

**LÍNEAS Y CRITERIOS  
JURISPRUDENCIALES DE LA SALA  
DE LO CONSTITUCIONAL  
2012**



*Corte Suprema de Justicia  
Sección de Publicaciones*

**SAN SALVADOR, 2014**

**Gerente General de Asuntos Jurídicos**

*Lic. Óscar Humberto Luna*

**Jefa del Centro de Documentación Judicial**

*Lcda. Evelín Carolina del Cid*

**Jefe de la sección de Publicaciones**

*Lic. José Alejandro Cubías Bonilla*

**Coordinador del área jurídica**

*Lic. Mario Antonio Alas Ramírez*

**Coordinadora de diseño**

*Lcda. Roxana Maricela López Segovia*

**Coordinador de producción**

*Martín Rodolfo Pocasangre Posada*

**Diagramación y diseño de portada**

*Antonio Alberto Aquino*

**Revisión**

*Lcda. Maritza Lisol Maldonado de Ramírez*

**Impresión**

*Carlos Ovidio Carballo*

*Jorge Alberto Villalta Alvarado*

*Eliseo Enrique Rivera Lemus*

**Acabado final**

*Alfonso Carrillo Sánchez*

*Jaime Ernesto Cubas Campos*

*José Francisco Pérez Hernández*

*Rubén Antonio Landaverde Reyes*

*Alexander Adalberto Valdez Castro*

*Jorge Alberto Reyes Roque*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE LO CONSTITUCIONAL  
2012**

**Enero - Julio**

<b>PRESIDENTE:</b>	Dr. José Belarmino Jaime
<b>VOCAL:</b>	Dr. Florentín Meléndez Padilla
<b>VOCAL:</b>	Dr. José Néstor Mauricio Castaneda Soto
<b>VOCAL:</b>	Lic. Edward Sidney Blanco Reyes
<b>VOCAL:</b>	Dr. Rodolfo Ernesto González Bonilla

**Agosto - Diciembre**

<b>PRESIDENTE:</b>	Dr. José Salomón Padilla
<b>VOCAL:</b>	Dr. Florentín Meléndez Padilla
<b>VOCAL:</b>	Dr. José Belarmino Jaime
<b>VOCAL:</b>	Lic. Edward Sidney Blanco Reyes
<b>VOCAL:</b>	Dr. Rodolfo Ernesto González Bonilla

**COORDINACIÓN  
DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL  
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL**

**COORDINADOR:** Lic. Mauricio Haim Luna  
**COLABORADORES:** Lcda. Sonia Lissett Motta Aboleván  
Lic. Manuel Morán

## PRESENTACIÓN

Desde hace algunos años la Corte Suprema de Justicia, ha venido publicando Líneas y Criterios Jurisprudenciales de sus diferentes Salas, trabajo que se realiza por medio del Centro de Documentación Judicial, donde con mucha paciencia, después de un estudio analítico de las diferentes sentencias pronunciadas por las Salas, se hace un extracto de las mismas sobre lo que constituye la verdadera fundamentación de la decisión que han tomado.

Ciertamente, la Corte Suprema de Justicia, en su afán de contribuir en la difusión de las sentencias que pronuncian sus Salas o Corte Plena, tiene un sitio web donde las mismas pueden ser consultadas, pero en nuestro país no todas *las personas* tienen *acceso a las herramientas tecnológicas* para hacer las consultas de esa manera y por ello, publicaciones como la presente, vienen a representar un importante recurso de acceso general y que forma parte del llamado Registro Judicial.

En esta publicación, se recogen las Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional sobre resoluciones dictadas en el año dos mil doce, las cuales tratan diversos temas, algunos de los cuales son en verdad de interés nacional, como han sido los electorales, ambientales, de acceso a la información y otros temas de gran impacto, que pueden influir en el destino del país. No se trata pues, en el caso de la Sala de lo Constitucional, de decisiones que solamente vean el interés de las personas afectadas que han intervenido en los diferentes procesos en que han sido partes, sino que su impacto es de carácter general y algunas veces pueden ser de interés nacional.

El objetivo de estas publicaciones no es solamente para que sea conocido por las personas estudiosas del derecho, sino que en general para el conocimiento de todo ciudadano, aunque se está consciente de que los más interesados son los profesionales del derecho, para quienes este tipo de herramienta resulta de especial importancia, por cuanto tratándose la jurisprudencia de un criterio auxiliar del ordenamiento jurídico emanado de las decisiones judiciales en las sentencias frente a la solución de un asunto específico, este esfuerzo de las Líneas y Criterios Jurisprudenciales, permite conocer las variaciones de la jurisprudencia a lo largo del tiempo; conocer la evolución en la aplicación de las leyes con más exactitud que el mero repaso del derecho vigente que muchas veces no llega a ser positivo.

Estas publicaciones, facilitan el conocimiento de la jurisprudencia, además que nos permiten conocer los precedentes y la doctrina de una manera esquemática, conceptual y funcional, y tiene la ventaja que el interesado de acuerdo al contenido extractado que se publica, con facilidad puede determinar la posibilidad de ampliarlo porque al final de cada extracto aparece el número de referencia del expediente judicial, para que si así lo desea el lector, pueda conocer todos los pormenores del caso, consultando el mismo en la pagina web de la Corte Suprema de Justicia y el Centro de Documentación Judicial.



**INCONSTITUCIONALIDADES**



## ASAMBLEA LEGISLATIVA

### OBLIGACIÓN DE ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LOS CANDIDATOS A LA CSJ

“A. Ahora bien, dado que la Constitución establece la competencia de la Asamblea Legislativa para designar al Presidente y Magistrados de la CSJ —art. 131 ord. 19 Cn.-, quienes deben reunir los requisitos establecidos en el art. 176 Cn., se advierte que le corresponde a aquella verificar el cumplimiento de cada uno de ellos.

Así, la Asamblea Legislativa, previo a la designación de un funcionario público, debe acreditar que el candidato seleccionado cumple con los requisitos previamente establecidos. Para ello, tiene la obligación de documentarse.

B. a. El deber u obligación de documentarse implica que, para el caso de elecciones de segundo grado, el Órgano encargado de la designación debe contar con los elementos documentales necesarios y suficientes que permitan acreditar que los candidatos a determinado cargo son objetivamente idóneos para desempeñarse en el mismo, por contar con la cualificación técnica, profesional y personal requeridas. Ello implica que dicha obligación cobra especial importancia para el establecimiento de los requisitos específicos de moralidad y competencia notorias.

Así, en virtud de tal deber de documentarse, el art. 99 del RIAL establece que a las propuestas de los candidatos "... deberán agregarse los atestados en que se comprueben los requisitos constitucionales o legales...", ya que las mismas "... pasarán a estudio de la Comisión Política, para que antes de la elección pueda determinarse, por cualquier medio, si las personas propuestas para el cargo reúnen los requisitos referidos...". Asimismo, dicha disposición establece, como parte de la obligación en mención, que la Comisión podrá solicitar un informe de los antecedentes de los candidatos, a los funcionarios que estime conveniente.

Y es que la única manera para poder acreditar que los candidatos a un cargo público son idóneos es mediante la documentación o información que establece el cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales; es por ello que la disposición del RIAL antes aludida determina que la Comisión Política de la Asamblea Legislativa "... analizará las hojas de vida y comprobará todos los atestados y, si lo considera procedente, entrevistará a los candidatos que cumplan los requisitos establecidos...".

Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa, por medio de la Comisión Política -o de la Subcomisión creada para tal efecto (art. 100 del RIAL)-, forzosamente debe reunir y analizar la documentación pertinente que establezca o demuestre que determinados candidatos cumplen con los requisitos constitucionales —o legales— para optar a un cargo público, lo que, además, posibilitará que la lista de postulantes sea depurada y que se pueda tomar la decisión que corresponda, conforme con el dictamen presentado.

Además de la exigencia reglamentaria señalada, la Asamblea Legislativa debe también dar cumplimiento a los principios que estructuran el procedimiento legislativo -ya sea para la producción de normas generales y abstractas o para la

elección de funcionarios-, entre ellos el de publicidad parlamentaria.

*El principio en mención opera en una doble dirección: desde la Asamblea Legislativa hacia los ciudadanos –que se concreta, en un marco de libre información, en la publicidad de agendas, debates, votaciones y decisiones legislativas– y desde los ciudadanos hacia el Órgano Legislativo –que se concreta en la concurrencia ordenada de individuos o grupos de ciudadanos, por medio de sus representantes y dejando a salvo el caso de asuntos excluidos de la publicidad, a las Comisiones o al Pleno de la Asamblea, no sólo para exponer puntos de vista o necesidades, sino incluso propuestas concretas que requieran la actividad legislativa–.*

*Consecuentemente, la publicidad es el medio a través del cual la discusión social adquiere una dimensión política y la discusión parlamentaria toma una proyección social –Sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 24-2003–, lo cual es un elemento fundamental de la democracia representativa”.*

#### INHABILITADA PARA ELEGIR CANDIDATOS QUE NO REUNAN LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES

“C. Así las cosas, la Asamblea Legislativa no está habilitada para elegir a funcionarios que no reúnan los requisitos establecidos para optar a un determinado cargo público; las prescripciones habilitantes, antes que atribuir potestades discrecionales ilimitadas, le imponen el deber de exponer las razones por las que considera que una persona concreta es la idónea para ser designada en un cargo público.

Dicha obligación también se encuentra establecida en el RIAL, específicamente en el art. 52, el cual prescribe que: "...[l]as comisiones emitirán dictámenes por resolución de la mayoría de sus miembros, razonando sus acuerdos y propuestas". Tal afirmación tiene sustento en que, como se sostuvo anteriormente, la Comisión Política es la encargada de analizar las propuestas de los candidatos a funcionarios y, además, de emitir el dictamen correspondiente, con base en el cual la Asamblea Legislativa podrá designar a la persona propuesta, en caso de aprobarse el mismo.

En ese sentido, tal como lo establece la disposición mencionada, y para el caso del dictamen emitido por la Comisión Política con motivo de la elección de funcionarios públicos, se debe cumplir, además de ciertos requisitos mínimos, con la expresión de las "...razones por las que se dictamina". Ello implica que es obligatorio que en el correspondiente dictamen se justifique porqué se estima que una determinada persona reúne los requisitos esenciales para ejercer un cargo público y qué sustenta tal conclusión, ya que el mismo es vital para la elección la definitiva del funcionario.

Así, si bien respecto al requisito de moralidad y competencia notorias el legislador posee discrecionalidad para elegir al funcionario que tenga la cualificación técnica, profesional y personal necesaria para el ejercicio de un cargo público, se deben dar las razones por las que, con base en la documentación recabada, tal persona es idónea para desempeñar una función pública. Todo ello después de un procedimiento revestido de publicidad, en la doble dirección que



se ha señalado.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa debe tener en cuenta, durante la realización del procedimiento establecido en el RIAL para la elección de funcionarios, toda la documentación presentada por los postulantes para un cargo público y, con base en la misma, proponer y elegir a la persona que posea las mejores credenciales técnicas, profesionales y personales para el ejercicio de la función que le corresponda, explicitando la fundamentación objetiva capaz de sostener tal decisión, la cual en definitiva implica una concreta opción en favor de uno de los candidatos”.

INHABILITADA PARA ELEGIR, EN MAS DE UNA OCASIÓN, UNA TERCERA PARTE DE LA COMPOSICIÓN DE LA CSJ.

“VII. En el presente caso, según los peticionarios, la Asamblea Legislativa 2003-2006 eligió a Magistrados de la CSJ en dos ocasiones: una en el año 2003 y la otra en el año 2006.

En relación con la primera, según quedó explicado, la legislatura 2003-2006 emitió el D. L. n° 39, de 19-VI-2003, publicado en el D. O. n° 113, tomo 359, de 20-VI-2003, mediante el cual eligió a Magistrados propietarios y suplentes de la CSJ para el lapso de nueve años, que inició el 1-VII-2003 y terminará 30-VI-2012.

Con respecto a la segunda, de acuerdo al recuento legislativo que se hizo, la legislatura 2003-2006 también emitió el D. L. n° 1041, de 30-IV-2006, publicado en el D. O. n° 82, tomo 371, de 5-V-2006, mediante el cual eligió a Magistrados propietarios y suplentes de la CSJ para el período de nueve años, que inició el 1-VII-2006 y terminará el 30-VI-2015.

A causa de lo expuesto, la conclusión es que la legislatura 2003-2006 eligió en dos ocasiones a los Magistrados de la CSJ. Ello implica que violó la regla constitucional contenida en el art. 186 inc. 2° Cn en relación con los arts. 83 y 85 Cn., de la que se interpreta que una misma legislatura no puede elegir en más de una ocasión una tercera parte de la composición de la CSJ. Con ello: (i) impidió a la siguiente legislatura ejercer sus competencias relacionadas con las elecciones de segundo grado —entre ellas la de Magistrados de la CSJ, con la consiguiente renovación de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, exigida por el art. 186 inc. 3° Cn.-, por cuanto la anterior anticipó la referida elección; y (ii) no permitió verificar a la nueva legislatura que en los candidatos concurrieran los requisitos de moralidad y competencia notorias impuestos por la Constitución para su nombramiento, conforme al art. 176.

En consecuencia, en vista que el decreto cuestionado adolece del vicio señalado por los demandantes, se deberá declarar su inconstitucionalidad”.

EFFECTO RESTITUTORIO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA

“VIII. Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

1. A. En el presente caso, tal como quedó constatado, la legislatura 2003-2006 incurrió en un vicio de forma al realizar la elección, por segunda ocasión,

del tercio respectivo de los Magistrados de la CSJ. Así las cosas, al existir un vicio formal en la mencionada elección del tercio de los Magistrados de la CSJ (2006-2015), el decreto legislativo impugnado debe entenderse expulsado del ordenamiento jurídico salvadoreño.

B. En ese orden, se debe determinar el instante en que el pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en esta sentencia, producirá sus efectos.

Al respecto, es preciso aclarar que este Tribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque ello constituye una función inherente a su actividad jurisdiccional. En vista de que esta Sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, puede usar los mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la Constitución —Sentencia de 13-1-2010, Inc. 130-2007—.

A este respecto, debido a que en casos como el que en esta oportunidad se analiza, existe una tensión permanente entre la supremacía constitucional y la igualdad ante la ley — por un lado—, y la seguridad jurídica —por el otro—, se concluye que no es posible delimitar a priori ciertas reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, relativas al otorgamiento o no de efectos hacia el pasado o, en cambio, hacia el futuro.

A partir de lo anterior, la inconstitucionalidad que por esta sentencia se declara producirá los siguientes efectos:

El D. L. n° 1041/2006 debería entenderse expulsado del ordenamiento jurídico salvadoreño, porque se está en presencia de un vicio de forma que exigiría otorgarle efectos hacia el pasado a esta decisión. Sin embargo, debido a la conexión que existe entre la presente sentencia con la de Inc. 19-2012, de esta misma fecha, porque ambas son sentencias estimatorias y se refieren igualmente al nombramiento de Magistrados de la CSJ, dicho efecto debe modularse, por una parte, para evitar consecuencias nocivas previsibles en la conformación subjetiva de la CSJ; y, por otra, para impedir la paralización de tal Tribunal en el ejercicio de sus competencias, como parte integrante que es de uno de los Órganos fundamentales del Gobierno -art. 86 inc. 2° Cn.-

*En consecuencia, el mencionado D. L. n° 1041/2006 deberá entenderse expulsado del ordenamiento jurídico salvadoreño a partir del día en que la Asamblea Legislativa elija nuevamente a un tercio de los Magistrados de la CSJ, y los elegidos tomen posesión; ya sea que esta elección se realice de manera simultánea o separada con la ordenada en la Sentencia de Inc. 19-2012, según lo decida la Asamblea Legislativa.*

*Para la elección de los Magistrados que deberán completar el período 2006-2015, la Asamblea Legislativa deberá ceñirse a la misma lista de candidatos que el Consejo Nacional de la Judicatura le remitió para llevar a cabo la renovación de la CSJ correspondiente a esa ocasión, en el estado actual de composición en que se encuentra, a la cual pertenecen los Magistrados que fueron electos en esa ocasión; para tal fin, por ejemplo, la Asamblea puede habilitar mediante reforma legal, el uso de dicha lista para este único evento.*

*En consecuencia, los Magistrados elegidos para el período 2006-2015, continuarán fungiendo como tales hasta que el Legislativo haga una nueva elección*

*acorde a la Constitución, dentro de un plazo razonable, garantizando en todo caso el normal funcionamiento de la CSJ y del Órgano Judicial en su conjunto.*

Según lo argumentado para fundamentar la invalidez diferida del objeto de control cuestionado en el presente caso, existen razones sustantivas, de normalidad institucional de un Órgano fundamental del Gobierno, que justifican establecer excepciones a la regla constitucional consistente en que no está permitido que una determinada legislatura elija en dos ocasiones a Magistrados de la CSJ:

a. La primera consiste en que es la Asamblea Legislativa, y no este Tribunal, quien originó la presente situación mediante la irregularidad de su actuación. La expulsión inmediata del ordenamiento jurídico del D. L. 1041/2006, produciría el efecto pernicioso de alterar el normal funcionamiento de la CSJ y del Órgano Judicial, afectando así el servicio de la administración de justicia a la población.

El efecto diferido por el que esta Sala está optando en la presente sentencia, es el más adecuado para lograr optimizar el normal funcionamiento de la CSJ, según las competencias que la Constitución le ha asignado, pues sus funciones no se verán paralizadas al quedar integrada la Corte Plena conforme a lo establece la ley.

La tercera alude a que, de entre todas las alternativas posibles, la opción relativa a que el mencionado D. L. n° 1041/2006 se entienda expulsado del ordenamiento jurídico salvadoreño a partir del día en que la Asamblea Legislativa elija y tomen posesión los Magistrados de la CSJ, es la más favorable para optimizar los principios de supremacía constitucional —que exige invalidar el objeto de control— y de seguridad jurídica —que exige potenciar un regular funcionamiento de las instituciones estatales, de entre las cuales se encuentra la CSJ—.

#### EFFECTOS TEMPORALES DE LA INVALIDACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS ELECTOS EN 2006

“E. Las razones expuestas para fundamentar el efecto que producirá esta decisión, también generan importantes consecuencias en relación con el nombramiento de Magistrados de la CSJ que deberá efectuar el Legislativo:

*Para guardar una consistencia con los argumentos que justificaron la declaratoria de inconstitucionalidad en el presente caso, se aclara que la habilitación para que la presente legislatura elija a los Magistrados de la CSJ, para el período que haga falta hasta cumplir el plazo de nueve años para los que fueron electos el 30-IV-2006, es excepcional.*

*Para la elección de los citados Magistrados de la CSJ, la Asamblea Legislativa deberá ceñirse a la misma lista de candidatos que el Consejo Nacional de la Judicatura le remitió para llevar a cabo la renovación de la CSJ 2006-2015, tal como se ha afirmado anteriormente.*

c. *El Legislativo habrá de otorgar las mismas oportunidades de elección a todos los integrantes de la lista que el Consejo Nacional de la Judicatura le remitió para la elección de los Magistrados de la CSJ, en 2006.*

2. Un adecuado y regular funcionamiento de las instituciones estatales, como el caso de la CSJ, requiere de un equilibrio y proporción de los efectos que podría producir esta sentencia con respecto a las actuaciones emitidas por los funcionarios judiciales cuyo decreto de nombramiento ha quedado invalidado.

Por tanto, en la presente decisión también se deben tomar en consideración la potencial existencia de actuaciones pronunciadas por dichos funcionarios, las cuales han creado situaciones jurídicas y producidos efectos normativos en relación con otros funcionarios o particulares.

De ahí que es necesario aclarar los efectos del pronunciamiento de la presente sentencia, con el objeto de no afectar esas situaciones jurídicas consolidadas y los efectos jurídicos ya producidos, tal como lo exige el principio de seguridad jurídica —art. 1 Cn.—.

*En consecuencia, la decisión adoptada por este Tribunal no afectará en modo alguno los actos jurisdiccionales, normativos y administrativos, emitidos por los Magistrados de la CSJ electos el 30-IV-2006, durante el período en que desempeñaron sus cargos. Tampoco se verán afectadas las actuaciones que los citados funcionarios judiciales emitan después de la fecha de la presente sentencia y hasta que sean sustituidos o nuevamente electos, si fuera el caso; ello debido a la habilitación que esta Sala hace para que continúen fungiendo como tales hasta que el Órgano Legislativo elija al menos un tercio de Magistrados de la CSJ, de acuerdo con lo ordenado en la Sentencia de Inc. 192012 y en esta sentencia.*

3. Como consecuencia del pronunciamiento realizado en esta sentencia, y salvo la excepción contenida en la misma a efecto de garantizar su cumplimiento, la Asamblea Legislativa queda inhabilitada para realizar elecciones de Magistrados de la CSJ en dos o más ocasiones, dentro de una misma legislatura”. *(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## **MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL**

### **DESIGNADOS AL CARGO POR UN PERÍODO DE NUEVE AÑOS**

“VII. Corresponde ahora exponer el último elemento relacionado con las garantías de la independencia judicial: la inamovilidad de los funcionarios electos. Ello, a efecto de tener el panorama completo sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada y la temática de la configuración de los entes con legitimidad democrática derivada.

1. Como se ha expresado ya en las argumentaciones previas, desde la Constitución se delinea un sistema dinámico de relaciones entre Órganos, precisamente para que cada institución preserve su autonomía funcional e independencia en el ejercicio de los frenos y contrapesos.

En esta interacción orgánica, el período de cada desempeño en las funciones del Estado es un elemento integrante de esa separación de órganos fundamentales; pues —en efecto— los funcionarios se designan en sus cargos para determinados períodos durante los cuales se desempeñan las competencias que a cada institución le corresponden.

La finalidad del diseño constitucional es que el dinamismo temporal de las atribuciones y competencias previsto, fomente la independencia en el ejercicio

de las mismas y dotar con ello de garantías —temporales cuando menos— para que cada funcionario designado preserve un estatus de inamovilidad durante ese período y para evitar remociones arbitrarias o destituciones ilegales —salvo por causas expresamente previstas en la Constitución—.

2. En virtud de lo anterior, debe analizarse si es posible, según la Constitución, que uno o todos los Magistrados de la Sala de lo Constitucional sean trasladados a otras Salas de la CSJ.

Para ello es imperativo tener en cuenta que la Constitución le ha conferido a la Asamblea Legislativa una atribución exclusiva en relación con este Tribunal. De esta forma, según lo prescrito en el art. 174 inc. 2° Cn., "[l]a Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será elegido por la misma en cada ocasión en que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial...".

