo es el delito de homicidio doloso en el cual el sujeto realiza una acción (dispara contra una persona) y se produce un resultado de muerte. Los delitos de mera actividad implican que el delito se consuma con la mera realización de la acción, por lo tanto no necesita un resultado, se considera por ejemplo que el delito de violación sexual es un delito de mera actividad.



que demandan que la acción efectuada por el sujeto activo (la persona que viola la ley) vaya precedida por la generación de un resultado que se encuentra separado, espacial y temporalmente, aunque con lo dicho no se quiere decir que la acción de obstaculizar las vías públicas o los accesos a las mismas para alterar al orden público tiene que tardar días o semanas. No. Lo que se quiere decir con la definición de un delito de resultado, es que debe existir una separación entre la conducta humana prohibida (alteración del orden público) y su secuela (Obstaculización de vías públicas o accesos a las mismas a los que circulen por ellas; impidiéndoles la libre circulación o tránsito o, la invasión de instalaciones o edificios).

Además, bajo esta modalidad de tipo penal la ley exige que se demuestre que entre esa acción y resultado existe un nexo o relación de causalidad e imputación objetiva del resultado (alteración del orden público) a la acción de los sujetos activos (el grupo que obstaculice la calle, impida la circulación o tránsito o invada instalaciones o edificios). En otras palabras, tiene que existir una relación lógica entre la actividad prohibida realizada por los sujetos y el resultado de la misma (BERDUGO; ROXIN; MUÑOZ CONDE).

Bajo el tipo penal del Art. 348 del Código Penal, las personas que se dedican a las ventas callejeras, cuyos puestos usurpan la casi totalidad del centro histórico de San Salvador desde hace años, y cuyas autoridades municipales han demostrado su franca incapacidad de dar una solución razonable; sin duda alteran el orden público al obstaculizar la libre circulación de personas y el tránsito; mediante la ocupación y el cierre de calles, plazas y la invasión parcial de edificios públicos, podrían estar cometiendo una infracción al bien jurídico de la “paz pública” y por lo tanto, cometiendo el delito de desórdenes públicos.

De igual manera cuando un “grupo” de personas sale del estadio después de ver

un partido de fútbol o de un oficio religioso, obstaculiza la vía pública creando un “desorden público”.

Sin lugar a dudas, cuando se quebranta la paz pública con alteraciones del orden o mediante desórdenes, sin concurrir un ánimo de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, la norma penal puede provocar situaciones en las que se crea desasosiego o miedo, debido a que las autoridades públicas pueden impedir el libre ejercicio de los derechos de los particulares ante interpretaciones o desvaloraciones excesivas o desproporcionadas por parte de las autoridades estatales, que en principio pueden carecer de relevancia penal.

Ahora bien, esta clase de tipos penales requieren una clara y depurada técnica legislativa por parte de quienes elaboran las leyes penales. Específicamente porque serán los funcionarios públicos y los agentes de la autoridad pública los que primero realizarán el ejercicio jurídico-fáctico de desvalorar la acción y el resultado de un hecho y que tendrán que distinguir entre la conducta antijurídica del delito común de desórdenes públicos y el delito especial de actos de terrorismo.

Se recomienda entonces, a la Policía y Fiscalía antes de proceder a la persecución penal de un grupo de ciudadanos, analizar la figura penal de desórdenes públicos, Art. 348, de la siguiente manera:

- a) Los autores deben actuar en grupo, porque los resultados y finalidad exigibles en el tipo penal son de difícil o imposible consecución si no es por la acción conjunta de un número de partícipes. No es necesario que estén estructurados de forma organizada, ni que actúen de forma jerarquizada, basta que lo hagan conjuntamente, tal y como la doctrina le ha denominado: “unidad de designio”;
- b) La intención penalmente relevante y la finalidad de los responsables del

*Las medidas contra el terrorismo que se pueden llegar a tomar, deben ser convergentes con las acciones tomadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos para respetar el Derecho Internacional.*

delito es la de atentar contra el bien jurídico de la paz pública, en el sentido de impedir el libre ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. En el entendido que la ley intenta proteger al ciudadano para que no quede impedido de poder llevar a cabo su actividad cotidiana de manera libre y usual; y,

- c) La alteración del orden público o los desórdenes públicos, se pueden definir como la inobservancia de las normas que regulan la vida dentro de un grupo social, que podrán consistir en la obstaculización de las vías públicas o la invasión de instalaciones o edificios. Estos resultados de la conducta delictiva deben ser consecuencia de la alarma social que provoque el grupo. Ahora bien, si un grupo de personas de manera espontánea u organizada desea efectuar una demanda en ejercicio de sus derechos ciudadanos, una protesta pacífica que no obstaculice el tránsito de personas ni de vehículos o que las autoridades logren abrir una alternativa de comunicación, y que por supuesto no dañe propiedad privada o pública no podrían traer como consecuencia el resultado de la conducta penal.