*Con base en dicha disposición, los Magistrados de la Sala de lo Constitucional son designados única y exclusivamente por la Asamblea Legislativa, con mayoría calificada de dos tercios de votos de los Diputados electos —art. 186 inc. 2° Cn.—, circunstancia que, además, le confiere un plus de legitimidad democrática a dicho Tribunal.*

La Sala de lo Constitucional es el único Tribunal creado específicamente por la Constitución, lo cual le confiere un status especial, cuya importancia se cifra en que sus integrantes son designados única y directamente por la Asamblea Legislativa, lo que excluye cualquier posibilidad de que otro Órgano del Estado, que no sea el Legislativo, pueda conformarlo mediante la "elección" de sus miembros o por otro procedimiento.

*Asimismo, excluye que las competencias que constitucionalmente le corresponden a la Sala sean ejercidas por otros funcionarios que no detentan el título de legitimación democrática que implica la designación expresa por parte de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con los parámetros constitucionales que rigen su actuación —art. 174 Cn.—.*

En conexión con lo expresado, el art. 186 inc. 2° Cn. prescribe que: "[l]os Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años..." —resaltado de este Tribunal—. Ello implica que todos los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia durarán nueve años en el ejercicio de sus funciones, sin que puedan ser destituidos, salvo por causas específicas previamente establecidas por la ley.

C. Si bien el art. 173 Cn. establece que el Legislativo es el encargado de elegir a los Magistrados de la CSJ, lo cierto es que el art. 174 inc. 2° Cn. impone a dicho Órgano la designación específica de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, mientras que el art. 186 inc. 2° Cn. impone un mandato para que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia sean designados para ejercer sus funciones por nueve años.

*En este punto, debe recordarse lo concerniente al principio de unidad de la Constitución, según el cual el intérprete debe considerar a la Ley Suprema como un ordenamiento completo. Consecuentemente, en aplicación de tal principio interpretativo, de las disposiciones constitucionales antes citadas se extrae la*

*siguiente regla: los Magistrados de la Sala de lo Constitucional son designados para ejercer sus funciones en la misma por un período de nueve años.*

Esto es así, debido a que, en el momento en que la Asamblea Legislativa nombra a Magistrados de la CSJ para que ejecuten sus atribuciones y competencias por el intervalo antes mencionado, también se designa expresamente quiénes de todos esos Magistrados son los que integrarán la Sala de lo Constitucional”.

#### PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE TRASLADO DE LOS MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL A OTRAS SALAS DE LA CSJ

*“De acuerdo con lo dicho, se infiere que, según una interpretación unitaria y concordante de la Constitución, los Magistrados de la Sala de lo Constitucional son designados única y directamente por la Asamblea Legislativa para el período de nueve años consecutivos, con el fin de darle cumplimiento al mandato de los arts. 174 inc. 2° y 186 inc. 2° Cn.*

*Ello produce una inevitable consecuencia: la prohibición constitucional de que los Magistrados de la Sala de lo Constitucional sean trasladados a otras Salas de la CSJ mientras no haya finalizado el período de su elección, pues sus integrantes han sido designados de forma directa y expresa por la Asamblea Legislativa. Por tanto, cualquier intento de traslado, incluso de destitución –sin la atribución y acreditación de cualquiera de las causas establecidas previamente–, atentaría contra el organismo jurisdiccional permanente y especializado en la protección de la Constitución.*

Consecuentemente, debe tenerse en cuenta que el tiempo de nombramiento de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional establecido en la Constitución constituye una de las garantías que posibilitan el ejercicio independiente de presiones. Esto se debe a que dicha Sala se caracteriza por ser un tribunal independiente de cualquier otro órgano del Estado y, en tanto se refiere a su naturaleza exclusivamente jurisdiccional, se somete solamente a la Constitución, como cuerpo jurídico que contiene las normas materiales en que se fundamenta sus decisiones, y a las leyes que establezcan su estructura como tribunal y el procedimiento de su actividad –resolución de 3-II-2010, Amp. 288-2008–.

En ese sentido, dado que la elección de la Sala de lo Constitucional ha sido encomendada a la Asamblea Legislativa, si se permitiera la destitución o el traslado antojadizo o arbitrario de al menos uno de sus miembros en cada renovación de la Corte Suprema de Justicia —cada tres años, según lo dispone el art. 186 inc. 2° Cn.—, se posibilitaría una intromisión inconstitucional en el Tribunal, cuando sus decisiones no sean "complacientes" o "del agrado" del Órgano encargado de la nueva conformación de la Corte Suprema de Justicia.

A. Ahora bien, es importante resaltar que, para el caso de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, los arts. 174 inc. 2° y 186 inc. 3° Cn. estructuran un procedimiento singular para su elección, el cual, además, coincide también con el período regular en que las funciones se deban ejercer como tales.

Así, en la estructuración de dicho procedimiento, la elección de Magistrados de la Sala de lo Constitucional, procederá, cuando haya vacantes que llenar, y deberá hacerse tomando en cuenta la lista de candidatos que el CNJ envía a la Asamblea para su elección.

Ello delimita el ámbito temporal del procedimiento legislativo al que se debe sujetar la Asamblea, ya que –de conformidad con el art. 142 Cn.– para interpretar, reformar o derogar las leyes (ya sea generales, impersonales y abstractas o leyes de concreción constitucional como las elecciones de segundo grado) deben seguirse los mismos trámites que para su aprobación”.

#### ES INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN ALTERAR LA CONFORMACIÓN SUBJETIVA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL AL TRASLADAR A SUS MAGISTRADOS HACIA OTRAS SALAS

“Si el procedimiento con base en el cual fueron electos culminó con la designación expresa para ciertos Magistrados, en particular hacia la Sala de lo Constitucional, la alteración o modificación sólo es posible si se sigue un nuevo procedimiento (respetuoso de los arts. 186 inc. 3° y 174 inc. 2° Cn.) al final del período de nueve años, de quienes hayan resultado electos previamente.

En efecto, la modificación de la conformación subjetiva de la Sala de lo Constitucional sólo es posible cuando sus miembros, elegidos previa y directamente por la Asamblea Legislativa, deban ser sustituidos por haber finalizados los nueve años de su nombramiento. Sin perjuicio de casos no atribuibles a la decisión de la Asamblea Legislativa, tales como muerte, renuncia, y otros.

B. De lo anterior es posible concluir que, debido al procedimiento singular para la elección de los miembros de la Sala de lo Constitucional, no es posible que la misma sea integrada con Magistrados de otras Salas de la CSJ.

Esto es así, ya que, por un lado –y como se dijo anteriormente–, los Magistrados de la Sala de lo Constitucional deben ser electos de la lista que el CNJ envía a la Asamblea Legislativa; y, por otro, los movimientos de Magistrados entre las restantes Salas de la CSJ es una competencia que solo incumbe al Pleno de la Corte, de conformidad con el art. 4 inc. 2° LOJ.

Por tanto, en tal supuesto, la Constitución se vería ignorada por no cumplirse con la exigencia de que la elección de Magistrados de la Sala de lo Constitucional provenga de la lista que el CNJ envía con los candidatos que en cada elección deben evaluarse –art. 142 en relación con el art. 186 inc. 3° Cn.– y por constituir una intromisión en las competencias de la CSJ, lo cual vulneraría el principio de división de poderes –art. 86 Cn.–

Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que no es compatible con la Constitución alterar la conformación subjetiva de la Sala de lo Constitucional, trasladando a sus Magistrados hacia otras Salas, para elegir nuevos Magistrados de la lista del CNJ, pues si se aceptara tal supuesto, no existirían garantías del ejercicio independiente de las funciones que se encomiendan como Magistrado, al afectarse la inamovilidad a la que tiene derecho como Jueces naturales de la Sala”.

#### POSEEN GARANTÍAS DE INAMOVILIDAD POR EL PERÍODO DE NUEVE AÑOS

“Así, se tiene que mediante el D. L. 71/2009, la Asamblea Legislativa eligió y designó a los Magistrados de la Sala de lo Constitucional que ejercerán las fun-

ciones de ésta y, como un segundo contenido, se establece quién fungirá como Presidente de la Sala de lo Constitucional, de la CSJ y del Órgano Judicial para el período 2009-2012.

En este doble carácter radica la designación expresa como Magistrado de la Sala de lo Constitucional con nombramiento originario, pues no se puede ser su Presidente sin integrar dicha Sala, y por el mismo período que a los demás miembros de la Sala, no pudiéndose interpretar que la Constitución le permita a la Asamblea Legislativa disponer de diferentes plazos para nombrar a los Magistrados de la Sala de lo Constitucional.

En efecto, en vez de autorizar una reducción del plazo para el ejercicio de las funciones como Magistrado de la Sala de lo Constitucional, se prescribe que uno de los electos para dicha Sala, siguiendo el procedimiento dispuesto por los arts. 186 inc. 3° y 174 inc. 2° Cn., será, además, su Presidente, debiendo seguir como Magistrado de la Sala de lo Constitucional por el resto del período.

C. Si bien el D. L. 71/2009 no especifica que el Magistrado José Belarmino Jaime fue designado como miembro de la Sala de lo Constitucional por nueve años, mediante la interpretación unitaria y concordante de la Ley Suprema, debe entenderse implícitamente que ése es el período de su elección, por el hecho de haber sido nombrado como Presidente de la citada Sala.

En razón de ello, no es razonable interpretar que su período como Magistrado de la Sala de lo Constitucional es solamente de tres años, cuando lo coherente es que, según lo establecido en los arts. 174 inc. 2° y 186 inc. 2° Cn. fungirá en ella por nueve años.

*Consecuentemente, los tres años establecidos en el D. L. no 71/2009 únicamente aluden a su nombramiento como Presidente de Sala, de la CSJ y del Órgano Judicial, y no a su designación como integrante de la Sala de lo Constitucional. De ello se infiere que el abogado José Belarmino Jaime debe desempeñarse durante el resto de su período, como miembro de dicha sala.*

*De esta forma, el traslado del Magistrado de la Sala de lo Constitucional José Belarmino Jaime a cualquiera de las otras Salas de la CSJ, constituye una intromisión inconstitucional en la conformación subjetiva del Tribunal encargado de defender la Constitución en El Salvador. Por ello, en el caso del Magistrado Presidente, se concluye que la Asamblea Legislativa se encuentra autorizada únicamente, por una parte, para reelegirlo por otro período de tres años, o para designar a otro en su sustitución como Presidente, pero siempre ejercerá sus funciones en esta Sala, durante el plazo para el cual fue electo como Magistrado de la CSJ.*

*D. En conclusión, si la Constitución prescribe que el Presidente de la CSJ será designado en cada ocasión en que corresponda elegir Magistrados, no por ello deja de ostentar la calidad de Magistrado de la Sala de lo Constitucional, por lo que posee las mismas garantías de inamovilidad que el resto de miembros de dicha sala por el período de nueve años.*

Por tanto, el D. L. n° 1074/2012, que designa al licenciado José Roberto Argueta Manzano como Magistrado de este Tribunal, genera una confrontación directa con la estructura funcional de la Sala de lo Constitucional, dado que la autoridad demandada ha asumido que ello implica un "traslado" del Magistrado José Belarmino Jaime. Tal situación, como se sostuvo, es contraria al art. 186 inc. 2° Cn. y, en consecuencia, es inconstitucional".



## EFFECTO RESTITUTORIO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA

“IX. Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

I. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la depuración del ordenamiento jurídico, para lo cual expulsa de este las disposiciones cuya inconstitucionalidad constate. Por ello, con arreglo a lo que prescribe el art. 183 Cn., las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal tienen efectos generales y provocan la eliminación definitiva de la disposición inconstitucional.

Si bien dicho precepto constitucional parece referirse únicamente a uno de los diversos tipos de sentencias constitucionales –las estimatorias, esto es, las que declaran la “inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos”–, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha ampliado sustancialmente el contenido del art. 183 Cn., en relación con una diversidad de modalidades de sentencias y de sus efectos.

Este Tribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque constituye una función inherente de su actividad jurisdiccional. Por lo tanto, esta Sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección a los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, y puede usar los mecanismos que franquean la doctrina y la jurisprudencia constitucional para rechazar las infracciones a la Constitución –Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007–.

En vista de que del análisis realizado se ha concluido que los decretos legislativos impugnados son inconstitucionales, y que la Constitución atribuye al Legislativo la competencia para nombrar a Magistrados de la CSJ –art 131 ord. 19° Cn.–, la Asamblea Legislativa deberá proceder a elegir a cinco Magistrados propietarios y cinco Magistrados suplentes, exclusivamente de la lista que el Consejo Nacional de la Judicatura le envió para las elecciones de 2012-2021, quienes deberán estar electos en el momento oportuno en que se venza el período de los Magistrados que fueron electos en 2003; ello a fin de garantizar el normal funcionamiento de la CSJ y del Órgano Judicial. Todo con basamento en lo prescrito por los arts. 174 inc. 2° y 186 inc. 2° Cn.

Por consiguiente, el Legislativo habrá de otorgar las mismas oportunidades de elección a todos los integrantes de la lista que el Consejo Nacional de la Judicatura le remitió para la elección de los Magistrados de la CSJ en 2012”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

CONTROL DEBE HACERSE EXTENSIVO A ACTOS CONCRETOS QUE SE REALIZAN EN APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

“II. 1. Establecidos los términos del contraste, esta Sala debe resolver la constitucionalidad de la elección de Magistrados para el período 2006-2015 que realizó la legislatura 2003-2006, por la supuesta vulneración al principio de legi-

timidad popular indirecta de los magistrados de la CSJ -art. 186 inc. 2° Cn., en relación con los arts. 83 y 85 Cn.-

A. Dadas las peculiaridades del objeto de control, merece la pena exponer algunas consideraciones sobre las razones jurídico-normativas que habilitan el conocimiento de su control de constitucionalidad.

En efecto, no hay que perder de vista que -como se ha señalado desde el inicio de este proceso- se trata del control de constitucionalidad de algunos D. L. que no reúnen los caracteres de generalidad y abstracción propios de las leyes materiales; sin embargo, debe reafirmarse que los actos concretos también pueden ser objeto de control constitucional.

La primera noción que hay que tener en cuenta para sustentar el control de constitucionalidad de este tipo de Decretos no debería ser objeto de duda ni discusión institucional: que la Constitución es norma jurídicamente vinculante. En la jurisprudencia de esta Sala se ha reconocido suficientemente tanto el carácter normativo de la Constitución como su rango de supremacía.

Por lo tanto, la Sala de lo Constitucional debe interpretar y aplicar los mecanismos procesales de los que dispone, para evitar que la Constitución sea vulnerada por el comportamiento de los Órganos y entes públicos, ya que como tales están subordinados a la fuerza normativa de la Constitución -Resolución de 24-IX-2003, Inc. 15-2003, mediante la cual se deniega la solicitud de sobreseimiento presentada por el Presidente de la República ante el control de constitucionalidad de un veto presidencial emitido sin refrendo ministerial, bajo el argumento de que dicho acto concreto era incontrolable porque no se trataba de una ley general y abstracta-.

Los actos de aplicación directa de la Constitución, aunque no contengan pautas de conducta generalizables a través de normas jurídicas impersonales y abstractas, sí constituyen normas individuales, cuya regularidad jurídica está directamente determinada, sin intermediación de otra fuente, por la Constitución; por tanto, las condiciones, requisitos -formales o materiales- y procedimientos para su producción son prescritos únicamente por la Ley Suprema.

La actividad de la Sala de lo Constitucional para efectivizar estos límites constitucionales implica también realizar el control de dichos actos. Lo determinante -en efecto- es el establecimiento de límites constitucionales que, ante su posible infracción, sean actualizados por la jurisdicción constitucional. Esto robustece la idea de que no es la Sala la que limita al poder, sino la que lo controla legítimamente por mandato constitucional”.

POSSIBILIDAD DE REALIZARLO SOBRE ACTOS CONCRETOS QUE NO REÚNEN LAS CARACTERÍSTICAS DE GENERALIDAD Y ABSTRACCIÓN SÍ SON APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

“Precisamente, los límites al actuar público se establecen para todos los órganos del Estado y entes públicos sin excepciones, independientemente del alcance o las dimensiones cuantitativas de sus actos -individuales o generales-. Admitir lo contrario significaría que los actos individuales son inimpugnables y que los límites constitucionales previstos al efecto no vinculan al ente competen-

te para dictarlos -v, gr. la Asamblea Legislativa podría nombrar como Magistrado de la CSJ a una persona que no cumple con los requisitos que exige la Constitución, la edad o cualquier otro, y aducir que nadie puede controlar dicha infracción a la Carta Magna-.

El acto que se impugna en el presente proceso, si bien no goza de las características de generalidad y abstracción, no puede excluirse del concepto de objeto de control constitucional, ya que entender que sólo puede estar constituido por disposiciones creadoras de situaciones jurídicas abstractas y generales con carácter coercitivo y obligatorio -que excluya de dicho control a los actos de contenido concreto- podría permitir la existencia de actuaciones de los gobernantes que devendrían en zonas exentas de control, con el consecuente desconocimiento de la Constitución.

Precisamente porque no se pueden dejar zonas exentas de control, este Tribunal ha afirmado su competencia y ha fallado en casos como los Acuerdos de creación de Comisiones Especiales de Investigación invalidados en las sentencias de 1-XII-1998, 11-XI-2003, 10-VI-2005 y 25-V-2011, pronunciadas en los procesos de Inc. 16-98, 17-2001, 60-2003 y 85-2010, respectivamente; y las elecciones de segundo grado relativas al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y a un Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, que fueron juzgadas en los procesos de Inc. 2-99 y Inc. 7-2011, respectivamente.

En efecto, si la Constitución determina tanto los modos de producción como los contenidos y requisitos materiales del Derecho, en cualquier escala de las jerarquías y competencias normativas, una Ley o Decreto que no satisfaga lo que la Constitución establece no puede pertenecer válidamente al ordenamiento jurídico”.

#### FUNCIÓN DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL ES DECIDIR EN ÚLTIMA INSTANCIA LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

“B En lo referente a la Asamblea Legislativa, a esta no sólo le compete la función de legislar. La Constitución le confiere otras atribuciones y competencias, entre las cuales se encuentran la interpretación de la Ley Suprema a efecto de acomodar su actuación a los parámetros constitucionales al momento de efectuar la concreción legislativa de la Constitución -art. 246 Cn.- De igual forma, los demás órganos del Estado están incluidos potencialmente en los procesos de interpretación constitucional, así como todos los ciudadanos y grupos sociales, que están incluidos como intérpretes previos.

Sin embargo, la responsabilidad de interpretar y clarificar la extensión de las disposiciones constitucionales permanece en la jurisdicción especializada -Sala de lo Constitucional- como intérprete vinculante de última instancia (Improcedencia de 27-IV2011, pronunciada en el proceso de Inc. 16-2011).

Así, cuando se descalifica la validez de una producción normativa por inconstitucional, lejos de oponerse a la supuesta voluntad mayoritaria de la conformación legislativa que emitió el objeto de control, la Sala de lo Constitucional está dando efecto a la voluntad mayoritaria suprema que erigió a la Constitución.

De hecho, el carácter objetivo y necesario del control jurídico de constitucionalidad -Sentencia de 11-XII-2007, Inc. 15-2003- le impone a esta Sala, no una

facultad discrecional, sino el deber de ejercerlo cada vez que es requerida -art. 183 Cn.- Por ello, el juez constitucional no actúa conforme a su criterio y voluntad, sino que es la voz de la voluntad del pueblo plasmados por escrito en la Ley Suprema -Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003-.

C. Por lo antes dicho, y dado que la Constitución representa el momento originario del Estado, valga decir, el punto a partir del cual se establece la orientación que han de seguir los sujetos encargados de ejercer las atribuciones por ella conferidas, cualquier expresión de los poderes constituidos que contraría el contenido que mediante la misma se ha establecido, es susceptible de invalidación, independientemente de su naturaleza concreta o abstracta, pues se estaría dictando en contra de los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la Ley Suprema”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## CONCESIONES

SON DE USO PÚBLICO POR EL OBJETO O FINALIDAD DE APROVECHAMIENTO GENERAL QUE SATISFACE UNA NECESIDAD DE INTERÉS PÚBLICO

“1. El dominio público, en forma similar a las obras públicas y los servicios públicos, *es un título de intervención estatal* sobre una esfera de la realidad, generalmente económica o con repercusiones de este tipo. El dominio público se entiende como una masa o conjunto de bienes que se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial de Derecho Público, es decir, constituye un conjunto de bienes de propiedad del Estado *lato sensu*, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes. Precisamente, el criterio rector de la demanialidad es la afectación, es decir, la finalidad de uso, utilidad o aprovechamiento público al que están destinados dichos bienes. En la afectación se funda la nota esencial de los bienes públicos, que es su indisponibilidad, es decir la imposibilidad de que puedan convertirse en objeto de la autonomía de la voluntad de los particulares y esa característica se manifiesta en las tres formas típicas de la protección del dominio público: la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad.

Con relación al "uso público" de los bienes demaniales, es importante aclarar que, como se dijo en la referida Sentencia de Inconstitucionalidad 33-2000, "el concepto explotación de bienes, en este caso de bienes públicos, no puede limitarse a entender que se trata de la obtención de un provecho económico, pues *dicho término cabe entenderlo de distintas formas*, v. gr., utilización, empleo, aprovechamiento, usufructo, etc." Lo anterior significa que *el "uso público" no implica necesariamente el acceso físico libre e indiscriminado de cualquier persona a un bien público*, pues la utilización de estos bienes puede ser común o general (es decir libre, para cualquiera y sin impedimento para otros) y especial o privativa (o sea, condicionada, con exclusión de otros, aunque siempre con destino de utilidad general). En otras palabras, los bienes demaniales son "de

uso público" no tanto por la asignación del uso a determinados sujetos, como por *el objeto o finalidad de aprovechamiento general mediante el beneficio colectivo de su explotación, al satisfacer una necesidad de interés público*".

EL FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE EL SUBSUELO ES EL VALOR ESTRATÉGICO DE LA EXPLOTACIÓN LO QUE JUSTIFICA SU APROBACIÓN LEGISLATIVA

"La jurisprudencia mencionada también estableció que, como lo dispone el art. 103 inc. 3° Cn., para el caso del *subsuelo* se acepta que cada Estado detenta su dominio y que el mismo no es objeto de propiedad privada, pues aquel *contiene los recursos naturales que se traducen en minerales, hidrocarburos y otras sustancias que forman parte de la riqueza del Estado*. En tal sentido, el propietario del suelo puede hacer uso del subsuelo en los menesteres atinentes a la agricultura y a la construcción de los cimientos para viviendas, edificios, etc., pero no sobre las sustancias minerales en general, pues éstas pertenecen al Estado, quien sí puede, bajo el régimen de una concesión, otorgarle a alguien la posibilidad de explotación de dichas sustancias. En estos casos, *el fundamento de la indispensable intervención pública es el valor estratégico que la explotación de ciertos recursos tiene para el crecimiento y desarrollo económico de un Estado, lo que justifica la exigencia de una discusión amplia y representativa sobre la asignación y las condiciones de aprovechamiento de tales recursos*.

De la lectura del art. 103 inc. 3° Cn. se advierte que esta disposición no especifica el tipo de concesión (administrativa "ordinaria" o con aprobación previa de la Asamblea Legislativa) que será necesaria para habilitar la explotación privada del subsuelo. Sin embargo, dado que es innegable que se trata de un bien de dominio público, la regulación constitucional de las condiciones para su aprovechamiento privado se complementa con lo dispuesto en el art. 233 Cn., que establece que los bienes "de uso público [...] sólo podrán [...] darse [o *concederse*] en usufructo [*o para explotación privada*] [...] con autorización [o aprobación] del Órgano Legislativo, a entidades de interés [*lo que incluye a las prestadoras de servicios públicos*]." Por el carácter político-económico fundamental de dicha "autorización" legislativa y por la función de garantía que ella cumple, es razonable integrar o asimilar ese mandato con la previsión constitucional del art. 120 Cn. La protección de los intereses económicos nacionales involucrados en una "obra material de uso público" debe predicarse al menos con igual razón respecto de los "bienes de uso público", de modo que la aprobación parlamentaria de la concesión del subsuelo debe incluir la estipulación del plazo y las demás condiciones de dicha concesión. En otras palabras, una interpretación integrada de las tres disposiciones citadas (arts. 103 inc. 3°, 120 y 233 Cn.) indica que estas conforman, en lo relevante para el presente caso, *el régimen constitucional ineludible de los bienes demaniales, incluido el subsuelo*".

CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y TIPOLOGÍA

"1. La concesión es un instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades tradicionalmente

identificadas por su finalidad de aprovechamiento general como tareas del Estado, pero con las que la Administración Pública no puede cumplir a cabalidad en forma directa, sobre todo por razones financieras. El mecanismo que el Estado emplea para incorporar a los particulares en la realización de dichas actividades es la concesión. En el Derecho Público, por "concesión" se entiende el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, sólo en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien.

La concesión tiene un carácter complejo, el cual resulta de la conjugación de las siguientes características: (i) es un acto unilateral, por el que se determina discrecionalmente y en casos de interés general el otorgamiento de la concesión; (ii) es un acto reglamentario, por el que se fijan normas con efectos particulares y generales que regulan la organización y funcionamiento del servicio público o la forma como se hará la explotación de los bienes concesionados; y (iii) es un acto contractual de naturaleza financiera que no puede ser modificado de manera unilateral por la Administración, destinado a establecer ciertas ventajas económicas personales, asegurar la remuneración del concesionario, propiciar nuevas inversiones para mejorar el servicio o bien concesionado y proteger los intereses legítimos del particular, aunque sin dejar de subordinar los poderes de éste a las obligaciones que en la materia impone la ley.

2. Los actos administrativos de concesión pueden agruparse atendiendo al objeto para el cual fueron emitidos. Así, *se puede distinguir entre una concesión demanial (para explotar bienes del dominio público), una concesión de obra pública y una concesión de servicio público*. La primera permite o habilita un uso privativo o especial del dominio público, es decir la utilización de un bien público de manera que limite o excluya el aprovechamiento directo de los demás interesados. Mediante ella y su régimen consecuente se compatibiliza el interés público de conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación. Por otro lado, en la concesión de obra pública no se otorga la explotación de un mero bien público, sino de una construcción, instalación, equipamiento o infraestructura, que *puede o no estar radicada en un bien demanial* y haber sido construida o no por el mismo particular (si sólo se le encarga la construcción es un contrato de obra pública, pero no una concesión), pues lo relevante es la habilitación para la gestión económica de esa obra.

En tercer lugar, la concesión de servicio público consiste en un acto jurídico de Derecho Público por el que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la prestación de una actividad técnica dirigida a satisfacer necesidades colectivas de interés general, gestión que se regulará por la ley y las disposiciones especiales del referido servicio. De acuerdo con lo expuesto por esta Sala en la Inc. 4-97 citada por el Fiscal, en la expresión "servicio público", el segundo término no hace referencia al ente que realiza la actividad de satisfacción de necesidades e intereses, sino al destinatario del mismo. En

otras palabras, lo *fundamental en la noción de servicio público es garantizar la satisfacción de las necesidades sociales y no tanto la titularidad estatal del servicio ni su gestión directa*. La concesión es una forma indirecta de prestación de los servicios públicos y *su función principal es configurar un régimen especial que garantice el cumplimiento, por los operadores económicos privados, de las exigencias básicas de las prestaciones en juego, es decir, su universalidad continuidad regularidad y calidad*.

En relación con estas categorías, el art. 120 Cn. establece que la explotación de una obra pública debe convenirse mediante una concesión y que esta debe cumplir con determinados requisitos materiales y formales. El significado doctrinario y jurisprudencial del término "explotar" implica el uso privativo del bien, que incorpora la facultad de beneficiarse con sus frutos e incluye la posibilidad de su transformación, siempre que sea compatible con el carácter público de dicha obra. El texto constitucional aludido revela una estrecha vinculación entre la concesión y la explotación de los citados bienes, en una relación de medio-fin que se corresponde con las características de la concesión como figura idónea para la explotación de bienes demaniales por los particulares".

#### INTERVENCIÓN DIRECTA Y SINGULAR DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA SOBRE LAS CONDICIONES DE CADA CONCESIÓN

"En cuanto a los requisitos mencionados, la Constitución exige una intervención directa y singular de la Asamblea, sin que sea admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de concesión. Además, esta debe ser temporal o sujeta a un plazo definido y deben desarrollarse taxativamente sus aspectos elementales "atendiendo a la naturaleza de la obra y de las inversiones requeridas", de modo que para fijar dichas circunstancias debe observarse el principio de proporcionalidad. Todo lo anterior es confirmado también por el legislador secundario, en el art. 134 LACAP, cuando establece que en "las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el Art. 120 de la Constitución de la República, las mismas deberán contener como mínimo a) Las condiciones básicas de la concesión; y b) El plazo de la concesión".

#### INTERRELACIÓN DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA

"3. Las anteriores referencias permiten inferir que, en la práctica, estas tres diversas técnicas administrativas de intervención pública pueden entrelazarse, de modo que, aunque es posible —y frecuente— su utilización autónoma, también es aceptable —y usual— su interrelación, combinación o mixtura. De este modo, la *"explotación" o aprovechamiento de una obra pública concedida puede consistir justamente en la prestación de un servicio que atienda una necesidad esencial de la colectividad Incluso, generalmente se presentará el supuesto de que esa "obra pública" esté radicada sobre un bien demanial, en cuyo caso la concurrencia de supuestos para la intervención administrativa estatal se triplica*.

Hay que aclarar que esta forma de conexión entre obra, dominio y servicio público no predetermina por sí misma la intensidad de la intervención estatal legitimada por su concurrencia, ya que cada ordenamiento jurídico puede disponer una graduación de injerencias públicas, que incluya o no la *publicatio* o titularidad estatal de la obra, dominio o servicio en cuestión, así como una diversidad de instrumentos administrativos para materializarlas.

[...] I. Recapitulando, los arts. 5 de la LGE y 4 y 12 frase 1ª del RLGE han sido impugnados básicamente porque confieren la competencia para otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos a la SIGET, lo cual supuestamente contraría los arts. 103 inc. 3º, 120 inc. 2º y 131 ord. 30º Cn., que atribuyen dicha potestad a la Asamblea Legislativa. Para analizar este motivo es necesario recordar que la obra pública y el servicio público, junto con el dominio público son técnicas administrativas de intervención estatal o pública en el desarrollo de actividades económicas, en virtud de su especial relevancia para los intereses generales. También, que esas técnicas pueden estar interrelacionadas, de modo que es posible que *la actividad de prestación de un servicio público concesionado tenga como soporte frico la explotación de un bien demanial*, en cuyo caso pueden existir, en principio, dos formas distintas de intervención o control estatal sobre dicha actividad (la habilitación para el servicio y la habilitación para la explotación del bien público).

Sin embargo, cuando el desarrollo de una actividad económica compromete de un modo indefectible alguno de esos títulos de intervención pública y existe un régimen jurídico diferenciado para cada figura (se entiende, con grados distintos de control estatal), *ni la Administración ni el operador privado pueden simplemente elegir el cumplimiento del nivel menos intenso de supervisión pública, soslayando las exigencias jurídicas de la concurrencia de otro de los elementos que legitiman la fiscalización estatal*. Así ocurre, por ejemplo, cuando los requisitos para la concesión de un servicio público difieren de los requisitos para permitir la explotación de un bien demanial, porque la primera corresponde por ley a un órgano de la Administración Pública, mientras que la segunda compete por Constitución a la Asamblea Legislativa. En este supuesto, *la habilitación administrativa para el servicio público es insuficiente para legitimar la explotación privada del bien demanial, que exige una autorización parlamentaria*".

#### AUTORIZACIÓN LEGISLATIVA PREVIA ES UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL EN LAS CONCESIONES PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y SUBSUELO

"Los parámetros de control invocados por los demandantes deben interpretarse en relación con las demás disposiciones constitucionales que establecen el régimen básico de los bienes públicos. En este sentido hay que observar que *la Constitución no sólo reconoce el carácter demanial del subsuelo y supedita su explotación privada al requisito de la concesión (art. 103 inc. 3º Cn.), sino que además exige que tal explotación, aprovechamiento o "u.sufructo" sea "autorizado" por la Asamblea Legislativa y destinado a la "utilidad general" (art. 233 Cn.)*. Si se interpretan sistemáticamente estas disposiciones constitucionales hay que concluir que *la autorización parlamentaria de una concesión demanial puede*



*ser equiparada a las concesiones de obra pública reguladas en el art. 120 Cn., pues la enunciación ejemplificadora de su texto incluye "obras" asentadas en el llamado dominio público natural (zona marítimo-terrestre, vías públicas, riberas, etc.) y ambas (concesión demanial y concesión de obra pública) comparten igual propósito: poner a disposición de las personas bienes que satisfagan objetivos de necesidad o conveniencia general.*

*En las disposiciones impugnadas, la prestación o actividad económica en juego consiste precisamente en la explotación de bienes demaniales, como son los recursos hidráulicos y el subsuelo, puesto que esta explotación constituye la condición o el soporte físico y natural de la generación de energía eléctrica. Entre los requisitos constitucionales para dicha explotación demanial está la autorización parlamentaria y las autoridades demandadas no han demostrado que dicha exigencia constitucional se cumpla mediante un trámite previo e independiente, que separe la concesión demanial de la concesión de servicio público, sino que sus argumentos se han centrado en una consideración aislada de ambas técnicas administrativas, que las ha llevado a obviar la ineludible interconexión física o natural entre dichas formas de concesión.*

*El carácter público de los bienes aprovechados, como soporte físico de esta actividad económica, basta para justificar la incompatibilidad entre el régimen concesional de la LGE y las disposiciones constitucionales sobre una necesaria autorización legislativa específica, como presupuesto racionalizador de la explotación de ese tipo de bienes, como ocurre con el subsuelo (arts. 103 inc. 3°, 120 y 233 Cn.). Además, por el fundamento y el tipo de control público implícito en una autorización parlamentaria de explotación demanial, la Asamblea no puede soslayar esa competencia mediante la atribución, a un órgano de la Administración Pública, de una potestad concesional que de hecho sustrae e invade la competencia legislativa, aunque nominalmente aluda a un título distinto de intervención estatal (art. 86 inc. 1° Cn.). Por ello, deberá declararse la inconstitucionalidad del art. 5 de la LGE, así como los arts. 4 y 12 frase 1ª del RLGE”.*

#### ES INCONSTITUCIONAL DEJAR EN INDEFINICIÓN TEMPORAL LAS CONCESIONES REGULADAS EN LA LEY GENERAL DE ELECTRICIDAD

*“2. Dicha inconstitucionalidad se extiende a la indefinición temporal de las concesiones reguladas en la LGE (en la medida en que comprometan el aprovechamiento de bienes públicos), porque supone una suerte de monopolio fáctico sobre la explotación del recurso natural en cuestión, que pretende ser evitado por la exigencia del plazo referido en el art. 120 Cn. El argumento de la Asamblea Legislativa respecto a que el art. 19 LGE subsana la inexistencia de plazo de la concesión es inaceptable, puesto que esa disposición se refiere a que el contrato respectivo debe establecer los "plazos de ejecución para desarrollar el recurso concesionado", es decir, el lapso de una de las etapas o fases del aprovechamiento privado autorizado, de modo que no se refiere al límite temporal de la concesión en sí. En vista de ello, con la concesión permanente se privaría al Estado de una revisión periódica de la decisión estratégica de asignación de esos recursos, de acuerdo con las necesidades actuales de cada programa*

económico, sin tener que someterse a conflictos sobre la responsabilidad o el desempeño del concesionario.

De acuerdo con lo anterior, la permanencia del contrato da lugar a la existencia de una especie de vinculación perpetua, situación que, tratándose de la explotación de bienes demaniales, y por lo tanto, de interés para la generalidad de sus habitantes no pueden concesionarse de forma perenne, sin definición del período de vigencia o expiración del contrato y sin la posibilidad de finalización de la relación contractual en razón de dicha causa.

Y es que resulta inadmisibile, desde todo punto de vista, el otorgar la posibilidad "*permanente*" a un sujeto o empresa de aprovechamiento y lucro derivados de la explotación de los recursos naturales que pertenecen al Estado. Sin perjuicio de que la duración de un contrato de tal clase debe otorgar a los primeros, la posibilidad de consecución de sus intereses particulares, sin que por ello se privilegie el interés privado sobre el interés general.

Finalmente, la caducidad de la concesión por vencimiento del plazo abre un espacio —aunque sea estrecho— para la libre competencia entre los potenciales operadores, a favor de la mejora continua del servicio en cuestión. Por eso también debe *declararse la inconstitucionalidad de los arts. 12 LGE y 12 (segunda parte) y 51 RLGE, en lo relativo al carácter "permanente" de las concesiones*".

#### CARÁCTER TRANSFERIBLE DE LA TITULARIDAD DE LA CONCESIÓN PREVIA APROBACIÓN PARLAMENTARIA

"3. Sin embargo, con relación al último argumento de los demandantes, respecto a que la posibilidad de transferencia de la concesión (arts. 12 de la LGE y 12 frase 2a del RLGE) es incompatible con la intervención del Estado (arts. 110 inc. 4° y 120 inc. 1° Cn.), se considera que las disposiciones constitucionales invocadas no contienen una norma que prohíba el carácter transferible de la concesión, *siempre que esa posibilidad sea entendida en el sentido de que la propia Asamblea, en las condiciones iniciales de la concesión, debe establecer los requisitos y la forma de fiscalización estatal necesarios para su cambio de titularidad, incluyendo dentro de ellos la debida aprobación parlamentaria específica de dicha transferencia*. Se aclara asimismo que el cambio de titularidad de la concesión en ningún caso afecta la titularidad de los bienes públicos concesionados, que siguen siendo estatales, y que más importante que quién sea el operador privado titular de la concesión es la garantía pública de que la prestación a la que está destinada satisfaga las necesidades sociales que la justifican. *De acuerdo con lo anterior se desestimará el motivo de inconstitucionalidad antes referido*".

#### EFFECTOS MODULADOS DE LA SENTENCIA: REVISIÓN LEGISLATIVA DE LAS CONDICIONES DE LAS CONCESIONES OTORGADAS, ASÍ COMO EL ESTABLECIMIENTO DE PLAZO DEFINIDO

"El principal efecto de este fallo radica en el restablecimiento de una competencia al ente que constitucionalmente corresponde, es decir, la Asamblea Legislativa, restituyéndole una atribución cuyo ejercicio le pertenece desde un prin-

cipio: otorgar concesiones sobre la explotación de un bien demanial. Lo anterior implica que no es este Tribunal quien le concede, asigna u ordena dicha tarea, sino que, a través de la Norma Fundamental, ya se le otorgó y la ley que la desarrollaba incorrectamente, la concedía a una entidad a la que no le concierne.

Además, tal como se dijo en la sentencia de 5-V-2012, pronunciada en el proceso de Inc. 23-2012, no es posible delimitar *a priori* ciertas reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, relativas al otorgamiento o no de efectos hacia el pasado o, en cambio, hacia el futuro.

En el presente caso, las concesiones que pudieran haber sido otorgadas previo a la emisión de este fallo, lo fueron por un ente sin competencia para ello; sin embargo, como ya fue acotado este Tribunal puede —como competencia inherente a su función— modular los efectos de sus pronunciamientos.

A partir de lo anterior, en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en la prestación de un servicio esencial para la población —prestación del servicio de energía eléctrica—, este Tribunal añade que, además del efecto principal de esta sentencia, las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma se conservarán vigentes, hasta que la Asamblea Legislativa revise las condiciones bajo las que fueron pactadas y —si a su criterio— las cumplieren, establezca su continuidad, fijándoles un plazo para su finalización, continuando la SIGET con su supervisión y vigilancia, hasta que la Asamblea Legislativa de cumplimiento al fallo de acuerdo con los lineamientos que la Constitución ordena para esta clase de concesiones.

C. En ese mismo orden debe señalarse que al restablecimiento de la referida competencia le es propia o inherente la posibilidad de que la Asamblea Legislativa revise las condiciones y los requisitos bajo los cuales pudieran haber sido otorgadas las concesiones previas a este pronunciamiento; no obstante, la validez de dichos actos de aplicación no puede ser alterada en forma directa e inmediata por esta decisión, pero con relación a ello, y sin perjuicio de otras posibilidades que la Asamblea Legislativa identifique para el cumplimiento de sus atribuciones en ese ámbito, esta Sala estima que *la revisión o modificación parlamentaria de las condiciones iniciales de las concesiones otorgadas por SIGET para armonizarlas con la Constitución, en los casos en que corresponda, requiere de acciones encaminadas a garantizar la participación de todos los interesados y arbitrar una alternativa que concilie el interés general de la necesaria tutela de los bienes públicos afectados y la continuidad de los servicios públicos en juego con un nivel adecuado de protección de la confianza y de los demás derechos fundamentales de los actuales titulares de dichas concesiones.*

[...] 2. A. En definitiva, este Tribunal considera que la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET *puede mantenerse*. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el *ente competente* —Asamblea Legislativa— y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad —si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa— de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento.

Asimismo, se precisa del establecimiento de *un plazo razonable* contado a partir de la fecha en la que se pactó con la SIGET, *tomando en consideración la continuidad del servicio prestado, los derechos de los consumidores y derechos de los sujetos contratantes*”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 28-2008 de fecha 27/06/2012)*

## CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA

### COMPETENCIA DELIMITADA AL ASEGURAMIENTO Y UNIDAD DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE INTEGRACIÓN EN EL CONJUNTO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

“Atendiendo a un criterio objetivo, el ejercicio de la potestad de resolver "conflictos entre órganos", al que daría lugar el art. 89 Cn., como atribución a un organismo supranacional, sería determinado por una protección objetiva del ordenamiento de integración regional originario o derivado, ante la diversidad interpretativa que los otros organismos del sistema de integración o los órganos de los Estados Parte pudieran generar.

Sin duda, la eficacia pretendida por el Derecho de Integración impone a los Estados Parte que sus ordenamientos jurídicos internos se entiendan ahora complementados por dicho régimen jurídico; sin embargo, no hay que perder de vista que, competencialmente, las materias que por ahora se atribuyen al sistema de integración regional se refieren principalmente a asuntos económicos o tributarios, no así a aspectos internos relacionados con el reparto de competencias del control jurídico de constitucionalidad de las producciones legislativas.

La existencia y el reparto competencial que la estructura constitucional delimita para el Estado salvadoreño, no puede entenderse cedido a un ente supranacional, vía tratado internacional, sin implicar una reforma constitucional, lo cual sería contrario a los arts. 89 y 183 Cn.

Lo decisivo de la competencia que la CCJ posee para dirimir conflictos entre órganos, es precisamente su ámbito derivado del art. 89 Cn.; y por tanto, solo se

entendería conforme a dicha disposición constitucional si versa sobre la interpretación y aplicación del Derecho de Integración -originario o derivado- relacionado con la integración centroamericana: la diferencia interpretativa solo puede atender a aquellas competencias que el Sistema posee para aspectos de integración.

V. 1. Cada vez que los tratados crean obligaciones para los Estados en el marco de un proceso de integración, conceden simultáneamente a las instancias supranacionales algunas competencias internas. Ahora bien, en el caso salvadoreño dicha concesión se efectúa en cumplimiento del art. 89 Cn., a fin de que los organismos supranacionales tomen las medidas necesarias para la realización de los fines integracionistas que motivan su creación: principalmente promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas de la región centroamericana, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión regional, para la realización de las políticas y acciones comunes.

Este sistema de integración realiza sus competencias a través de sus propios entes con potestades supranacionales, pero dentro de campos y materias limitadamente determinados por los tratados de Derecho de Integración originario, cuyo primer parámetro es la Constitución de cada Estado.

Material y funcionalmente, el actuar de los organismos supranacionales posee un radio de acción concedido soberanamente para el cumplimiento de la misión del Derecho de Integración; es decir, que no reciben de los Estados atribuciones generales, sino específicamente en materia de integración regional. De acuerdo con esta acotación, todas las competencias no atribuidas expresamente al Sistema de Integración siguen reservadas a los Estados Parte.

En el caso del Sistema de Integración Centroamericana, el logro de sus objetivos impone la aplicación uniforme del Derecho de Integración, siempre y cuando la materia que desarrolle verse sobre dicho objetivo. Si rebasa los límites de las competencias que por virtud del art. 89 Cn. se han concedido, estamos en presencia de un exceso susceptible de ser invalidado por inaplicación, con fundamento en los arts. 185 y 149 Cn.

En resumen, y para lo que al presente caso interesa, la competencia que la Constitución permite a un Tribunal de integración está delimitada por el aseguramiento y unidad de la interpretación y aplicación del Derecho de Integración en el conjunto de los Estados Miembros -ordenamiento jurídico delimitado *ratione materiae*-. Fuera de estos ámbitos la CCJ no tiene competencia según el art. 89 Cn., y mucho menos las atribuciones otorgadas con exclusividad a esta Sala, según el art. 183 Cn”.

#### VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE SUS ACTOS ESTÁ CONDICIONADA AL RESPETO DEL REPARTO DE COMPETENCIAS ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

“No puede hablarse, por tanto, de fines ilimitados o indefinidos por la disposición constitucional que da cabida al ordenamiento jurídico de integración -art. 89 Cn.-, y por esto mismo tampoco puede admitirse una especie de habilitación indefinida de las facultades de los entes con potestades supranacionales. Cuando el exceso competencial de estos entes rebase la permisión del artículo en mención, no se trata de Derecho de Integración y, en consecuencia, no es

posible admitir la intervención de dichos entes en asuntos que aun no han sido concedidos para una posterior integración política o jurídica con los demás Estados centroamericanos -v. gr. la revisión sobre el control de constitucionalidad de las leyes-.

En ese sentido, si procede hablar de límites constitucionales a los procesos de integración regional, ellos están delimitados precisamente por los ámbitos de competencia en los cuales el poder de integración está habilitado a actuar: la integración humana, económica, social y cultural. Esto le da a los entes con potestades supranacionales el carácter de poderes constituidos susceptibles también de control de constitucionalidad de sus actuaciones, cuando éstas rebasen el marco de habilitación concedido soberanamente por el Estado salvadoreño.

La integración no es -por tanto- una réplica del poder constituyente regionalizado, que pueda disponer libremente de las competencias atribuidas sobre el control de constitucionalidad de las leyes; pues ésta atribución desempeñada por la Sala de lo Constitucional no encaja dentro de las habilitaciones que realiza el art. 89 Cn. a los procesos de integración humana, económica, social y cultural.

Los tratados de integración -convenios multilaterales por medio de los cuales se crea un nuevo ordenamiento jurídico, con carácter autónomo, distinto al Derecho Internacional Público y al derecho interno de cada Estado- crean los llamados órganos u organismos supranacionales, por medio de los cuales la comunidad de Estados integrada busca alcanzar los objetivos propuestos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los productos normativos, ejecutivos y judiciales provenientes de dichos organismos, con el fin de concretar algunas de sus funciones al interior de cada Estado miembro del sistema de integración, deben ser, para el caso de El Salvador, coherentes con los lineamientos de la Constitución de la República -en tal sentido, Sentencia de 24-VI-2003, Inc. 40-2000-.

Así, los actos emitidos por un organismo de integración serán constitucionalmente válidos si respetan -entre otras cosas- el reparto de competencias establecido en la Constitución, de tal suerte que sería contrario a ésta que se emitan, v. gr., disposiciones con pretensión de ser derecho vigente entre los Estados miembros en materias en que exista reserva de ley de acuerdo con la Constitución, o decisiones que se arroguen facultades de órganos constitucionales y que no tengan sustento en sus propias competencias establecidas por el Derecho de Integración -el cual está en una posición subordinada a la Constitución, de conformidad con lo establecido en los arts. 144 y 145 de la misma-”.

#### COMPETENCIAS DE LOS ENTES SUPRANACIONALES DEBEN EVITAR INTROMISIONES EN CUESTIONES EMINENTEMENTE DOMÉSTICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

“Todas aquellas disposiciones constitucionales de carácter organizativo, es decir, aquellas cuyo objeto es la regulación de los entes y órganos estatales, ya sea que los creen, que articulen su estructura interna o les atribuyan determinadas competencias —ajenas a la integración— no pueden pretenderse trasladables sin más al plano de los entes supranacionales, sin incurrir al mismo tiempo en una violación al art. 89 Cn., origen, límite y parámetro constitucional salvadoreño para cualquier actuación que se dé en un proceso de integración.

El principio de competencia, entre otros, es considerado como un criterio tradicional de solución de antinomias, entendiendo por éstas las contradicciones normativas que se producen cuando se imputan consecuencias jurídicas que no pueden aplicarse simultáneamente.

Desde una perspectiva procesal, la competencia es una capacidad conferida a los jueces por la ley para conocer determinados asuntos de acuerdo con ciertos criterios (Sentencia de 2-III-2012, pronunciada en la Inc. 121-2007). A este principio responde -en primer lugar- la atribución realizada por la Ley Suprema a la Sala de lo Constitucional de ser el único tribunal con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales y obligatorios; y -por el otro- a ello también responde el art. 89 Cn., cuando autoriza la concesión de potestades supranacionales en materias determinadas.

6. Así, con respecto al Derecho de Integración se puede asumir por parte del Estado, y la Constitución lo autoriza, una aplicación preferente del mismo, solamente sobre los aspectos competenciales que el sistema centroamericano debe desarrollar para lograr la integración humana, económica, social y cultural.

*Por tanto, las competencias de los entes supranacionales que desarrollen la normativa de integración, deben evitar intromisiones en cuestiones eminentemente domésticas de los Estados miembros, particularmente en materia de justicia constitucional, pues ello violaría la Constitución y rompería con la especialidad material del instrumento normativo del que dependen.*

*Así como el Estatuto de la CCJ debe estar supeditado a la Constitución y ser compatible con ella, las actuaciones de dicho tribunal deben ser respetuosas de las competencias que tiene la Sala de lo Constitucional; las que no pueden cederse o delegarse por tratados internacionales a ningún ente diferente de este Tribunal. Se concluye, entonces, que la actuación de la CCJ representa una invasión indebida en la justicia constitucional del Estado salvadoreño y, por ello, lesiva al ordenamiento constitucional por haber ejercido competencias que no le han sido cedidas por medio del Convenio de Estatuto que la rige, con base en el art. 89 Cn”.*

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)*

#### **RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **ELEMENTO DE SINCRONÍA TEMPORAL ENTRE LA ELECCIÓN DE LOS DIPUTADOS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA Y EL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS DE LA CSJ**

“De acuerdo con lo establecido en el art. 124 Cn., los miembros de la Asamblea Legislativa se renuevan cada tres años, pueden ser reelegidos y, además, el período de sus funciones comienza el 1 de mayo del año de su elección. Por su parte, el art. 131 ord. 19° Cn. le atribuye a estos funcionarios de elección di-

recta o de primer grado la competencia para elegir por votación nominal y pública, entre otros funcionarios, a los Magistrados de la CSJ, los cuales, por un lado, son elegidos para el lapso de 9 años, y, por el otro, son renovados por terceras partes cada 3 años, según lo dispone el art. 186 inc. 2° Cn.

C. Si se toma en consideración lo apuntado en el párrafo anterior, a los ciudadanos demandantes les asiste la razón cuando afirman que existe una sincronía temporal entre la elección de los Diputados de la Asamblea Legislativa y el nombramiento de los funcionarios judiciales en referencia, sobre todo porque, justo después de que los miembros del Órgano Legislativo toman posesión de sus cargos el 1 de mayo, compete a la Asamblea Legislativa desarrollar la etapa de conclusión en el proceso de elección de los Magistrados de la CSJ, atendiendo los parámetros establecidos en la Constitución y en el RIAL.

*En efecto, si una misma composición de la Asamblea Legislativa designa Magistrados de la CSJ al inicio y al final del período legislativo de 3 años que le corresponde, implicaría que una legislatura se vea impedida de realizar sus competencias relacionadas con las elecciones de segundo grado –entre ellas la de Magistrados de la CSJ, con la consiguiente renovación de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, exigida por el art. 186 inc. 3° Cn.-, por cuanto la anterior anticipó la referida elección.*

De esta manera, se puede concluir que, siendo los Magistrados de la CSJ funcionarios que se legitiman indirectamente por medio del Parlamento, y que este, a su vez, recibe su legitimidad del cuerpo electoral, en cada cambio de la composición del Órgano Legislativo debe realizarse una renovación parcial de la CSJ.

*Visto de otra manera, si el período de una magistratura es de nueve años, el cual, por ello, abarca tres períodos legislativos, la interpretación que mejor optimiza la legitimidad democrática indirecta de dichos Magistrados es la que entiende que a cada legislatura solo le corresponde elegir una vez, garantizándose de esta forma una distribución equitativa del poder parlamentario -entre dos legislaturas consecutivas, para renovar los cargos de elección de segundo grado-, que se configura cada tres años por el Soberano; reflejándose con ello, la evolución de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, en cada composición de la magistratura”.*

D. a. En efecto, de conformidad con lo que prescribe el art. 255 Cn., tanto la organización de la CSJ que existía hasta antes de la Constitución de 1983 como los decretos constituyentes por los que se designó provisionalmente a los Magistrados del citado Tribunal -incluido su Presidente- tuvieron vigencia hasta el 30-VI-1984, razón por la cual los períodos de los subsiguientes Magistrados de la CSJ se iniciaron a partir del 1 de julio del año de su elección.

b En aplicación de la reforma constitucional de 1991, con arreglo al D. L. n° 95, de 28-VII-1994, publicado en el D. O. n° 153, tomo 324, de 22-VIII-1994, la Asamblea Legislativa de la época eligió Magistrados propietarios y suplentes de la CSJ. De acuerdo con la interpretación auténtica del D. L. n° 95, ya citado,



contenida en el D. L. n° 25, de 8-VI-2000, publicado en el D. O. n° 114, tomo 347, de 20-VI-2000, los intervalos de tiempo de 3, 6 y 9 años para los que fueron electos como Magistrados de la CSJ finalizaron los días 30-VI-1997, 30-VI-2000 y 30-VI-2003, respectivamente.

c. Del mismo modo, mediante el D. L. n° 36, de 26-VI-1997, publicado en el D. O. n° 118, tomo n° 335, de 27-VI-1997, el Legislativo eligió Magistrados propietarios y suplentes de la CSJ. De ellos, la Asamblea Legislativa designó al abogado Jorge Eduardo Tenorio como Presidente de la Sala de lo Constitucional y, por tanto, de la CSJ y del Órgano Judicial.

Según el D. L. n° 37, de 26-VI-1997, publicado en el D. O. n° 118, tomo n° 335, de 27-VI-1997, los Diputados aclararon que: (i) los Magistrados propietarios y suplentes elegidos con base en el relacionado D. L. n° 36, de 26-VI-1997, iniciarían su período constitucional el 1-VII-1997; (ii) esos magistrados electos ejercerían sus funciones por el plazo de nueve años, el cual finalizó el 30-VI-2006; y (iii) el Presidente de la CSJ ejercería su cargo por el intervalo de tiempo de tres años, que expiró el 30-VI-2000.

d. Asimismo, por D. L. n° 38, de 22-VI-2000, publicado en el D. O. n° 122, tomo 347, de 30-VI-2000, la Asamblea Legislativa: (i) eligió a los abogados Agustín García Calderón y Julio Enrique Acosta Baires como Magistrados propietarios de la Sala de lo Constitucional para el período de nueve años, que comenzó el 1-VII-2000 y finalizó el 30-VI-2009; (ii) designó al abogado Agustín García Calderón como Presidente de la mencionada Sala y, por ello, de la CSJ y del Órgano Judicial para el intervalo de tres años, que inició el 1-VII-2000 y expiró el 30-VI-2003; (iii) eligió a los abogados Victoria Marina Velásquez de Avilés, Mauricio Alfredo Clara y Mauricio Ernesto Velasco Zelaya como Magistrados propietarios de la CSJ para el lapso de nueve años comprendido entre el 1-VII-2000 y 30-VI-2009.

En el decreto aludido se aclaró que la Sala de lo Constitucional quedaría integrada por los abogados Agustín García Calderón, René Eduardo Hernández Valiente, Jorge Eduardo Tenorio, Mario Antonio Solano Ramírez y Julio Enrique Acosta Baires, como Presidente y Primero, Segundo, Tercero y Cuarto Vocal, respectivamente.

Es decir, que al finalizar el Magistrado Tenorio su período como Presidente de la Sala de lo Constitucional, CSJ y Órgano Judicial, continuó como Magistrado de tal sala hasta la finalización de su mandato, en 2006; con lo cual se ha interpretado —y se ha aplicado así— que los Magistrados de la Sala de lo Constitucional son electos por nueve años, independientemente si ocupan o no el cargo de Presidente de la CSJ.

En igual sentido, por D. L. n° 39, de 19-VI-2003, publicado en el D. O. n° 113, tomo 359, de 20-VI-2003, la Asamblea Legislativa eligió nuevamente Magistrados propietarios y suplentes de la CSJ para el período de nueve años, que inició el 1-VII-2003 y terminará 30-VI-2012.

Mediante D. L. n° 1041, de 30-IV-2006, publicado en el D. O. n° 82, tomo 371, de 5-V-2006, el Órgano Legislativo eligió Magistrados propietarios y suplentes de la CSJ para el período de nueve años, que inició el 1-VII-2006 y terminará el 30-VI-2015.

g. Como se observa del recuento cronológico antes apuntado, a partir del día 1-VII1984 el Legislativo ha efectuado nombramientos de Magistrados de la CSJ para que tales funcionarios tomen posesión de sus cargos a partir del 1 de julio del año en que son elegidos. En este punto, existe una sincronía temporal, en un mismo año, con la toma de posesión que los Diputados de la Asamblea Legislativa hacen cada 1 de mayo del año de su elección”.

DIPUTADOS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA QUE TOMAN POSESIÓN EL 1 DE MAYO DEL AÑO DE SU ELECCIÓN SON QUIENES DEBEN RENOVAR LA TERCERA PARTE DE LOS MAGISTRADOS CSJ

“De esto se advierte que siempre ha existido una concordancia cronológica en la composición de la Asamblea Legislativa -como resultado del proceso electoral más próximo- y la elección de los nuevos magistrados de CSJ, salvo en las elecciones impugnadas -una en el presente proceso y la otra en la Inc. 23-2012—.

*E. A causa de lo apuntado, se concluye que los Diputados que integran la Asamblea Legislativa que se elige cada tres años y que toman posesión el 1 de mayo del año de su elección, son quienes deben renovar la tercera parte de los Magistrados de la CSJ cuya posesión del cargo deben asumir en el mes de julio del año de su elección, y posibilitar así que en la renovación de la CSJ se exprese la evolución de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Por lo tanto, debe interpretarse que, según la Constitución, una misma legislatura no está habilitada para elegir en más de una ocasión una tercera parte de la composición personal de la CSJ*

*Según quedó justificado, los argumentos específicos para sostener lo afirmado en último término consisten, por un lado, en asegurar la incidencia del cuerpo electoral en la elección de los citados funcionarios; y, por el otro, que tal incidencia de los ciudadanos permita que en la renovación de la CSJ se exprese la evolución de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, de manera que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por los Magistrados esté en sintonía con lo requerido por el Soberano en cada período en que corresponda renovación de la CSJ*

**VI.** Ahora bien, como garantía de la independencia judicial, en especial de la CSJ, no basta con que democráticamente la Constitución se interprete en el sentido señalado, exigir que la legislatura tenga una legitimidad democrática actualizada; sino que también es necesario abordar en esta sentencia el modo de proceder (participativo y deliberativo) en el tipo de elección de que se trata.

1. La Constitución es un complejo estructurado y organizado que se caracteriza por asignar atribuciones y competencias a diferentes órganos, mediante las cuales ordena los cometidos de estos, de manera que se posibilite la complementariedad entre sí y se garanticen la responsabilidad, el control y la limitación del poder en el proceso de adopción de las decisiones estatales —Sentencias de 11-XI-2003 y de 13-V-2011, pronunciadas en los procesos de Inc. 17-2001 y 7-2011, respectivamente-

En ese contexto, el art. 131 ord. 19° Cn. establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa elegir por votación nominal y pública al Presidente y Ma-

gistrados de la CSJ -entre otros-. Dicha disposición constitucional contiene una prescripción habilitante para el Legislativo, es decir, que cuenta con el margen estructural que la Constitución le ha conferido para la concreción de sus preceptos -Sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006-.

Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa posee la atribución de concretar el mandato establecido en el art. 131 ord. 19° Cn.; o sea que forma parte de los márgenes estructurales de acción del legislador, elegir, de entre una lista de candidatos, al funcionario que corresponda y que reúna los requisitos para serlo”.

#### CANDIDATOS QUE INCUMPLEN LOS REQUISITOS DISPUESTOS POR LA CONSTITUCIÓN NO DEBEN SER ELECTOS COMO MIEMBROS DE LA CSJ

“2. Ahora bien, a pesar de que la Asamblea Legislativa cuenta con la posibilidad para realizar elecciones de segundo grado, dicha atribución no es absoluta, ya que la propia Constitución establece límites que deben ser respetados al momento de designar a una persona en un cargo público.

En ese sentido, la Constitución prescribe cuáles son los requisitos que deben cumplir las personas que quieran ser electas como funcionarios públicos -ya sea mediante elección de primer o segundo grado-; por ello, determina los requisitos para optar a los cargos de: Diputados -art. 126 Cn.- Presidente de la República -art. 151 Cn.-, Magistrados de la CSJ -art. 176 Cn.-, Fiscal General de la República —art. 192 inc. 3°, en relación con el art. 177 Cn.—, Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República —art. 198 Cn.—, entre otros.

Es obligación de la Asamblea Legislativa verificar tales requisitos de manera previa, pues sólo mediante su cumplimiento y debida acreditación documentada, está habilitada para elegir a una determinada persona a fin de que desempeñe un cargo público. Lo anterior implica que la discrecionalidad para elegir funcionarios públicos en elecciones de segundo grado, está circunscrita a personas que reúnen los requisitos establecidos previamente por la Constitución, y no debe estar sujeta a repartos de cuotas partidarias en que se prescindiera de tales exigencias constitucionales.

3. Así, debe tenerse en cuenta que la exigencia de ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función pública se efectúa en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Ello implica que, mediante tales exigencias, se pretende asegurar el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio.

Si bien el derecho a optar a cargos públicos —art. 72 ord. 3° Cn.— consiste en la posibilidad de que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, sean elegibles para un cargo como funcionario público, debe entenderse que su ejercicio está sometido a ciertos requisitos y condiciones que pueden encontrarse en las disposiciones constitucionales o en la ley secundaria. Esto significa que -al igual que el resto de derechos fundamentales-el derecho en cuestión no es absoluto, sino que puede ser objeto de limitaciones y regulaciones por parte del mismo constituyente o del legislador.

*En el contexto apuntado, por ejemplo, se encuentran los requisitos exigidos de moralidad y competencia notorias. Este tipo de exigencia constitucional apunta a asegurar en el candidato, además de la cualificación técnica, profesional, empírica o académica requeridas para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo o empleo –todo esto comprendido en la "competencia notoria" del candidato–, la probidad, honestidad y rectitud requeridas para desempeñar con dignidad la investidura –lo que se comprende en la expresión "moralidad notoria", exigida por la Constitución–; y, en suma, para que el ejercicio de la función pública conduzca a realizar el interés general y a hacer efectivos los derechos protegidos constitucionalmente.*

*Consecuentemente, es posible aseverar que aquellos candidatos en quienes no pueda constatarse los requisitos impuestos por la Constitución, no deben ser designados como funcionarios públicos, ya que dejarían de ofrecer la garantía necesaria del cumplimiento efectivo de las respectivas funciones asignadas, de modo que generen un alto grado de confianza y legitimidad en el ejercicio independiente de las funciones públicas que se les confían”.*

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## **DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD**

### **POTESTAD JURISDICCIONAL DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL PARA DECLARARLA DE OFICIO**

“VI. Establecido lo anterior, corresponde hacer el juicio de constitucionalidad de la actuación de la CCJ en la admisión de la demanda que ha pedido suspender la eficacia de la sentencia emitida en el presente proceso.

1. A. En un primer momento, es preciso afirmar que cada tribunal unipersonal o colegiado -y eso aplica también para esta Sala-, en su función jurisdiccional se encuentra obligado a encontrar una solución jurídica a las controversias que se le plantean. Para ello, dispone de un complejo sistema de fuentes que se interrelacionan y condicionan formal y materialmente. A partir del ordenamiento mismo el juez construye la solución según las características concretas que el caso le plantee. Sin embargo, esa construcción debe estar precedida de un juicio racional sobre la normativa que le resulte aplicable, es decir, que debe haber una depuración normativa previa.

En ese sentido, aquellas disposiciones que parecen aplicables -cuando menos potencialmente-, no siempre lo son al caso concreto. Efectivamente, con el dinamismo de un ordenamiento jurídico y ante la diversidad de fuentes que se entrecruzan en la complejidad de la decisión, los conflictos normativos son inevitables y la solución de los mismos se vuelve un imperativo.

Por ello, la aplicación judicial del Derecho, basada en un sistema argumentativo racional, exige del juzgador la capacidad de dilucidar esos conflictos y

encontrar la norma que cumpla con los postulados de validez y existencia para darle respuesta al caso concreto. Si en uno de los extremos del conflicto normativo se sitúan disposiciones constitucionales, el mismo ordenamiento jurídico provee al juez la posibilidad de aplicar el contenido de la Constitución, antes que la legislación secundaria -art. 185 Cn.-

La inaplicabilidad hace referencia, precisamente, a la facultad de todo tribunal de privilegiar la aplicación de la normativa constitucional cuando resulte contradicha por la legislación secundaria, por un tratado o por cualquier decisión adoptada por un órgano internacional o supranacional. Esto es así, porque la responsabilidad de defender el orden constitucional corresponde tanto a los tribunales ordinarios como a la jurisdicción constitucional.

Asimismo, la constitucionalización de los principios de independencia judicial y de supremacía constitucional, contemplada en los arts. 172 y 246 Cn., impone al órgano jurisdiccional la obligación ex officio de realizar un doble examen previo a la aplicación de cualquier norma o acto susceptible de ser aplicado: (i) un examen jurídico formal, mediante el cual compruebe si la norma o acto en cuestión ha sido promulgada conforme al procedimiento legal vigente y por el órgano constitucionalmente competente; y (ii) un examen jurídico material, a través del cual constate la legitimidad de la norma o acto, es decir, si es conforme o no con las normas de rango superior.

En ese sentido, la potestad jurisdiccional de inaplicar corresponde a todo tribunal, incluida esta Sala. Ahora bien, como en los casos de jurisdicción ordinaria, la "inaplicabilidad" debe entenderse limitada respecto de aquellas disposiciones o actos susceptibles de aplicación.

Así, el art. 77-B letra a) de la L.Pr.Cn., señala que la disposición que se somete al control difuso, como en el presente caso, "debe tener una relación directa y principal con la resolución del caso, es decir, ella debe ser relevante para la resolución que deba dictarse".

La relación directa y principal con la resolución del caso, está vinculada con el sometimiento de los Magistrados y Jueces al Derecho, característica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en los Estados. Con ello se quiere significar que el juez o tribunal que ejerce el control difuso debe identificar aquella(s) disposición(es) que, en principio deberían ser el fundamento jurídico de sus decisiones, las cuales le obligarían como Derecho aplicable, salvo contradicción de las mismas con la Constitución.

Este requisito está vinculado con el art. 185 Cn., en el sentido de que los tribunales han de ejercer el control difuso en los casos en que tengan que pronunciar alguna decisión, es decir, al resolver los casos concretos o las peticiones de las partes".

#### PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DEFINITIVAS E INTERLOCUTORIAS

"D. Respecto al tipo de resolución judicial a través de la cual un Juez o Tribunal materializa su facultad de inaplicación, conviene apuntar que si bien el art. 185 Cn. alude a la "sentencia", debe entenderse que dicho término hace referencia, lato sensu, no sólo a la sentencia definitiva --aquel acto de juez que

por excelencia decide el fondo de la pretensión— sino también a las sentencias interlocutorias, comúnmente denominadas autos, que se pronuncien en el procedimiento de ejecución de la sentencia de fondo.

Es por ello que la ley -art. 77-A L. Pr. Cn.- contempló la posibilidad de la declaratoria de inaplicabilidad de una disposición legal o acto jurídico lesivo de las disposiciones constitucionales, tanto al dictar sentencia definitiva como al proveer una sentencia interlocutoria.

Y es que, este mecanismo de control de constitucionalidad puede tener lugar en cualquier etapa del transcurso del proceso, incluida la fase de ejecución de la sentencia, al advertir el juzgador que la disposición o acto normativo no admite una interpretación conforme a la Constitución, siendo procedente inaplicarla por inconstitucional.

2. A. Estas mismas consideraciones son trasladables a la posibilidad de inaplicar actos subjetivos públicos. En efecto, de conformidad con el art. 77-A inc. 2° de la L. Pr.Cn., puede controlarse la constitucionalidad de aquellos actos subjetivos públicos que -vulnerando la Constitución- sean relevantes para la función de quien sea el receptor de su contenido o corresponda aplicarlo -Resolución de 3-II-2010, Amp. 288-2008-.

Los actos subjetivos públicos consisten en aquellas decisiones o resoluciones emitidas por una autoridad y que crean o modifican situaciones jurídicas particulares y concretas, produciendo efectos individualmente considerados. Este tipo de actos se traduce en la creación o modificación de un conjunto de derechos, deberes, obligaciones, atribuciones o competencias, reconocidos a favor de un individuo o de un determinado número de personas.

B. En efecto, en la Teoría del Derecho, bajo la homologación de creación y aplicación de normas, se sostiene que la aplicación del derecho es siempre creación del mismo; así, una sentencia o decisión judicial es un acto por el cual una norma general es aplicada, pero al mismo tiempo es norma individual que impone obligaciones particulares o subjetivas. La aplicación del Derecho crea una norma individual que establece determinadas consecuencias y que se impone a cierto individuo. Desde un punto de vista dinámico, la norma individual creada por la decisión aplicativa es una etapa de un proceso de determinación de los hechos condicionantes y la atribución de consecuencias jurídicas concretas.

Sin embargo, la potestad de inaplicar, reconocida a todos los tribunales -incluida esta Sala- por los arts. 185 y 149 Cn., y el art. 77-A inc. 2° de la L.Pr.Cn., nunca debe ejercerse respecto de las sentencias que emita el tribunal superior en grado de aquel que hace uso de la potestad de inaplicación. En el presente caso, este tribunal ejerce la mencionada potestad, ya que la CCJ no es un tribunal superior que tenga la facultad de revisar los pronunciamientos y sentencias de la Sala de lo Constitucional. [...]

En ese sentido, de conformidad con el art. 77-A L.Pr.Cn., este tipo de actos aplicativos -que revisten la naturaleza de actos concretos, pero que generan normas individuales respecto de sujetos determinados- también son susceptibles de ser controlados por la vía de la inaplicabilidad o control difuso de constitucionalidad, de conformidad al art. 185 Cn.

La CCJ pretende "revisar" la sentencia de fondo pronunciada por esta Sala en un proceso de inconstitucionalidad. Sin embargo, la competencia atribuida a

la CCJ para conocer y resolver —a solicitud del agraviado— de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Órganos fundamentales de los Estados, emana, en lo que se refiere al Estado salvadoreño, del art. 89 Cn., y por tanto, solo puede referirse a conflictos y diferencias interpretativas relacionadas con el Derecho de Integración centroamericano.

Entender dicha competencia como autorización de los Estados Parte para solventar diferencias interpretativas en materia constitucional, implicaría ceder la atribución de interpretar la Constitución que con carácter exclusivo y vinculante el art. 183 Cn. le ha conferido a esta Sala, lo cual no se enmarca dentro del rubro de competencias que un sistema de integración regional requiere para dar cumplimiento al art. 89 Cn.

En consecuencia, la CCJ no puede erigirse como un tribunal superior en materia constitucional, con la pretendida facultad de anular sentencias constitucionales o suspenderlas en su ejecución mediante medidas cautelares; ya que ello representaría una flagrante violación a la Constitución de El Salvador, por lo que la Sala deberá declarar inaplicable la resolución de las seis horas y veinte minutos de la tarde del día veintiuno del presente mes, por ser contraria a la Constitución”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

### INADMISIBLE POR NO ESGRIMIR EL OBJETO DE CONTROL QUE OCASIONA LA VIOLACIÓN

“1. A. Como se dijo, en relación con el derecho de igualdad —art. 3 Cn.—, se le previno a la profesional en cuestión que señalara con precisión los motivos necesarios para tener por entablada una *confrontación normativa entre los elementos del control de constitucionalidad*.

Sobre el tópico, es necesario recordar que, cuando se plantea una pretensión de inconstitucionalidad por vulneración del art. 3 Cn., debe realizarse un *juicio de igualdad*. Este es un *test* cuya finalidad es establecer si existe o no en la disposición impugnada una justificación para el trato desigual brindado a los sujetos o situaciones jurídicas comparadas.

B. Para llevar a cabo tal examen, es ineludible que la pretensión que se formula esté adecuadamente configurada, lo cual se produce cuando el actor demuestra en términos argumentativos los siguientes aspectos: (a) si la disposición cuestionada contiene una desigualdad por *equiparación* o una desigualdad por *diferenciación*; (b) el criterio de la realidad con arreglo al cual se hace la comparación, que le lleva a concluir que existe una diferenciación o equiparación, debiendo precisar con cuáles sujetos o situaciones se hace la desigualdad —es decir, el término de comparación—; (c) la existencia de una desigualdad carente de justificación o, en otros términos, la irrazonabilidad en la discriminación; y (d) la

imputación de *consecuencias jurídicas* a los sujetos comparados, en virtud de la igualdad o desigualdad advertida –al respecto, véanse el auto de 14-IV-2010 y la Sentencia de 4-V-2011, Inc. 11-2010 e Inc. 18-2010, respectivamente–.

C. a. En el presente caso, si bien es claro que para la abogada [...]el art. 81 letra e) LSRSF contiene una discriminación en desmedro de los peritos que, o bien ellos o bien sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, son directores, administradores, gerentes, funcionarios o empleados de algún integrante del sistema financiero, lo cierto es que ha omitido indicar con precisión la *irrazonabilidad* del criterio con base en el cual los sujetos que compara son iguales en sus aspectos más relevantes.

En efecto, de lo explicitado en el escrito de 25-X-2011 se infiere que la parte actora reprocha al precepto legal en cuestión una *desigualdad por diferenciación* entre los sujetos a los que aquel se refiere, así como el perjuicio que tal regulación produce en el *derecho a la libertad de profesión*; también, es claro que el criterio a partir del cual se hace la comparación es, por un lado, la vinculación que los peritos tienen o pueden tener con algunos cargos de dirección en la Superintendencia, y, por otro, el parentesco de las personas con los citados peritos.

No obstante, la peticionaria se abstuvo de explicitar siquiera mínimamente las razones técnicas y derivables de la Constitución que permitieran inferir la *irrazonabilidad* del trato diferente que a su entender se produce por la disposición cuya constitucionalidad cuestiona. Ello es indispensable para la adecuada configuración de la pretensión de inconstitucionalidad, pues la transgresión a la igualdad ante la ley a la que alude el art. 3 Cn. exige identificar, desde el particular punto de vista del actor, la finalidad constitucional –razonabilidad– que el legislador pretende optimizar con el trato diferente o equiparador que regula en la ley.

En ese sentido, aunque lo argumentado en el escrito parece tener algún ligamen con la presunta vulneración al derecho de igualdad contenido en el art. 3 Cn., no se ha formulado una auténtica confrontación internormativa con relevancia constitucional, tal y como le fue prevenido a la abogada [...].

A causa de lo apuntado, se entiende que *la apoderada del señor [...] no cumplió con la carga procesal de fijar con precisión los motivos necesarios para tener por entablada una confrontación normativa entre los elementos del control de inconstitucionalidad, pues no esgrimió el contenido normativo del objeto de control que ocasiona la supuesta discriminación.*

De ahí que *la prevención que se le hizo al actor no ha sido satisfecha en los términos en que le fue solicitado, por lo que, en este punto, la demanda planteada deberá declararse inadmisibile.*

b. Aquí es útil recordar que las prevenciones se formulan con el fin de que el actor tenga la posibilidad de corregir las irregularidades de la demanda que son advertidas inicialmente y que, de esa forma, pueda configurar adecuadamente su pretensión, delimitando el objeto del proceso.

En tal virtud, si al intentar corregir las deficiencias el demandante no las disipa, no podrá conocerse el fondo de la pretensión planteada, ya que, en tal caso, no se encontraría configurado uno o ambos de sus elementos esenciales –*jurídico y fáctico*–, situación subsumible en el supuesto establecido en el art. 18



de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC, en lo sucesivo), disposición que prevé la inadmisibilidad de la demanda.

En relación con ello, debe tenerse presente que dicho artículo no comprende únicamente la hipótesis consistente en presentar en tiempo el escrito con el que se pretende evacuar la prevención o a subsanarla parcialmente, sino también que mediante dicho escrito se *subsanen efectivamente* todas las deficiencias de la demanda que son observadas inicialmente, aspecto que no ha sido satisfecho en el caso cuyo estudio se realiza”.

#### IMPROCEDENTE AL ESTAR REFERIDA LA PRETENSIÓN A SITUACIONES FÁCTICAS CON EFECTOS PARTICULARES

“2. A. En otro orden, la abogada [...] también alegó como conculcado el derecho de libertad de profesión, elemento del control de constitucionalidad sobre el cual no se formuló ninguna prevención. De ahí que, a continuación, se analizará la procedencia de este punto de la pretensión.

Con respecto al derecho mencionado, al hacer una integración de la demanda de 30-VI-2011 con el escrito de 8-IX-2011, se infiere que la parte actora alude a un contexto particular sobre el cual el supuesto establecido en el art. 81 letra e) e inciso final LSRSF produce una repercusión significativa: la esfera jurídica del señor [...].

En efecto, según la postulante, su representado es perjudicado “grandemente” con la disposición cuya constitucionalidad cuestiona, en vista de que esta le está “... violentado [...] los derechos constitucionales que le corresponden...” (escrito de 8-IX-2011).

B. A partir de lo anterior, es imprescindible evocar que el control de constitucionalidad que realiza esta Sala se desarrolla dinámicamente en un proceso, cuya finalidad es examinar la compatibilidad jurídica entre las disposiciones jurídicas que se propongan como *parámetro y objeto de control*, para que éste sea expulsado del ordenamiento jurídico, en caso que resulte contrario a aquél.

Por ello es que el art. 6 ords. 2° y 3° LPC exige que se identifiquen como requisitos de la demanda de inconstitucionalidad, por un lado, “... la ley, el decreto o reglamento que se estime inconstitucional...”, y, por el otro, “... los artículos pertinentes de la Constitución...” que se estimen conculcados por los enunciados normativos impugnados.

Como se observa, el pronunciamiento de fondo que se emite en el proceso de inconstitucionalidad se ve condicionado principalmente por el *adecuado establecimiento de la confrontación internormativa entre los elementos del control de constitucionalidad*, en el entendido que el actor debe delimitar de manera precisa la contradicción que, a su entender, se produce entre los contenidos normativos de la Constitución y la disposición o cuerpo normativo cuestionado.

A causa de lo apuntado, *no es posible conocer en el proceso de inconstitucionalidad una pretensión cuya causa de pedir se cifre en situaciones fácticas concatenadas con los efectos particulares que una disposición legal produce en la esfera jurídica de un individuo, situación que, por definición, requiere una verificación empírica para tenerla por probada*. Tales infracciones a la Constitución

deben ser examinadas en los procesos de control concreto de constitucionalidad, como el amparo y el *habeas corpus*.

Así las cosas, ante el planteamiento de una pretensión con las características señaladas en el párrafo precedente, lo que corresponde es declarar la improcedencia de la demanda que la contiene”.

#### IMPOSIBILIDAD PARA CONTROLAR LA VÁLIDEZ DE LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE LA DISPOSICIÓN ATACADA PRODUCE EN LA ESFERA JURÍDICA DE UNA PERSONA

“C. En el presente caso, se advierte que la pretensión de inconstitucionalidad enablada por la abogada [...] tiene una deficiencia de fondo relativa a su sustrato fáctico. Esta consiste en que, realmente, lo que la citada profesional objeta no es la contradicción que en abstracto se produce entre el art. 81 letra e) inc. final LSRSF y el art. 2 Cn., sino las consecuencias jurídicas específicas que el primero de los preceptos ocasiona “en los derechos” de su poderdante.

Al respecto, debe recordarse que *objetar en el proceso de inconstitucionalidad la validez de los efectos jurídicos que una disposición legal produce en la esfera jurídica de una persona no constituye un argumento idóneo que habilite el pronunciamiento de una sentencia de fondo, pues en tal caso no se plantea un auténtico contraste internormativo, que es lo propio del presente proceso constitucional*.

Consecuentemente, la demanda presentada –en conexión con el escrito de 8-IX-2011– debe rechazarse por medio de la figura de la improcedencia”.  
(*Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 52-2011 de fecha 25/01/2012*)

### DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN

#### CONDUCTAS QUE NO INCIDEN NEGATIVAMENTE EN LA ÓRBITA DE ACCIÓN DE OTROS NO SON PENALMENTE RELEVANTES

“1. A. En lo que se refiere a su dimensión interna y personal, el derecho de libertad configura una faceta íntima que integra un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible, no estando sujeto el fuero interno del individuo a injerencia exterior alguna al hallarse sustraído al control de los poderes públicos.

La libertad no constituye, como es obvio, una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido se incluye la posibilidad de su manifestación externa. Asimismo, es claro que esta manifestación externa no se circunscribe a la oral o escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas.

Ahora bien, la irrelevancia jurídica de las actitudes, conductas, posiciones morales o -incluso- el pensamiento lo es tan sólo a los efectos de poder integrar una circunstancia a la que el ordenamiento jurídico anude consecuencias desfavorables, pero no implica que la visión del mundo y la libertad general sean bienes desprovistos de protección jurídica sino que, al contrario, constitucionalmente se encuentra garantizado el no poder ser condenado o sancionado, sino por acción u omisión, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamien-

tos, deseos o tendencias; en el mundo interior de la persona existe, por tanto, un ámbito irrelevante para el ordenamiento jurídico si no va acompañado de una acción u omisión lesiva, externa y objetivamente verificable.

Sólo cabe, pues, hablar de limitaciones a la libertad a partir del momento en que el ejercicio de la misma trasciende la esfera personal de su titular mediante alguna de sus manifestaciones externas, es decir, cuando se utilizan medios violentos lesivos o que pongan en peligro a otros.

*B.* Desde esta perspectiva, la autodeterminación moral implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida, y reconoce un espacio sustancial inmune a la coerción externa proveniente de otras voluntades.

En efecto, considerar a la persona como autónoma lleva hacia el Estado la exigencia de su neutralidad frente a las perspectivas morales de cada individuo, *mientras esa forma de vida, en concreto no se traduzca en daño para otro.*

*C.* *El legislador -entonces- puede efectivamente, prescribir las maneras de comportamiento de la persona en su relación con otras, pero no respecto de sí misma -en otras palabras el Estado no debe inmiscuirse en regular conductas que en modo alguno interfieran en la órbita de acción de nadie más-.*

De allí que no haya dificultad alguna en admitir la existencia de deberes morales frente a uno mismo y, menos aún cuando la moral que se profesa se halla adherida a una concepción teológica. *Sin embargo, la regulación de la conducta de las personas, y con mayor razón la regulación más intensa en los derechos fundamentales del individuo -la conminación penal-, debe limitarse a las conductas que tienen efectos en la órbita de acción de otra u otras personas. Por ende, la inexistencia de riesgos o daños a terceros, supone conductas que únicamente pueden ser evaluadas por la moral, pero nunca por el Derecho.*

2. Al aplicar las anteriores consideraciones al punto de vista del Derecho Penal, se puede afirmar perfectamente que este debe tener por objeto de regulación solamente las acciones de una persona en la medida en que incidan negativamente la órbita de acción de otras.

Cuando el legislador conmina penalmente el comportamiento humano con prescindencia de cierta interferencia subjetiva, estaría sobrepasando las fronteras que la dignidad impone como límite máximo al Derecho y en particular de las normas criminales”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, 70-2006AC de fecha 16/11/2012)*

## **DERECHO A LA PENSIÓN**

### **INSTRUCTIVOS, CIRCULARES O LINEAMIENTOS NO PRODUCEN EFECTOS GENERALES Y ABSTRACTOS**

“IV. Para el caso de las normas impersonales, generales y abstractas, según lo plasmado en el considerando precedente, se colige que los reglamentos pueden examinarse en este proceso constitucional. Ahora bien, es preciso aclarar que el término *reglamento* (como el de ley) ha de ser interpretado en su significación material.

1. A. En cuanto a los reglamentos, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que son aquellos instrumentos compuestos por *disposiciones jurídicas de contenido normativo, obligatorias y con valor subordinado a la ley*, y que generalmente son emanados del Órgano Ejecutivo y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano estatal o un ente público (sentencias de 16-VI-2002 y 25-VI-2009, Incs. 11-97 y 26-2008, respectivamente).

Entonces, a partir de las características establecidas respecto de la ley en sentido material –aludidas en el considerando precedente–, así como de las características propias del reglamento –apuntadas en la jurisprudencia arriba relacionada–, puede concluirse que, con independencia de su denominación, *tendrán la naturaleza de reglamento –en su sentido material– las normas emanadas dentro de la función administrativa, cuyo contenido esté subordinado a una ley, y que innoven el ordenamiento jurídico mediante la inclusión de una regla perdurable en el tiempo, destinada a una pluralidad indeterminada de personas.*

En ese sentido, la naturaleza reglamentaria material de un instrumento jurídico se establecerá con base en sus características esenciales de normatividad, generalidad, abstracción, perdurabilidad y subordinación legal, sin atender al sujeto que las haya emitido, y mucho menos, al apelativo del instrumento que las contiene.

B. Ahora bien, en cuanto a los instructivos, circulares o lineamientos, es de señalar que *bajo tal denominación, técnicamente, suelen aludirse a simples directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la jerarquía; las cuales, por ende, no son una especie de manifestación reglamentaria, sino una lógica consecuencia de la jerarquía.*

En ese orden de ideas, ha de deducirse que sus efectos jurídicos –de los instructivos, circulares o lineamientos– están conectados únicamente con el deber de obediencia del inferior jerárquico respecto de su superior. De manera que, así entendidos estos instrumentos, no innovan el ordenamiento jurídico mediante la creación de reglas, ni vinculan al ciudadano, ni a funcionarios que no sean estrictamente los inferiores jerárquicos de la autoridad que los dicta.

En consecuencia, este tipo de instrumentos no requieren de publicación formal –en el Diario Oficial–, pues, *técnicamente*, no están llamados a desplegar efectos generales y abstractos; razón por la cual no es preciso que se posibilite su difusión general, ya que esta tiene por objeto hacer constar la existencia y contenido de los preceptos normativos, para que los destinatarios puedan “asegurar sus posiciones jurídicas, de poder ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los mismos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico” (resolución de 14-I-2000, Inc. 10-94). Condición –de normatividad general y abstracta y necesaria difusión– que, se insiste, no concurre respecto de los instrumentos normativos aludidos, en tanto que estos están destinados a regular situaciones administrativas internas inspiradas en el principio de jerarquía.

Sin embargo, *puede ocurrir que bajo la denominación de instructivo, circular, directiva o lineamiento, se cobijen normas que no respondan a las características arriba relacionadas; sino que, efectivamente, regulen situaciones jurídicas de los administrados con carácter de generalidad, abstracción y permanencia;*

por lo cual, pese a su nombre, posean un carácter reglamentario –en sentido material–. Por tanto, su naturaleza normativa será determinada por las situaciones jurídicas que disciplinen y no por la denominación que se les haya asignado.

C. Efectuadas las consideraciones anteriores, y a la luz de estas, es preciso establecer si el número 7 de la sección IV de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada puede examinarse en el proceso de inconstitucionalidad, o si, por el contrario –según lo señalado por el Superintendente del Sistema de Pensiones–, la posición jerárquica que ocupan los lineamientos en la normativa concerniente a la administración pública los excluye del control ejercido por esta Sala en este proceso constitucional.

En ese orden de ideas, ha de retomarse lo apuntado en el apartado precedente respecto de los instrumentos denominados como *lineamientos*, *instructivos*, *circulares*, etc.; los cuales –se dijo–, suelen aludir a meras orientaciones de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados; por ende, no suponen una expresión reglamentaria, sino una consecuencia natural de la jerarquía, conectados únicamente al deber de obediencia del inferior jerárquico respecto de su superior.

No obstante, también se señaló que con esos nombres –lineamientos, circulares, etc.–, se rotulan reglas cuya naturaleza material corresponde a la del reglamento; es decir, participan de las características de subordinación legal, normatividad, generalidad, abstracción y perdurabilidad propias de las disposiciones reglamentarias. Asimismo, se estableció que los reglamentos son objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad, y dicho término ha de ser interpretado en su significación material”.

#### LINEAMIENTOS PARA LA COMPROBACIÓN DE TIEMPO DE SERVICIO MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN JURADA DEBIÓ SER PUBLICADO FORMALMENTE

“2. Ahora bien, el precepto impugnado dispone: “No será aplicable la comprobación de tiempos de servicio y salarios cotizados mediante la declaración jurada, para el caso de aquellos afiliados que cuentan con el tiempo de servicio necesario para acceder a los beneficios contemplados en la Ley”.

A. Así, de la sola formulación lingüística del precepto se advierte con claridad que este no disciplina una relación jerárquica suscitada dentro la administración ni contiene una indicación típica sobre aspectos organizativos internos o implementación de medidas aplicativas de la legislación que delimita la actuación interna. Por el contrario, se refiere a un mecanismo de comprobación de tiempo de servicio y salarios cotizados; circunstancia que tiene un carácter general y objetivo, por lo que no puede ubicarse dentro de una relación de obediencia suscitada en la Administración.