En cuanto al Art. 348A, que prevé la punibilidad de la participación de funcionarios estatales en los desórdenes públicos con una inhabilitación especial, se tendrá que prever que no se limite el libre ejercicio de expresión, enmarcada dentro del respeto a la ley, a la propiedad privada y a los derechos de las demás personas que no coinciden con dichas expresiones o manifestaciones públicas.

Las caracterizaciones propuestas pueden ayudar a diferenciar el delito de desórdenes públicos de los actos de terrorismo, no obstante la vaguedad de la definición de terrorismo o de actos de terrorismo contenido en la Ley especial emitida.

El punto de partida para distinguir el delito de “desórdenes públicos” del de “terrorismo” se puede basar en que el terrorismo implica violencia o amenaza de violencia contra personas civiles corrientes, su vida, sus bienes, su bienestar. Los actos terroristas no distinguen entre un blanco deseado y terceras personas, o entre diferentes grupos de estas personas. Los terroristas atacan indiscriminadamente.

Asimismo los actos de terrorismo son un medio para alcanzar un objetivo político que aparentemente no podría lograrse por medios legales y ordinarios, dentro del orden constitucional establecido. Los actos terroristas suelen formar parte de una estrategia y los cometen grupos organizados durante un largo período de tiempo contra civiles.

El propósito de los actos terroristas es aterrorizar a la población para crear unas condiciones que, en opinión de los terroristas, favorecen su causa o la toma del poder político. Las medidas contra el terrorismo que se pueden llegar a tomar, deben ser convergentes con las acciones tomadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos para respetar el Derecho Internacional.

#### **VALORACIÓN FINAL**

El decreto de reformas al Artículo 348 del Código Penal, la incorporación de un Art. 348A y las reformas al Código Procesal Penal relativas a los desórdenes públicos, en el fondo viene a ser un “ajuste normativo” para responder y limitar la implementación de la Ley contra el Crimen Organizado y delitos de realización Compleja, así como la Ley Especial contra Actos de Terrorismo.

Las reformas en vigor al Código Penal pretenden precisar y disminuir la ambigüedad de las conductas consideradas punibles. Sin embargo, no hay que perder de vista que el ciudadano tiene el derecho a manifestarse de manera libre

*Las manifestaciones públicas, entendidas como los reclamos o quejas públicas no pueden considerarse de manera lisa o llana como conductas constitutivas de actos de terrorismo y no de una figura de desorden público. Sin duda, encontrar el equilibrio entre la libre expresión, el derecho a manifestarse públicamente de forma ordenada y pacífica y respetuosa de los derechos de los demás ciudadanos es una tarea difícil, pues en la práctica en muchas ocasiones estas expresiones se desbordan y se producen actos de vandalismo, irrumpiendo contra la paz y armonía que tanto anhela en nuestra sociedad.*

en el marco de la Ley, como dice el Art. 6 de la Constitución.

Por lo tanto, la Policía y la Fiscalía deben efectuar un juicio de ponderación y razonamiento para poder comprender los límites de los actos permitidos de los prohibidos. Una referencia sensata es que los grupos que se manifiesten no deben obstaculizar la vía pública o circulación de personas ni amenazar con lesionar o lesionar otros bienes jurídicos como la seguridad personal o la propiedad privada o pública.

Las manifestaciones públicas, entendidas como los reclamos o quejas públicas no pueden considerarse de manera lisa o llana como conductas constitutivas de actos de terrorismo y no de una figura de desorden público. Sin duda, encontrar el equilibrio entre la libre expresión, el derecho a manifestarse públicamente de forma ordenada y pacífica y respetuosa de los derechos de los demás ciudadanos es una tarea difícil, pues en la práctica en muchas ocasiones estas expresiones se desbordan y se producen actos de vandalismo, irrumpiendo contra la paz y armonía que tanto anhela en nuestra sociedad.

Es necesario en consecuencia, reajustar la normativa para “describir” de una manera más precisa la conducta prohibida, ya que existen en estas reformas áreas en las cuales se puede dar la desproporcionalidad entre la conducta tipificada y la sanción esperada. De hecho otros bienes jurídicos más valiosos como la libertad, la integridad o la vida están comparativamente hablando con una pena menor.

Este esfuerzo legislativo coadyuvará a evitar que los juzgadores apliquen de manera arbitraria la normativa o que por el contrario se abstengan de aplicarla. Las reformas al Código Procesal Penal que incluso prohíben o eliminan la aplicación de medidas alternativas a la prisión provisional está en contra a la debida proporcionalidad del bien jurí-

dico a ser protegido y además, si la política actual del Gobierno es evitar los hacinamientos carcelarios esta reforma al Código Procesal Penal ante conductas que no necesariamente son tan graves resulta contradictoria.