B. Asimismo, se advierte que la disposición en comento crea una regla relacionada con ese mecanismo de comprobación, pues establece un caso en el cual no podrá utilizarse la declaración jurada. De igual manera, se advierte que la regla prevista está dirigida a un grupo colectivo indeterminado, constituido por todas aquellas personas que cuentan con el tiempo de servicio necesario para

acceder a los beneficios contemplados en una ley. Finalmente, la disposición revela un carácter de permanencia.

Por tanto, el precepto normativo cuya constitucionalidad se rebate establece una regla general, abstracta y perdurable en el tiempo en cuanto a la comprobación del periodo de servicio y salarios cotizados; así, no obstante su denominación, el número 7 de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada tiene el carácter de reglamento en sentido material, por lo que –según lo apuntado en los apartados precedentes– es susceptible de control mediante el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

C. Por consiguiente, el instrumento en mención, dadas sus características de normatividad abstracta y permanencia, debió haberse publicado formalmente, a fin de posibilitar su conocimiento general. Sin embargo, tal omisión no es parte de las alegaciones formuladas por el pretensor, y tampoco ha sido controvertida por los demás intervinientes en el presente proceso, por lo cual este tribunal se abstendrá de hacer consideraciones al respecto”.

#### TÉRMINO DE COMPARACIÓN PARA ESTABLECER EL TRATO DESIGUAL EN LA FORMULACIÓN DE LA LEY

“1. Así, según lo consignado en el considerando I de esta sentencia, el solicitante impugna el número 7 de la Sección IV de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada. Respecto de dicha disposición se plantearon varios motivos de inconstitucionalidad, de entre los cuales esta Sala, al inicio, admitió los siguientes:

A. El supuesto quebrantamiento del principio de igualdad en la formulación de la ley previsto en el artículo 3 de la Constitución, pues la disposición impugnada margina al empleado que ya cuenta con el tiempo necesario para optar a una pensión por vejez en cuanto al uso de la declaración jurada para comprobar tiempo de servicio y salarios cotizados.

B. Irrespeto del principio de legalidad establecido en el artículo 86 inc. 3° de la Constitución, porque:

a. El art. 18-A de la LSAP requiere la emisión de reglamento para determinar la responsabilidad sobre la administración, sistematización, así como los parámetros técnicos y mecanismos para completar la información que no pueda localizarse.

b. La disposición impugnada establece restricciones que la ley no previó.

Ahora bien, sobre tales alegatos, es preciso efectuar las consideraciones que a continuación se consignan:

2. A. En cuanto al principio de igualdad en la formulación de la ley, esta Sala ha señalado que, en términos generales, implica que la ley debe brindar a todos los ciudadanos el mismo trato; aunque es un hecho innegable que las personas, en la realidad, no siempre se encuentran en situación de igualdad –sentencia de 24-11-1999, Inc. 3-95–. Por ello, la igualdad es un concepto relacional, y no una cualidad de las personas; por lo que ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles.

En ese sentido, este tribunal ha establecido –en la sentencia mencionada– que, para determinar si en la formulación de la ley se ha observado o no el principio en mención, resulta necesario identificar un *término de comparación*, el cual –según la jurisprudencia de esta Sala– debe ser aportado por el demandante, para estimar que ha configurado adecuadamente su pretensión.

El término de comparación es una herramienta de análisis que permite al tribunal constatar que a determinados sujetos, ante situaciones de hecho iguales, se les ha dispensado un trato diferente sin justificación razonable, o bien, que en supuestos distintos injustificadamente se les ha equiparado –sentencias de 15-III-2006 y 4-V-2011, Incs. 10-2005 y 18-2010–.

#### TRATO DESIGUAL DEBE CONFIGURARSE DESDE UN PLANO OBJETIVO GENERAL Y ABSTRACTO

“B. En ese orden, este tribunal ha indicado además que, cuando se invoca el principio de igualdad ante la ley, aparte de señalar el término de comparación propuesto, es necesario que el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión conlleve la explícita determinación de la supuesta irrazonabilidad o desproporcionalidad de la diferenciación –o equiparación– contenida en la disposición que adolece de la supuesta inconstitucionalidad –sentencia de 6-I-2004, Inc. 36-2002–.

Y es que, en efecto, un trato desigual no implica *per se* [por sí solo] una violación constitucional, salvo cuando sea carente de razón suficiente la diferenciación o equiparación arbitraria.

Entonces, para colmar un alegato referido al quebrantamiento del principio de igualdad en la formulación de la ley no bastará afirmar que se ha dado un trato diferenciado en la formulación de la ley, tendrá que identificarse al grupo o sector de la realidad diferenciado e indicarse también que dicho trato es irracional o desproporcional, así como las razones por las cuales se considera irracional la diferenciación o equiparación establecida.

C. Ahora bien, en la reclamación del principio de igualdad en la formulación de la ley que se invoque en el proceso de inconstitucionalidad, para tener por completada la pretensión –además de señalar la disminución o impedimento arbitrario de un derecho fundamental y la identificación de los sujetos jurídicos situados en una posición similar a la reivindicada por el demandante– es necesario que *la afectación a partir de la cual se arguya el trato desigual se configure desde un plano objetivo, general y abstracto*.

Por consiguiente, *el trato desigual originado en la disposición cuya inconstitucionalidad se reclama no podrá referirse a supuestos hipotéticos de aplicación de la norma concernida, ni a desventajas particulares que no revelen una vulneración objetiva de la Constitución*”.

#### SOBRESEIMIENTO ANTE LA FALTA DE COMPROBACIÓN DEL TRATO DESIGUAL, IRRACIONAL O DESPROPORCIONAL

“D. En cuanto a la argumentación para configurar el quebrantamiento del principio de igualdad ante la ley expuesta por el señor [...], se advierte que en

esta únicamente se señaló que a causa de la disposición impugnada se excluye del uso de la declaración jurada para acreditar períodos de servicio trabajados a las personas que ya tienen el tiempo necesario para optar a una pensión por vejez. Tal circunstancia, a criterio del peticionario, margina y discrimina a dichos individuos, y ello provoca un trato desigual.

En ese sentido, esta Sala nota que el pretensor ha aludido a un término de comparación intercambiable, para demostrar una desigualdad que en abstracto opera respecto de cualquier persona que se sitúe en ambas posiciones: por un lado, las personas que no cuentan con el tiempo de servicio para acceder a los beneficios –sujetos beneficiados por la norma– y, por el otro, las que sí cuentan con el tiempo de servicio para tales efectos –sujetos excluidos del beneficio–; es decir, no alude a cualidades o características personales generalizables y fijas, que dividan a un sector respecto del otro para menospreciarlo normativamente.

Ahora bien, a ello se suma que el actor no ha logrado determinar que el trato desigual por él argüido sea irracional o desproporcional; pues, para que la diferenciación –o equiparación, en su caso– que se alegue sea inconstitucional, además debe situarse en el contexto teleológico de la norma que se impugna, es decir, para evidenciar una discriminación abstracta no puede obviarse la finalidad legislativa, a partir de la cual se demuestre que el trato diferenciado no responde a un fin legítimo.

Por tanto, este alegato no ha sido configurado satisfactoriamente, y por tal razón esta Sala no puede efectuar el análisis de constitucionalidad requerido, debiendo pronunciar el sobreseimiento respectivo”.

#### ERROR EN EL ALCANCE PRESCRIPTIVO DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA IMPIDE UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

“3. En relación con la supuesta infracción del principio de legalidad establecido en el art. 86 inc. 3° Cn., por requerir el art. 18-A de la LSAP la emisión de reglamento para regular lo relativo a la administración de la base de datos relacional del sistema de ahorro para pensiones público, es preciso señalar lo siguiente:[...]

*B.* En relación con este punto de la pretensión analizada, el contraste constitucional planteado se origina, a su vez, en la contradicción normativa de dos disposiciones infraconstitucionales. Ello, porque el solicitante considera que mediante la disposición impugnada –cuya jerarquía normativa la ubica por debajo de las leyes– se contraría un mandato previsto por el 18-A de LSAP, y de ahí surge el quebrantamiento constitucional por él afirmado.

Así, para examinar si existe o no la inconstitucionalidad alegada, resulta imprescindible determinar si ocurre el contraste normativo infraconstitucional aseverado por el peticionario.

En ese orden, se advierte que los incisos 3°, 4° y 6° del art. 18-A de LSAP –que contienen lo de interés para el presente análisis– prescriben, por un lado, que los aspectos relacionados con la responsabilidad sobre la administración, parámetros técnicos, etc., de la base de datos relacional del Sistema Público de Pensiones *se establecerá mediante reglamento*; y por otro lado, *que el tiempo de servicio y salarios cotizados podrán comprobarse mediante declaración jurada*.



La disposición impugnada, por su parte, establece que “No será aplicable la comprobación de tiempos de servicio y salarios cotizados mediante la declaración jurada, para el caso de aquellos afiliados que cuentan con el tiempo de servicio necesario para acceder a los beneficios contemplados en la Ley”.

Por tanto, el art. 18-A de LSAP *requiere que se regule vía reglamento lo concerniente a la implementación de una base de datos relacional*, pero dicho requisito no guarda relación con el contenido normativo del objeto de control en el presente caso, pues este alude únicamente a la declaración jurada como mecanismo para la comprobación de tiempos de servicio y salarios cotizados y no a la implementación de la base de datos en mención.

Por otro lado, es de señalar que, efectivamente, se emitió el Reglamento para la Administración y Complementación de la Base de Datos del Historial Laboral del Sistema de Pensiones Público, y en este se consignó (art. 1) que su objeto era, precisamente, “...establecer los mecanismos y parámetros técnicos que deberán observar el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, para la complementación y administración de la base de datos del Historial Laboral...”.

Por ende, no puede inferirse que el art. 18-A de la LSAP exija la utilización de reglamento para regular lo previsto en la disposición impugnada; consecuentemente, tampoco se advierte el contraste normativo entre las citadas disposiciones infraconstitucionales, pues cada uno disciplina diferentes supuestos de hecho.

C. Por lo anterior, esta Sala no comparte el alcance prescriptivo designado al art. 18-A de la LSAP por el peticionario, pues el contenido normativo que le ha asignado no puede colegirse del tenor semántico de aquel, ya que el citado artículo legal, se insiste, si bien requiere una regulación vía reglamento, ello concierne a la implementación de una base de datos relacional, pero no alude a la posibilidad del uso de declaración jurada para la comprobación de tiempos de servicio y salarios cotizados.

En consecuencia, este tribunal, en los términos expuestos por el actor, no puede entrar a calificar el contraste normativo entre las disposiciones infraconstitucionales aludidas –el art. 18-A de LSAP y el número 7 de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada–; y por tanto –conforme con la jurisprudencia de esta Sala, verbigracia, resolución de 5-VII-2007, Inc. 56-2007–, *no procede el análisis de la supuesta vulneración del art. 86 inc. 3° de la Constitución*, debido al error en la delimitación del alcance prescriptivo del art. 18-A de LSAP, en cuya virtud se sustenta el supuesto irrespeto de la citada norma constitucional.

Advertido lo anterior, no es procedente un pronunciamiento de fondo referente a este ítem de la pretensión y así se resolverá en el acápite que corresponda.

4. Por tanto, delimitados los puntos de la demanda en examen que no pueden ser dirimidos por este tribunal, e indicados los motivos de dicha imposibilidad, solo queda por determinar si la disposición impugnada efectivamente establece restricciones sobre el derecho a la seguridad social que la propia ley no previó, y con ello quebranta el principio de legalidad contemplado en el artículo 86 inc. 3° de la Constitución”.

## LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

“VII. 1. La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que, en muchos casos, la eficacia plena de los derechos fundamentales requiere de su regulación (sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006), ello, visto que su reconocimiento constitucional, por lo general, se efectúa de manera muy elemental y abstracta (sentencia de 23-II-2001, Inc. 8-97).

En ese contexto, el término “regulación de derechos fundamentales” es amplísimo, y, en general, significa adoptar las medidas normativas necesarias para poder concretizar el derecho concernido. De tal forma, la regulación comprende la actividad normativa mediante la cual se implementen las reglas para el ejercicio del núcleo esencial del derecho, se organice dicho ejercicio, se establezcan los procedimientos requeridos para hacerlo efectivo, y se diseñen sus garantías.

Si bien el significado del término “regular” engloba todas las actividades arriba enumeradas, su efecto no incide en las formas de ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente; por tal razón, puede adoptarse mediante cualquier disposición de carácter general, impersonal y abstracto emitido por órganos estatales o entes públicos habilitados para ello (sentencia de 13-XIII-2005, Inc. 58-2003).

2. En cambio, la limitación o restricción de un derecho tiene lugar cuando la regulación se manifiesta en un grado más intenso, *al punto de incidir en los elementos esenciales del derecho fundamental relacionado*. De esta manera, la restricción de un derecho fundamental envuelve, necesariamente, *la modificación del objeto o sujetos del derecho fundamental* o reporta una limitación a determinados modos de su ejercicio.

En ese sentido, este tribunal ha sostenido –como cita, en la sentencia arriba reseñada– que, debido a la intensidad regulatoria que reviste la limitación o restricción de un derecho fundamental, su implementación es admisible constitucionalmente solo en virtud de una ley en sentido formal, pues el órgano emisor de la ley es regido por un estatuto que comprende ciertos principios orientadores e informadores que legitiman su producción normativa –sentencias de 6-IX-2001 y 21-VIII-2009, Incs. 27-99 y 24-2003–.

Esta legitimidad, en todo caso, no supone la sustracción absoluta de control de constitucionalidad sobre su actuación o una incontrovertible presunción de constitucionalidad de los productos legislativos; por el contrario, la actividad legislativa que limite derechos fundamentales es siempre susceptible de control constitucional en aquellos aspectos que el principio de proporcionalidad habilita –interpretando dicho principio bajo los parámetros aludidos en la jurisprudencia de este tribunal, verbigracia en las sentencias de 8-XI-2004, y 25-IV-2006, Incs. 2-2002 y 11-2004–.

## DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

“VIII. Ahora bien, para determinar si estamos en presencia de una regulación o limitación al derecho a la seguridad social, es preciso tener en cuenta la delimitación jurisprudencial que esta Sala ha realizado sobre dicho derecho fundamental y sus modos de ejercicio.

1. En la sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98, esta Sala sostuvo que la envergadura constitucional del derecho a la seguridad social se configura mediante una estructura triádica compuesta por: (A) la categoría jurídica protegida; (B) los riesgos, contingencias o necesidades sociales; y (C) las medidas protectoras de carácter social.

A. El derecho a la seguridad social, en efecto, tiene por objeto la salvaguarda de la *dignidad de la persona humana*, que posee una trascendencia constitucional tal, que es manifestada desde el propio preámbulo de la Constitución como el fundamento de la máxima decisión del constituyente –concepción personalista del Estado–, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de la misma –sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98–.

En ese sentido, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido –en la misma sentencia citada– que la dignidad supone el reconocimiento del carácter instrumental del Estado a manera de una organización cuyo objetivo es asegurar un tipo de convivencia política congruente con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona. Debiendo concebirla –a la persona–, como un ser ligado a un entorno social, obligado por tanto al respeto de las normas jurídicas y a los derechos de los demás.

Así, no obstante la idea de “dignidad humana” configurada muestra un altísimo grado de abstracción, que irradia todo el ordenamiento jurídico, sus manifestaciones también se pueden identificar en disposiciones constitucionales concretas, por ejemplo, las que aluden expresamente a la existencia digna –arts. 101 inc. 1° y 37 inc. 2° Cn.–, cuyo significado va más allá de la sola conservación de la vida, pues supone mantenerla *en circunstancias que faciliten la obtención de condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales*”.

#### CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS, CONTINGENCIAS O NECESIDADES SOCIALES

“B. Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la seguridad social tiene en cuenta la existencia de ciertos *riesgos, contingencias o necesidades sociales* de diversa naturaleza; que, de verificarse, ponen en peligro la *existencia digna*, sobre todo de los individuos desprovistos de medios económicos suficientes para enfrentarlas.

Dichas contingencias han sido clasificadas por este tribunal de la siguiente manera: a) patológicas, dentro de las que se pueden citar –como ejemplo– las producidas por enfermedad, invalidez, accidente de trabajo y enfermedad profesional; b) biológicas, en las cuales se pueden mencionar la maternidad, la vejez y la muerte –entre otras implícitas que pudieran derivarse de la justicia social [art. 52 inc. 2° Cn.]–; y c) socioeconómicas, como desempleo y cargas familiares excesivas.

Así, tales circunstancias producen repercusiones negativas en los ámbitos familiar, laboral o social, por lo que requieren de medidas protectoras para asegurar la dignidad de los individuos frente a las mismas (sentencia de 6-VI-2008, Inc. 31-2004).

C. Las aludidas *medidas protectoras* se fundamentan, por un lado, en la previsibilidad de las contingencias y situaciones –mencionadas en el acápite anterior–; y por otro lado, en la insuficiencia de recursos personales o familiares para enfrentarlas.

Ahora bien, las aludidas medidas protectoras incluyen: asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad –incluso se discute actualmente la pertinencia de las prestaciones derivadas de la paternidad en aras del interés superior del menor [Inc. 74-2011]–, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones para sobrevivientes.”

#### CRITERIOS PARA CONFIGURAR EL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL

“2. Expuesto lo anterior, es preciso apuntar que la complejidad estructural que revela el derecho a la seguridad social en cuanto a su contenido constitucional, no niega la circunstancia de que este supone, a la vez, un derecho fundamental cuyos aspectos prestacionales suelen requerir configuración legal. Así lo determina el art. 50 Cn., cuyo tenor –refiriéndose al citado derecho– prescribe: “La ley regulará sus alcances, extensión y forma”.

En ese sentido, *el legislador dispone de un margen estructural de acción para la elección de medios y alternativas, en cuanto a la ordenación del sistema de seguridad social, así como en la ponderación de las circunstancias socioeconómicas a considerar en cada momento para la administración de los respectivos recursos. De tal forma, es aquel el llamado a regular las situaciones que han de ser atendidas y los mecanismos a través de los cuales ello se llevará a cabo.*

No obstante, la Constitución, verbigracia en los arts. 37 inc. 2°, 50, 101 inc. 1°, establece un esquema que ha de ser respetado por el legislador para diseñar el sistema de seguridad social.

Así, del texto constitucional se pueden extraer, de manera muy esencial, ciertos criterios que han de ser observados por el legislador para configurar el derecho concernido:

*A. Criterio de universalidad.* La vinculación de la seguridad social con la dignidad humana –referida en los arts. 101 inc. 1° y 37 inc. 2° Cn.– la postula como un derecho de toda persona. En ese orden, la seguridad social ha de constituir un instrumento de protección de toda la sociedad, respecto del cual todos sus miembros –sin distinción alguna– tienen derechos y deberes. Así, en virtud de este criterio, la cobertura de la seguridad ha de ir en aumento hasta, efectivamente, expandirse a la totalidad de personas que integran una sociedad.

*B. Criterio de Unidad.* En su art. 50, la Constitución refiere que *la seguridad social ha de ser prestada por una o varias instituciones, adecuadamente coordinadas.* De tal forma, plantea un criterio de unidad, en cuya virtud el sistema de seguridad social tienda a la coherencia y conexión armoniosa de los entes encargados de prestar el servicio. Asimismo, señala la necesidad de articular políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social.

*C. Criterio de eficiencia.* La Constitución especifica también –en la disposición arriba citada– que *la política de seguridad social debe efectuar una óptima*

*utilización de los recursos*; por tanto, los servicios brindados por el sistema de seguridad social han de ser manejados de manera adecuada, a fin de que sean suficientes y oportunos. Por ende, el criterio de eficiencia se vincula con la gestión efectiva del proceso administrativo, de la estructura y el funcionamiento del sistema como un todo.

*D. Criterio de solidaridad.* La estructuración del sistema de seguridad social tendrá que estar cimentada en el mandato constitucional de que *el pago de la seguridad social corra a cuenta de los patronos, los trabajadores y el Estado* (art. 50 Cn.); por tanto, el diseño del sistema debe expresar el esfuerzo de la comunidad en su propio beneficio, a través de la distribución de los efectos económicos de las contingencias en el mayor número de personas. Debiendo contribuir cada cual de acuerdo con sus capacidades.”

#### SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

“3. Así, visto que el derecho a la seguridad social es un derecho constitucional de configuración legal, a la interpretación de las leyes reguladoras de la seguridad social, les son aplicables las pautas que rigen la interpretación constitucional en general, y particularmente, la de los derechos fundamentales.

A. En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala –sentencia de 6-VI-2008, Inc. 31-2004– ha enumerado los siguientes criterios interpretativos en materia constitucional: (a) principio de unidad del ordenamiento; (b) principio de concordanza práctica; (c) principio de corrección funcional, cuyo objeto es no contradecir la distribución de funciones, atribuciones y competencias entre los órganos del Estado; (d) fuerza normativa de la Constitución; (e) principio pro libertad; (f) interpretación extensiva; (g) interpretación no-prográmatica; entre otros.

B. En cuanto a la interpretación de derechos fundamentales, es preciso apuntar que, si bien la interpretación es crucial en toda la actividad jurídica, cobra mayor trascendencia cuando se trata de interpretar disposiciones referidas a los aludidos derechos, pues estos tienen el papel central dentro del ordenamiento jurídico. Por ello, su interpretación se ha de regir por pautas que optimicen su efectividad; entre las cuales figuran los siguientes principios interpretativos:

a. No alteración del contenido esencial: tal como lo establece el art. 246 Cn., el contenido esencial de los derechos fundamentales, esto es, el derecho como tal, no puede ser alterado por las leyes que regulen su ejercicio. Dicho contenido está configurado por los límites internos del derecho, es decir, lo que configura el ámbito de actuación humana por sí protegido. Ámbito que ha de ser determinado *desde la Constitución*, en el marco de una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos constitucionales –inspirada en las pautas propias de la interpretación constitucional arriba apuntadas–.

De tal forma, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental ha de establecerse partiendo de la formulación concreta del precepto constitucional que le contempla; pero, además, deberá considerar la incidencia que las otras normas constitucionales tienen sobre este, debiendo evitar una atribución de contenido normativo que controvierta otras normas constitucionales, o que les vacíe de contenido. Tarea en la cual es oportuno acudir a los valores

en los que se fundan dichas normas, que son, en suma, los que estas tratan de fomentar, y que revelan su razón de ser. Por ello, es en la interpretación teleológica en la cual se han de inquirir los bienes o intereses que se pretenden proteger con el derecho fundamental del que se trate; los cuales, desde luego, han de ser aquellos contemplados en el contexto constitucional, pues la interpretación teleológica deberá mantener el carácter de interpretación constitucional.

No obstante, el contenido esencial que se establezca a partir de la interpretación sistemática y teleológica no coincidirá necesariamente con la que pudo haberse inferido de una interpretación meramente literal y aislada, pues este tipo de interpretación constituye únicamente el punto de partida para establecer el alcance prescriptivo esencial del derecho de que se trate y “no resulta ser la más apropiada, atendiendo a las características de la Constitución” (sentencia de 5-VI-2012, Inc. 23-2012).

b. Principio de dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional ya ha abordado la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de la cual ha colegido determinadas pautas interpretativas, tales como el deber estatal de protección de los mismos, que “no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones de parte de los individuos, sino que ha de ser asumida por el Estado. Por consiguiente, no se deduce solamente la obligación negativa para este de no lesionar la esfera individual protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos” (sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004).

Consecuentemente, los derechos fundamentales figuran como principios rectores del ordenamiento jurídico, por lo que las autoridades deben contribuir con su realización, adoptando una posición activa en la promoción de los derechos y en la mejora de las condiciones que viabilicen su efectivo ejercicio. Así, la interpretación que se haga de un derecho fundamental deberá asumirse –desde esta perspectiva– como un bien colectivo, por lo que, además de establecer el ámbito de actuación individual protegido por el derecho, ha de considerarse el ámbito objetivo de este, y determinar si la norma enjuiciada en el caso concreto ha violado dicho contenido.

Tal dimensión institucional, a su vez, se concreta en un ámbito positivo y en otro negativo. El primero requiere *que se adopten las medidas necesarias para favorecer el ejercicio efectivo de tales derechos*, que de no ser implementadas, *constituirían una omisión que lesionaría un derecho fundamental*; y *que, por tanto, deberá ser tutelada jurisdiccionalmente*.

Por lo que al ámbito negativo respecta, ha de interpretarse que las autoridades no pueden actuar de forma contraria a los derechos fundamentales, debiendo en virtud de ello examinar rigurosamente aquellas medidas que puedan incidir en su contenido, sobre todo, las previstas en materia sancionatoria que comprendan el ámbito material de algún derecho fundamental, cuya intensidad desproporcionada podría provocar efectos disuasorios sobre el ejercicio legítimo de tal derecho.

c. Principio de armonización. Este principio interpretativo cobra relevancia cuando se plantean conflictos entre derechos fundamentales, supuesto en el

cual habrá que buscarse una respuesta que ofrezca a cada uno de los derechos concernidos en el caso concreto, un espacio de efectividad, que conlleve a un equilibrio entre las posiciones de los contendientes –Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007–. Interpretación que debe complementarse con los principios arriba referidos.

d. Principio de fuerza expansiva y optimizadora. Es habitual que los preceptos constitucionales muestren un alto grado de generalidad y apertura; por lo cual, aquellos que reconocen derechos fundamentales, han de ser interpretados dentro de la amplitud de su contexto, con un criterio que propicie asignarles la mayor fuerza expansiva y eficacia posibles.

Ello incide también en la interpretación de los preceptos infraconstitucionales referidos a derechos fundamentales, de manera que estos también deben interpretarse de forma que se optimice la fuerza expansiva de aquellos. Así, la validez constitucional de las normas de rango inferior se comprobará no solo porque no colisionen con los citados derechos, sino –con un alcance afirmativo– porque tienden a maximizar u optimizar su operatividad –Sentencia de 21-IX-2011, Inc. 16-2005–.”

#### CÁLCULO DE PORCENTAJE SE BASA EN LOS AÑOS DE SERVICIO PRESTADO Y LOS SALARIOS DEVENGADOS

“4. Ahora bien, siguiendo con el análisis del derecho a la seguridad social, es de señalar que una de las manifestaciones constitucionales de ese derecho se concreta en la jubilación.

A. A ese respecto, la Constitución determina que los porcentajes de jubilación de los funcionarios y empleados públicos y municipales se detallarán por ley; sin embargo, también establece como directriz *que dichos porcentajes se basarán en los años de servicio prestados y los salarios devengados*.

De tal forma, las respectivas concreciones legislativas deberán ajustarse al lineamiento constitucional aludido, y este habrá de tomarse en cuenta para cuantificar –en los casos concretos– la pensión a la que tendrá derecho el funcionario o empleado, al momento de jubilarse.

B. En efecto, los aspectos relativos a pensiones están desarrollados en diversos instrumentos jurídicos, tales como la LSAP; la Ley del Seguro Social; la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos; la Ley de Incorporación al Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, de las Jubilaciones y Pensiones Civiles a cargo del Estado; el Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte y la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada; entre otros.

Sin embargo, si bien la normativa que aborda la cuestión es por demás dispersa, en esta se ha observado el mandato constitucional de calcular el monto de la pensión con base en el tiempo de servicio y el salario devengado, tal como lo establece la Constitución. Y a ese respecto, la ley dispuso la utilización de la declaración jurada como mecanismo para acreditar tiempos de servicio y salarios cotizados.”

DECLARACIÓN JURADA COMO MECANISMO DE COMPROBACIÓN DE TIEMPO DE SERVICIO Y SALARIOS COTIZADOS ES INCONSTITUCIONAL AL RESTRINGIR EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

“IX. Habiendo referido, tanto las ideas de regulación y restricción de un derecho fundamental, como el alcance constitucional del derecho a la seguridad jurídica, corresponde dirimir si el número 7 de la sección IV de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada, supone una restricción sobre el derecho a la seguridad social, que la ley no previó.

1. Ahora bien, es de aclarar que esta Sala no tutela normas infraconstitucionales, pues su competencia en el proceso de inconstitucionalidad es establecer si existe o no el contraste normativo entre las disposiciones constitucionales que el actor propone como fundamento material de su pretensión y el respectivo objeto de control también por él propuesto.

A. En ese sentido, en este caso se debe dirimir si se ha quebrantado el principio de legalidad en la actuación de los funcionarios del Gobierno, previsto en el art. 86 inc. 3° de la Constitución, en tanto que el funcionario emisor del objeto de control se ha excedido al establecer, vía lineamientos, restricciones no previstas por ley.

B. De tal forma, el precepto normativo cuestionado dispone que no pueda utilizarse la declaración jurada para comprobar tiempos de servicios y salarios cotizados cuando se cuente con el tiempo de servicio necesario para acceder a los beneficios contemplados en la ley. Por tanto, tal disposición *crea una regla de exclusión para la utilización de la declaración jurada como mecanismo de comprobación y tiempo de servicio y salarios cotizados*, cuando se cuente con el tiempo necesario para optar a los beneficios legales.

C. Ahora bien, en cuanto a pensiones se refiere –como se apuntó en el considerando precedente–, la ley prevé en abstracto diferentes rangos ascendentes de beneficios, cuya determinación específica se ha de verificar con base en el tiempo de servicio y los salarios cotizados; y para comprobar tales circunstancias –tiempo de servicio y salarios– puede utilizarse la declaración jurada.

Sin embargo, la disposición impugnada admite la utilización de la declaración jurada para acreditar tiempo de servicio y salarios cotizados, *únicamente respecto del rango mínimo de beneficios establecidos por ley*; de manera que excluye todas las demás posibilidades previstas por el legislador en cuanto al monto de la pensión.

D. Así lo expuso en el Superintendente, en su calidad de autoridad emisora del número 7 de la Sección IV de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada –como se apuntó en el considerando I de esta sentencia–, al expresar que “...el espíritu del legislador es, favorecer a aquellas personas que por cualquier motivo no pueden demostrar tiempos de servicio y salarios cotizados **necesarios** o lo que es lo mismo *fundamentales, para acceder a un beneficio...*” (itálica añadida).

2. Por tanto, conforme con los principios de interpretación propuestos en este considerando para las leyes que desarrollan el derecho a la seguridad so-



cial, particularmente de acuerdo con los principios de eficiencia y universalidad, *el precepto normativo objetado restringe el derecho de seguridad social, pues habiendo más de un rango de beneficios al cual se tiene la posibilidad de acceder, esta norma escoge el inferior, y excluye la posibilidad de obtener los niveles de beneficios superiores dispuestos por ley.*

De tal forma, la disposición objetada no logra satisfacer el estándar constitucional del derecho a la seguridad social en relación con el principio de fuerza expansiva y optimizadora –en su connotación positiva–, pues no tiende a maximizar u optimizar la operatividad del derecho.

De igual manera, la aludida disposición *soslaya el mandato constitucional de calcular las pensiones con base en el tiempo de servicio y los salarios devengados, pues crea un supuesto en el cual rechaza la posibilidad de que tal circunstancia sea acreditada mediante declaración jurada; no obstante el legislador dispuso tal instrumento como un mecanismo idóneo para la comprobación del tiempo de servicio y salarios cotizados.*

En corolario, al formular el número 7 de la Sección IV de los Lineamientos para la Comprobación de Tiempo de Servicio Mediante la Utilización de la Declaración Jurada, el funcionario emisor de tal disposición se excedió en su competencia, pues *mediante dicha norma restringió el derecho a la seguridad social; consecuentemente, el objeto de control, efectivamente quebranta el principio de legalidad en la actuación de los funcionarios del Gobierno, previsto en el art. 86 inc. 3° de la Constitución”.*

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 103-2007 de fecha 14/12/2012)*

## DERECHO A LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

### DERECHOS QUE CONFIGURAN SU ESTRUCTURA

“III. 1. El *derecho a la protección jurisdiccional* –art. 2 Cn.– se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona, al permitirle reclamar válidamente ante la jurisdicción, frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: *el proceso jurisdiccional* en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

En tal sentido, *el proceso* como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de la *función jurisdiccional*; o, desde la perspectiva del sujeto pasivo en dichas pretensiones –demandado–, dicho proceso es el instrumento a través del cual se puede privar a una persona de algunos de los derechos consagrados a su favor, cuando se realice de acuerdo con la Constitución.

De la anterior noción se advierte que esta protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro grandes rubros: a) *el acceso a la jurisdicción*; b) *el*

*proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; c) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y, d) el derecho a la ejecución de las resoluciones.* Para los efectos de esta sentencia, solamente interesa destacar a los dos primeros derechos mencionados.

2. Desde una perspectiva sistemática e, incluso, cronológica el *acceso a la jurisdicción*, es la primera manifestación de la protección jurisdiccional, e implica la posibilidad de *acceder* a los órganos jurisdiccionales para que éstos se pronuncien sobre la pretensión formulada y que deberá efectuarse conforme a las normas procesales y de procedimientos previstos en las leyes respectivas.

A. Si el ordenamiento jurídico reconoce un derecho subjetivo, o incluso, si protege de cualquier manera que fuere un interés, el impedir que esos derechos o intereses sea de conocimiento por el Órgano Jurisdiccional supondría la negación del derecho o del interés mismo. No cabe reconocer un derecho o interés y, luego negarle el acceso a la protección jurisdiccional a quien lo ostenta.

Ahora bien, este derecho de acceso no sólo involucra al Órgano Jurisdiccional sino también al legislador, pues los obstáculos que impiden o dificultan el derecho de acceso pueden provenir también de la instauración en las normas legales de requisitos, presupuestos o condiciones que el litigante ha de cumplir si quiere que su pretensión sea enjuiciada por un órgano judicial.

Así, este derecho de acceso puede verse conculcado, no sólo (a) por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, sino también (b) *por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas y obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos o carezcan de razonabilidad y proporcionalidad con respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución.*

En ese sentido, con carácter general, la vigencia del derecho de acceso a los órganos judiciales determina, en primer lugar, y en relación con la actuación del Legislativo, la inadmisibilidad de aquellas trabas y obstáculos legales que no gocen de una justificación constitucionalmente atendible”.

B. El acceso a la jurisdicción se hace patente a través de la formulación de una declaración de voluntad ante el órgano jurisdiccional para que éste decida la petición sometida a su conocimiento. En ese sentido, la demanda (que lleva implícita la pretensión) es el acto normal de iniciación de un proceso, su existencia es el requisito fundamental de la vida de éste.

Ahora bien, una demanda con algún defecto de proposición o fundamentación puede ponerse de manifiesto por el juez a través del *rechazo de la demanda*. Esta potestad no sólo se puede ejercitar al inicio del proceso, sino en general a un pronunciamiento en cualquier estado del mismo, ya sea por vicios en la pretensión (motivos de fondo) o en la demanda (motivos de forma), que inhiben al juzgador para proveer una sentencia sobre el asunto planteado, y por el contrario, le obligan a rechazar el conocimiento del asunto mediante la inadmisibilidad o la improcedencia (improponibilidad objetiva) de la demanda.

a. La admisibilidad es un concepto que atañe al derecho procesal específicamente y en especial a la demanda presentada. Es decir, el juicio de admisibilidad –formal o superficial– no versa sobre un supuesto o situación de la realidad que motive el conocimiento jurisdiccional procedente, es decir, no depende de hechos o circunstancias preexistentes –o verificables previamente– a la presentación de la demanda, sino sobre ésta y sus requisitos.

En ese sentido si la demanda incumple con las formalidades previstas por la normativa procesal pertinente, y previa oportunidad de subsanar dichos vicios a través de una prevención, el juez o tribunal está habilitado para declarar la inadmisibilidad de la misma”.

#### IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA IMPLICA UN DEFECTO ABSOLUTO EN LA FACULTAD DE JUZGAR

“b. Por otro lado, en el control judicial sobre de la proponibilidad objetiva de la pretensión (procedencia), el juez consulta el ordenamiento jurídico y comprueba “en abstracto” si la ley le concede facultad de juzgar el caso o no. En ese sentido, cuando el resultado del juicio de proponibilidad objetiva es desfavorable, significa que existe un *defecto absoluto en la facultad de juzgar*.

Desde esta perspectiva, la improponibilidad consiste en la carencia perceptible de elementos –subjetivos y objetivos– de la *pretensión*, de manera que su éxito queda entre dicho, pues precisamente, no son susceptibles de ser atendidos por el actor o sometido a ulteriores controles.

Por tanto, resulta improponible la demanda toda vez que su objeto jurídico perseguido *esté excluido por la ley –cuando ésta impide explícitamente cualquier decisión al respecto–* o se advierta la falta de idoneidad de los hechos o circunstancias preexistentes a la presentación de la demanda (*v. gr.* cuando se postula de una pretensión de cumplimiento imposible, ilícita o absurda o en la cual ha recaído cosa juzgada).

Así, la improponibilidad objetiva que padece una pretensión nace de alguna patología sufrida por el objeto de ésta y a resultas de la cual concurre un “defecto absoluto en la facultad de juzgar” en el tribunal interviniente, defecto que provocará la emisión de una respuesta jurisdiccional discordante con las aspiraciones del actor. Como tal, el tema de la controversia no puede ser sometido al juez que decidió rechazarla originariamente, ni al resto de tribunales del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, para que el rechazo de una demanda por improponibilidad objetiva no vulnere el derecho de acceso a la jurisdicción, debe estar fundamentada en el sentido de expresar acabadamente las razones jurídicas o fácticas que el órgano jurisdiccional ha tenido por acreditados para formular una respuesta jurisdiccional discordante con la expectativa que tenía el actor sobre el objeto del proceso si hubiera tenido un desarrollo completo”.

#### DERECHO DE AUDIENCIA COMO EXIGENCIA PREVIA A LA LIMITACIÓN DE DERECHOS

“3. Corresponde ahora referirse al otro derecho planteado como parámetro de control en la inaplicabilidad que nos ocupa el *debido proceso o proceso constitucionalmente configurado*.

Mediante dichos términos se hace alusión a un *proceso equitativo*, respetuoso de los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que agrupa un conjunto de derechos filiales que cobran vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso, v gr., los derechos de *audiencia*, *defensa*, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a recurrir, entre otros que pudieran derivarse.

A. El art. 11 Cn. señala que, para ser constitucionalmente válida, la privación de derechos debe ser precedida de un proceso conforme a la ley. Por ello, el *derecho de audiencia* se traduce en la exigencia constitucional de que toda limitación a las posibilidades de ejercer un derecho sea precedida del proceso que prevea el ordenamiento jurídico, el cual deberá hacerse del conocimiento de todos los intervinientes y darles a éstos la posibilidad real de exponer sus razonamientos y defender sus derechos.

Tal como se acotó en la sentencia de 30-III-1998, Amparo 2-D-96, este derecho admite distintas posibilidades de organización en cuanto a la estructura de los procesos y también, por tanto, de instancias, recursos y medios impugnativos de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se planteen y de las normas jurídicas que sirvan de fundamento.

Asimismo, se afirmó que la ley debe propender a que el referido derecho no se torne ilusorio, sea por el establecimiento de aspectos gravosos a los gobernados, sea por la excesiva e injustificada reducción de los medios y posibilidades de defensa. Esto significa que el trámite que la ley diseñe —a efecto de dar cumplimiento al derecho de audiencia— debe cumplir con un mínimo de actividad procesal adecuada. En el mismo sentido se manifestó la jurisprudencia constitucional en las sentencias de 10-VI-1998, 10-II-1999 y 24-V-1999, Amparos 41-A-96, 360-97 y 255-98, respectivamente.

Tal como se acotó en la sentencia de 11-XII-2002, Inc 7-2001, la referencia a la ley no supone, entonces, una remisión plena o absoluta a la legislación secundaria pues, si bien es cierto, que en el ámbito procesal rige el principio de legalidad de los actos procesales, tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica- la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, con la normativa constitucional.

El derecho de audiencia no sólo implica la existencia de un proceso o procedimiento previo, sino también la realización adecuada de los actos de comunicación procesal, para facilitar a las partes el conocimiento sobre lo que ocurre en el proceso. En ese sentido, los actos de comunicación (notificaciones, citaciones) constituyen manifestaciones del derecho de audiencia que posibilitan la intervención de las partes en los procesos jurisdiccionales o en los procedimientos administrativos, para defender sus derechos o intereses garantizando el principio de contradicción y bilateralidad.

De esta manera, el derecho de audiencia vincula tanto al juzgador como al legislador, al primero para que realice debidamente los actos de comunicación, y

al segundo, para que al emitir la norma base para el proceso previo, contemple en las maneras más adecuadas y razonables, así como las consecuencias constitucionalmente legítimas para las referidas comunicaciones”.

#### CONCRECIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA A TRAVÉS DEL DERECHO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES

“B. A diferencia de la garantía de audiencia, el *derecho de defensa* (Art. 12 Cn.) tiene un espectro más concreto en la medida que se manifiesta –principalmente– ante la configuración de una *contienda donde exista la necesidad de esgrimir elementos tendentes al desvanecimiento de los alegatos presentados por la contraparte*.

El ejercicio del derecho de defensa implica participar en un proceso informado por el *principio de contradicción*, en que las partes puedan ser oídas en igualdad de condiciones y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere pertinente para su defensa. Esta actividad procesal de parte viene encauzada por las reglas del proceso y se corresponde con la obligación del juez de procurar su regular desenvolvimiento, de modo que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes.

De esta definición puede colegirse que el derecho de defensa se concreta también con la *igualdad de armas* y el *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*.

a. En la sentencia de 24-IV-2007, Amparo 391-2006, esta Sala manifestó que en el proceso concreto debe existir igualdad de armas entre los contendientes, esto es, que el juzgador está obligado a aplicar de manera igualitaria la ley procesal, garantizando a las partes, dentro de sus respectivas posiciones, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin concederles un trato favorable.

El principio de contradicción ha de verse complementado –pues– con el principio de igualdad en la actuación procesal; porque no es suficiente que exista *contradicción* en el proceso sino que, para que aquella sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales cuenten con las mismas posibilidades de exponer sus argumentaciones ante el tribunal correspondiente.

b. El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses. Consiste, pues, en el derecho a que la prueba pertinente, propuesta en tiempo y forma, sea admitida por los tribunales.

En ese sentido, no se trata de una facultad omnímoda, que permita valerse ilimitadamente de cualquier medio de prueba, en cualquier tiempo, ni para cualquier objeto, sino sólo los que sean pertinentes; lo que significa que algunas manifestaciones concretas de este derecho requieren configuración legal –como requisitos de tiempo, forma, pertinencia y utilidad que pudieran establecer las leyes procesales–.

Ahora bien, del artículo 12 Cn. se derivan otras manifestaciones del derecho a un proceso constitucionalmente configurado que –dado el uso convencional de ciertos términos– están encaminadas a ejercitarse ordinariamente en el

proceso penal, *v. gr.* el derecho a ser informado de la *acusación*, el derecho a *no declarar contra* sí mismo y el derecho a *no declararse culpable*; sin embargo, ello no impide que puedan hacerse efectivos en procesos jurisdiccionales atinentes a otras materias, en tanto que su finalidad siempre es garantizar la defensa del sujeto pasivo de la pretensión”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, referencia: 124-2007 de fecha 05/12/2012)*

## DERECHO A LOS MEDIOS IMPUGNATIVOS

### LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR

“1. En cuanto a la regulación legislativa de un proceso jurisdiccional, en la sentencia dictada de 18-XII-2009, pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad 23-2003, se acotó que al momento de dotar de contenido material a una regulación procesal secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la realidad judicial, la economía, la política o simplemente los aspectos coyunturales o doctrinales.

Esta diversidad de criterios y consideraciones que el legislador puede adoptar en la configuración de las leyes procesales, por ejemplo, es lo que la doctrina y alguna jurisprudencia de este Tribunal denomina “libertad de configuración del legislador” o libertad de formación democrática de la voluntad legislativa.

En materia procesal, pues, el legislador puede establecer dentro de su libertad de configuración qué modelo procesal considera más óptimo para los fines que constitucional y legalmente persiga.

Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio de aquella libertad en materia procesal (como en cualquier otra) implique desconocimiento de los parámetros constitucionales.

En efecto, el legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja, ya que es tanto libertad material (arts. 121 y 131 ord. 5 Cn.) como subordinación (art. 246 Cn.); si bien puede concretar un proceso jurisdiccional como mejor cree conveniente, en dicha concreción no puede desbordar la Constitución, pues ésta es la norma informadora de todo el ordenamiento jurídico.

En conclusión, mientras el legislador se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución, y dentro del contenido explícito o implícito de aquella, sin violar el núcleo esencial de los derechos reconocidos o asegurados por la misma, queda librado de cualquier consideración al respecto, pues en este supuesto rige su libertad de configuración reconocida también constitucionalmente.

2. En tal sentido, el Legislador debe tomar en cuenta que toda estructura procesal se constituye por el orden de sus distintos elementos. Se trata de un orden necesario y asimétrico, en el sentido de que no pueden darse sino en forma sucesiva y no reversible”.

## ESTRUCTURA FUNCIONAL DEL PROCESO SE BASA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

“Ahora bien, el proceso está encaminado a ser un instrumento productor de certeza –de conocimiento– o de realización coactiva de las consecuencias de esa certeza –de ejecución–.