Si bien las reformas van encaminadas a que no se impida el normal desarrollo de la circulación o el tránsito en las vías públicas, la prestación de los servicios en las entidades públicas o privadas, la asistencia de servicios de salud, la celebración de espectáculos deportivos o la realización de una audiencia judicial y el ejercicio del derecho al sufragio entre otros. Estas son motivaciones justificadas, pero no por ello el legislador podrá pensar que está habilitado para sobrepasar los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad <sup>15</sup>.

El Salvador se encamina a un largo proceso electoral, por lo que, para cuidar la democracia se requieren medidas ponderadas y razonables.

Las continuas reformas penales, sin tomar en consideración el respeto a los principios constitucionales, pueden tensionar las relaciones entre el Estado, las necesidades electorales y las libertades y garantías fundamentales. Por esa razón este análisis pretende llamar a considerar la moderación y cordura en las iniciativas legislativas. Basta recordar la posición de la Sala de lo Constitucional “ante el aparente contraste entre la prevención del delito y los postulados constitucionales que limitan el *ius puniendi*, resulta imperativo conciliar ambas exigencias: por un lado, debe recalcar la imposición constitucional del Estado en cuanto a la estructuración de una política criminal eficaz, que posea los instrumentos necesarios y adecuados para combatir eficientemente la delincuencia; pero, por otro lado, no

<sup>15</sup> Ver sentencia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inconstitucionalidad, “Ley Antimaras” 52-2003//56-2003/57-2003.

*Una ley por sí misma no es la respuesta al problema de la criminalidad que enfrentamos, por lo que todas las medidas en caso de ser procedentes, deben ser complementarias con la realización de otras que atiendan no sólo el problema, sino la génesis del mismo, pues se deben hacer mejores esfuerzos en la prevención.*

debe olvidarse que, no basta con la eficacia, sino que la política criminal debe, a su vez, estar legitimada, es decir, que en la configuración de tales instrumentos se respete la normativa constitucional, específicamente en lo que se refiere a la vigencia de los derechos y garantías constitucionales”<sup>16</sup>.

Es decir, el fenómeno delincencial, efectivamente, es un aspecto que necesita ser regulado; sin embargo, el Estado -a través del legislador- debe respetar los parámetros constitucionalmente establecidos. No debe perderse de vista que, en nuestro medio, la actividad delictiva constituye un problema social que necesita de la intervención estatal, siempre con sujeción a la Constitución. Pero eso requiere la ponderación de los valores constitucionales que deben ser protegidos por la norma penal.

En la actualidad, la población salvadoreña requiere medidas efectivas para prevenir la comisión de delitos contra la libertad (secuestros y extorsiones), la vida (homicidios), contra el patrimonio, contra la integridad personal y sexual de las

16. Ver sentencia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inconstitucionalidad, “Ley Antimaras” 52-2003//56-2003/57-2003.

personas, contra el crimen organizado (maras, narcotráfico, corrupción, etc).

La población urge al Estado no sólo a bajar las tasas estadísticas de dichos delitos. Las estadísticas no pueden ser una meta en sí misma. La población demanda al Estado salvadoreño investigar adecuada y científicamente a los responsables de los hechos delictivos, procesarlos con evidencia suficiente y condenarlos, por medio de todos los recursos disponibles tanto humanos como tecnológicos (aplicación de las ciencias forenses).

La realidad salvadoreña está demandando un tratamiento integral al fenómeno de violencia, delincuencia e inseguridad ciudadana. Si el Estado opta por endurecer los incentivos negativos, estas medidas legislativas deberían de hacerse únicamente luego de un examen de la constitucionalidad de las mismas para no atentar contra las garantías de un Estado de Derecho. Una ley por sí misma no es la respuesta al problema de la criminalidad que enfrentamos, por lo que todas las medidas en caso de ser procedentes, deben ser complementarias con la realización de otras que atiendan no sólo el problema, sino la génesis del mismo, pues se deben hacer mejores esfuerzos en la prevención.



Fundación Salvadoreña  
para el Desarrollo  
Económico y Social

## Departamento de Estudios Legales

### Presidente

Juan Daniel Alemán

### Directora

Claudia Beatriz Umaña

### Analistas

Roberto Vidales Gregg

Javier Castro De León

Laura Rivera Marinero

Raúl Villamariona

Luciana Yarhi

Marjorie de Chávez



Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,  
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador  
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366.



Sistema de Información Económico y Legal - SIEL -  
correo electrónico: comercializacion@fusades.org.sv