En la mayor parte de los casos, la estructuración funcional del proceso se basa en el principio contradictorio, de manera que un proceso se califica como tal toda vez que admita que sus sujetos litigiosos tengan una pareja oportunidad de criticar mutuamente sus respectivas aserciones, es decir, que sea susceptible de instruir una contradicción entre las partes.

En ese sentido, el proceso constitucionalmente configurado como contradictorio se articula de modo que permita la oportunidad y el modo de manifestarse un control de contradicción entre las partes.

En efecto, la revelación del actor que pone de manifiesto una situación insatisfactoria con aspiraciones de veracidad, constituye una amenaza para el demandado, quien desprende la tesis negativa u oposición lógica. Estos aspectos no pueden ser desatendidos por el legislador, tanto porque ese debate constituye el objeto del proceso y porque el demandado es un sujeto igual al actor –igualdad procesal–. Ello abre la puerta a la instrucción del proceso para investigar cuál de los dos juicios es verdadero. De modo que la estructura procesal debe fomentar la aportación probatoria de la falsedad o verdad de uno de ellos y eliminar la contradicción con la sentencia”.

## PROCESO DE CONOCIMIENTO Y PROCESO DE EJECUCIÓN

“3. Como se apuntaba en el párrafo anterior, atendiendo a la finalidad de la pretensión que la origina, el proceso puede ser de conocimiento o de ejecución.

El primero es aquél que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el Órgano Judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y discutidos, el contenido y alcance de una situación jurídica existente entre las partes.

Tal finalidad incide en la estructura de ese proceso, que consta, fundamentalmente, de una etapa de conocimiento en la cual las partes, según las reglas del contradictorio, procuran al juez el conocimiento de los hechos en que fundan sus pretensiones y defensas y proporcionar eventualmente la prueba de los hechos controvertidos, sobre las cuales el juez decidirá la controversia.

Cuando la sentencia es exclusivamente declarativa, el interés del actor queda satisfecho mediante el simple pronunciamiento de aquélla. Pero cuando se trata de una sentencia de condena, que como tal, impone el cumplimiento de una prestación (de dar, de hacer o de no hacer), y ésta no es voluntariamente cumplida por el obligado, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se lleve a cabo una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral satisfacción del interés del demandante.

En ese sentido, las fases de determinado proceso deben organizarse en el texto normativo tomando en cuenta que debe ajustarse a los derechos y garantías previstos en la Constitución.

Así, en la etapa de conocimiento del proceso deberá garantizarse a las partes una efectiva oportunidad de contradicción, comunicándoles el inicio del proceso y todas aquellas decisiones que puedan afectar sus expectativas al interior de éste, y otorgarles —en igualdad de condiciones— las mismas oportunidades de alegar y probar mediante los medios de prueba pertinentes, así como la posibilidad de que se elimine o sustituya la resolución judicial que decide la controversia a través del mecanismo de los recursos.

En cuanto a la etapa de ejecución, deberán articularse aquellas actuaciones por medio de las cuales, ante el incumplimiento del demandado que debió acatar una decisión ya indiscutible, el órgano jurisdiccional haga efectivo dicho pronunciamiento”.

#### DIFERENCIA ENTRE EL PROCESO EJECUTIVO Y EL PROCESO DE EJECUCIÓN

“4. Ahora bien, para tener un panorama completo de las anteriores acotaciones, es preciso hacer una distinción entre el proceso ejecutivo y el proceso de ejecución.

El segundo parte de la idea de que previamente se ha pronunciado una sentencia condenatoria que ha impuesto a la parte vencida, luego de darle la oportunidad de ser oída, la realización de una determinada conducta, *v. gr.*, de realizar un pago. Este proceso gira alrededor de una pretensión de ejecución, buscando su satisfacción, y en este caso no es constitucionalmente exigible que el proceso de ejecución confiera al ejecutado la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, pues ya no se está en la situación de “juzgar” a que se refiere el art. 172 inc. 1º Cn., sino de “ejecutar lo juzgado” a que se refiere el mismo artículo. Es un proceso que se sustenta en un derecho cierto (o presumiblemente cierto), cuya satisfacción se pretende garantizar mediante el uso de la compulsión —Sentencia de 8-XII-2006, Inc. 19-2006—.

Por el contrario, el proceso ejecutivo se enumera dentro de la categoría de los *procesos de cognición*, y tiene por finalidad que, una vez tramitado el procedimiento correspondiente, el juez imponga al condenado el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o abstenerse, con la posibilidad que el ejecutado ejerza oposición a la pretensión ejecutiva; como tal es un proceso que, aunque no está dotado de la plenitud de formas que integran un proceso ordinario, y aunque dotado de una medida cautelar como el embargo, sí debe prever la posibilidad que haya una defensa en juicio, en consonancia con lo previsto en los arts. 2 inc. 1º Cn. —protección jurisdiccional a los derechos— y 11 inc. 1º Cn. —garantía de audiencia—.

**V. 1. A.** Al recapitular los argumentos del abogado [...] se advierte que la disposición impugnada en primer término (art. 119 ord. 2º de la LGTM), en la medida en que reduce excesiva e injustificadamente los medios y posibilidades de defensa, no permite que el derecho de audiencia se realice adecuadamente, contradiciendo así, en ese aspecto, el contenido del art. 11 Cn.

El precepto impugnado trata sobre el establecimiento de ciertas variantes respecto al juicio ejecutivo común, cuando el título que sirve a la ejecución tiene como base un crédito a favor de un municipio. En este punto específico, la par-



ticularidad consistiría en que, a diferencia del proceso ejecutivo común, donde las partes pueden oponerse con base en distintos motivos (art. 464 del Código Procesal Civil y Mercantil), el juicio ejecutivo regulado en el art. 119 de la LGTM sólo permitiría la alegación de dos excepciones: la de pago y la de prescripción”.

#### DERECHO DE DEFENSA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR RESPECTO DEL PROCESO JURISDICCIONAL

“B. Para enjuiciar esta regulación no puede dejar de acudirse a la noción constitucionalmente acorde de libertad de configuración que el Órgano Legislativo posee en general para desarrollar las disposiciones constitucionales. En efecto, al momento de configurar un proceso jurisdiccional, el Órgano Legislativo puede tomar en cuenta, bajo su responsabilidad política, criterios de diversa índole (moral, social, económica, etc.), situaciones estructurales o coyunturales de la realidad nacional, el Derecho comparado, la doctrina procesalista, etc.

En materia procesal –en efecto–, es lícito que el legislador decida qué modelos procesales considera mejores para la realización de los fines constitucionales y legales que persigue –Sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003–; por ejemplo, si adopta un procedimiento escrito u oral, un modelo adversativo o inquisitivo, un proceso ordinario o sumario, de doble o única instancia, el establecimiento de plazo de prueba o no, etc.

Sin embargo, también es pertinente recalcar que, en ese margen de discreción legislativa para la estructuración funcional del proceso, debe tomarse en cuenta el principio contradictorio, y por tanto el Legislador debe dotar a los sujetos litigiosos igualdad de oportunidades de criticar mutuamente sus respectivas aserciones, es decir, que sea susceptible de instruir una contradicción entre las partes. Por ello, el proceso constitucionalmente configurado como contradictorio debe articularse de modo que permita a las partes la oportunidad de manifestar sus tesis contrapuestas, a fin de que cada una acredite los extremos de su planteamiento jurídico.

Así, tal como se afirmara en la Sentencia de 22-XII-2004, Inc. 8-2003, esta Sala sostiene que dentro del proceso deben observarse un conjunto de oportunidades que posibilitan la intervención efectiva del demandado en el sentido antes expresado. Estas oportunidades son aplicaciones o manifestaciones del derecho de defensa, por lo que la naturaleza de las mismas es de trascendencia constitucional.

Entonces, la posibilidad que tienen los intervinientes en un proceso de interponer excepciones y de que éstas sean tramitadas y resueltas, en caso de proceder, es una concreción del derecho de defensa. Dicha facultad siempre debe interpretarse extensivamente, lo que implica que no se circunscribe a las excepciones o motivos de oposición previstos expresamente en las leyes procesales, sino que comprende cualquier alegación que se oponga a las razones que apoyan la posición de la parte contraria.

Por consiguiente, cualquier restricción, limitación o supresión de la facultad de interponer excepciones u oponerse de otra forma a la tesis de la contraparte, proveniente de la misma ley o de un acto aplicativo y que carezca de justificación objetiva y razonable, constituye una violación del derecho de defensa.

[...] C. Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, se advierte que, al sólo permitir la interposición de dos excepciones (pago y prescripción), y no de otros motivos de oposición –como en el proceso ejecutivo común–, el art. 119 ord. 2° de la LGTM limita de algún modo el ejercicio del derecho de defensa por parte del ejecutado en el proceso incoado por la municipalidad correspondiente”.

#### SE VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA CUANDO EL ÓRGANO LEGISLATIVO LO LIMITA DE FORMA INJUSTIFICADA

“Ahora, si bien es cierto que el Órgano Legislativo tiene libertad de configuración en materia procesal y que, en esa medida, puede ampliar o reducir ciertas facultades de las partes dependiendo del tipo de proceso de que se trate, en el supuesto de que las regulaciones en cuestión conlleven limitaciones a derechos constitucionales, las mismas deben estar justificadas desde el punto de vista constitucional.

En el presente proceso, dicho Órgano del Estado hizo una serie de consideraciones muy generales que difícilmente justifican la restricción al derecho fundamental mencionado. Hizo referencia a la autonomía municipal (art. 204 Cn.), pero esta Sala no ve en absoluto en qué sentido ese principio podría explicar la medida controvertida.

Es más, con independencia del deficiente razonamiento del Órgano emisor del artículo cuestionado, esta Sala no encuentra, en principio, elemento alguno que justifique que los demandados en procesos ejecutivos instados por un Municipio, a diferencia de los demandados en juicios ejecutivos “comunes”, sólo puedan alegar eficazmente las excepciones de pago efectivo y de prescripción. Las reales oportunidades de defensa que se precisen legislativamente no tienen nada que ver con las cualidades subjetivas del actor en un proceso ejecutivo, sino que deben encaminarse a estructurar un juicio cognitivo de contradicción entre partes.

Precisamente, al no derivarse un nexo argumental objetivo entre el hecho de que el Municipio sea una entidad pública y restringir una garantía básica del debido proceso, *se concluye que el art. 119 ord. 2° de la LGTM contradice al art. 11 Cn. y así deberá declararse en esta sentencia.*

El efecto del fallo, siendo estimatorio, consistirá en la expulsión del ordenamiento jurídico del art. 119 ord. 2° de la LGTM. Consecuentemente, a partir de la emisión de esta sentencia, los juicios ejecutivos para el cobro de un crédito tributario municipal, en lo relativo a las excepciones o motivos de oposición, se regirán por las disposiciones correspondientes en el Derecho Común (Código de Procedimientos Civiles y Ley de Procedimientos Mercantiles o en el Código Procesal Civil y Mercantil, según el caso)”.

#### RESTRICCIÓN O SUPRESIÓN A LOS MEDIOS IMPUGNATIVOS DEBE ESTAR OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA POR EL LEGISLADOR

“2. En relación con el art. 119 ord. 3° de la LGTM, el demandante sostiene que, al no permitir la apelación de la sentencia de remate, vulnera el “derecho a

la doble instancia”. Dicho motivo se entrecruza con los alegatos referidos a las supuestas vulneraciones de los arts. 2 y 11 Cn. y del 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, que genera vulneración refleja del art. 144 inc. 2° Cn.

A. Igual que el ord. 2° recién visto, el ord. 3° de la disposición impugnada contempla una modificación al juicio ejecutivo “común”: en el proceso ejecutivo, para el cobro de una deuda municipal, no se admitirá bajo ningún concepto la apelación de la sentencia de remate. Nuevamente, estamos ante una restricción, por parte del legislador, a un derecho constitucional, el derecho a recurrir (arts. 2 inc. 1° y 11 inc. 1° Cn.), que, para ser constitucionalmente admisible, requiere de una justificación objetiva.

Sin embargo, es necesario aclarar que el derecho a recurrir –como ya se explicó– no implica necesariamente la posibilidad de impugnación con carácter absoluto: frente a cualquier resolución, en cualquier proceso y en cualquier circunstancia. Al contrario, la necesidad de seleccionar los asuntos más importantes, para hacer posible su reconsideración en un grado superior de la jurisdicción, provoca que el legislador utilice distintos criterios selectivos, algunos directos, como puede ser la naturaleza del asunto.

Por ejemplo, en algunos casos podrá solo establecer el recurso de revocatoria; en otros contemplar, además, el recurso de apelación; pero en otros negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión; asimismo, el legislador tiene discrecionalidad para, habiendo reconocido la posibilidad de recurrir en una determinada materia, restringirla a cierto tipo de decisiones (*v. gr.*, sólo sentencias, no autos); también puede limitar los sujetos legitimados para interponer los recursos respectivos (*v. gr.*, solo el condenado); puede, de igual forma, regular el plazo para recurrir, la posibilidad de controvertir los hechos, el establecimiento de un plazo de prueba, etc.

Ahora bien, el margen de configuración referido no es, en modo alguno, ilimitado, porque el legislador no recibe de la Constitución un “cheque en blanco” para convertir cualquier trámite en “debido proceso”. Debe respetar las garantías básicas del mismo, tales como el derecho de audiencia, la presunción de inocencia y el principio de igualdad de armas. En ese sentido, cualquier restricción o supresión de dichas garantías debe estar objetivamente justificada.

Con base en lo anterior, no es posible afirmar que un genérico “derecho a la doble instancia” tenga cobertura constitucional absoluta, como pudiera deducirse de los alegatos del pretensor; sin embargo, esta imprecisión conceptual en que incurre el actor, a juicio de esta Sala, no la inhibe de pronunciarse sobre la negación del derecho a recurrir en general, pues la inexistencia de “doble instancia” (reproche específico del demandante) puede suponer lo primero”.

#### RECURRIR DEL FALLO ES UNA GARANTÍA ESENCIAL EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

“Pues bien, esta Sala en otras oportunidades ha sostenido –por ejemplo, en la Sentencia de 2-VI-2005, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad 53-2003– que, si la ley configura el proceso como de única instancia (o, lo que

es lo mismo, inexistencia legal del derecho a apelar), en modo alguno vulneraría preceptos constitucionales, siempre y cuando esta limitación sea evidentemente objetiva, esto es, proporcional y razonable en relación con la naturaleza del caso, la urgencia del objeto del proceso, las posibilidades de despido jurisdiccional o la menor complejidad del asunto.

Así lo ha concretado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) en la Sentencia de 28-XI-2003, pronunciada en el *Caso Baena Ricardo y otros*: “Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas”.

De igual modo, en la Sentencia de 2-VII-2004, *Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica*, la Corte ha indicado que el art. 8.2.h de la Convención Americana dispone que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”; posibilidad que debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

Asimismo, la CrIDH ha considerado que el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa sea revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; derecho que debe ser garantizado antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Así, se busca proteger el derecho de defensa, otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso, para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionaría un perjuicio definitivo a los intereses de una persona.

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

C. En el caso *sub iudice*, se tiene la situación peculiar de que el órgano emisor del precepto impugnado no ha manifestado satisfactoriamente una justificación para no permitir la apelación de la sentencia de remate en el juicio ejecutivo regulado en el art. 119 ord. 3° de la LGTM, y esta Sala tampoco, en los términos en que se ha planteado el debate, la encuentra.

*Por las razones anteriores, se concluye que el art. 119 ord. 3° de la LGTM, en la parte que dice “[n]o se admitirá apelación [de la] sentencia de remate” vulnera el art. 2 Cn. y así deberá declararse en esta sentencia”.*

#### HABILITACIÓN POR CONEXIÓN PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONAL UNA DISPOSICIÓN LEGAL CUYO CONTENIDO NO HA SIDO OBJETO DE CONTROVERSIDA

“D. Ahora bien, este Tribunal advierte que la disposición impugnada tampoco admite la apelación del decreto de embargo y “demás providencias en juicio que

sean apelables”. Pues bien, como excepción al principio de congruencia, esta Sala ha afirmado que se encuentra habilitada para declarar inconstitucional una disposición no impugnada en la demanda por su “conexión” con una disposición sí impugnada en la demanda y que ha sido declarada inconstitucional en el fallo (véase la Sentencia de este Tribunal de 1-IV-2004, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad 52-2003).

Esta habilitación opera, por ejemplo, en el caso de que la supervivencia de una disposición no impugnada generaría una evidente incompatibilidad con el fallo estimatorio, en virtud de que aquélla contiene el mismo reproche de inconstitucionalidad que la disposición declarada inconstitucional.

En el presente caso, las razones para declarar inconstitucional el art. 119 ord. 3° de la LGTM en la parte que dice “[n]o se admitirá apelación [de la] sentencia de remate” son de plena aplicación a la parte del mismo artículo que establece que tampoco se admitirá dicho recurso del decreto de embargo y “demás providencias dictadas en juicio que sean apelables”.

*Por las razones anteriores, esta Sala concluye que el art. 119 ord. 3° de la LGTM, en la parte que dice “[n]o se admitirá apelación del decreto de embargo [ ] [y] demás providencias dictadas en juicio que sean apelables” vulnera el art. 2 Cn. y así deberá declararse en esta sentencia.*

E. El efecto del fallo, siendo estimatorio, consistirá en la expulsión del ordenamiento jurídico del art. 119 ord. 3° de la LGTM. Consecuentemente, a partir de la emisión de esta sentencia, los juicios ejecutivos para el cobro de un crédito tributario municipal, en lo relativo al recurso de apelación, se regirán por las disposiciones correspondientes del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley de Procedimientos Mercantiles o el Código Procesal Civil y Mercantil, según el caso”. *(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 120-2007AC de fecha 28/09/2012)*

## **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

### **ANCLADO EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO ESTADO DE DERECHO**

“II. 1. El punto de partida para aproximarse al derecho de acceso a la información debe ser su condición indiscutible de derecho fundamental, anclada en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión (art. 6 Cn.), que tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan interés público (Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007) ; y en el principio democrático del Estado de Derecho o República como forma de Estado (art. 85 Cn.), que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos públicos (Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010) . De esa condición de derecho fundamental se derivan, entre otras consecuencias: a) la prohibición de alterar su contenido esencial, tanto en su interpretación como en su regulación; b) el reconocimiento de su dimensión objetiva o institucional, con sus implicacio-

nes prestacionales y de garantía; c) la directiva de su armonización, balance o equilibrio con otros derechos en conflicto; y d) el reconocimiento de su fuerza expansiva y optimizadora. De sus posibles manifestaciones, aquí interesa referirse al derecho de acceso a la información pública.

2. El derecho de acceso a la información pública consiste en la facultad de solicitar o requerir la información bajo control o en poder del Estado, con el deber correlativo de este de garantizar su entrega oportuna o fundamentar la imposibilidad de acceso, con base en una causa prevista por la ley y compatible con la Constitución. Toda persona, como integrante de la Comunidad titular del poder soberano, tiene el derecho a conocer la manera en la que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan y de ello deriva el derecho de acceso a la información. Además, la información pertenece a las personas, no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno. Los servidores públicos disponen de la información precisamente en su calidad de delegados del pueblo o representantes de los ciudadanos.

El carácter de derecho fundamental del acceso a la información propicia el afianzamiento de democracias transparentes y efectivas, facilita la rendición de cuentas y genera un debate público permanente, sólido e informado. Desde esta perspectiva, el acceso a la información prepara a las personas para asumir un papel activo en el gobierno, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva fundada sobre los asuntos públicos, lo que les permite una participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. En dicho sentido, este nivel de contraloría ciudadana incentiva a los gobiernos a utilizar los recursos estatales efectivamente para el bien colectivo y reduce los espacios para la corrupción.

Por todo ello se ha descrito a la información como “oxígeno de la democracia”, en cuanto esta consiste en el ejercicio del poder en público y con la participación efectiva de las personas en la toma de decisiones que les afecten; pues bien, esa participación ciudadana depende de la información con la que se cuenta. Asimismo, el acceso a la información es un elemento básico del entramado institucional dirigido a mejorar la asignación de los recursos del mercado y de los servicios públicos estatales. En armonía con estos fundamentos, la información es un concepto extensivo, que incluye una gama lo más amplia posible de los materiales de donde surge la información que tiene el Estado, sin reducirla a materiales escritos.

#### LÍMITES CONDICIONADOS A LA PREVISIÓN LEGAL Y CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN

3. Sin embargo, el acceso a la información pública puede estar sometido a ciertas excepciones, ya que existen objetivos estatales legítimos, valores o bienes jurídicos igualmente relevantes que podrían verse perjudicados por la publicación de información especialmente delicada. La definición de estos intereses en tensión plantea un desafío muy complejo y por ello las causas de restricción al derecho en análisis, que permiten negar la información solicitada, deben estar

previstas en una ley formal que además sea previa, escrita y estricta, con fundamento en el principio de máxima divulgación. En efecto, la reserva de información y la consecuente negación del acceso a ella es una limitación al ejercicio de este derecho y, como tal, debe ser debatida y aprobada por los representantes de quienes serán afectados por ella, en un procedimiento que precisamente se caracteriza por ser público y transparente. La necesidad de una ley formal contribuye a la seguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho y respecto a las facultades del Estado para restringirlo, de modo que prohíbe la creación arbitraria de barreras al acceso informativo mediante decisiones estatales distintas a las leyes emitidas por el Legislativo.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 13-2012 de fecha 05/12/2012)*

## DERECHO PENAL MÍNIMO

### PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO LÍMITE MATERIAL A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL

“IV. 1. Ahora bien, si la conducta supone un efectivo o probable riesgo de lesión o peligro a bienes jurídicos fundamentales o instrumentales, se activa la legitimidad constitucional del castigo penal. Desde este punto de vista, el principio de lesividad constituye el fundamento axiológico y el límite fundamental en la estructuración constitucional del delito, en la medida que las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir *ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social*. Se entiende –entonces– que el principio de lesividad se postula como una formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico y sin resultado dañoso – Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003–.

De ahí que, conductas de escaso disvalor tanto de acción como de resultado deben quedar descartadas de la contundente respuesta penal, ya sea porque no se encuentran en una relación de alteridad –conductas autorreferentes– o porque se trate de lesiones insignificantes –conductas autorreferentes inocuas–.

Desde este planteamiento, es legítimo que se incremente la sanción penal de acuerdo con la trascendencia del bien jurídico en juego y de las modalidades de agresión que puede sufrir –Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–. A tales efectos, igualmente, pueden irse modulando diferentes respuestas al hecho delictivo que no impliquen necesariamente la cárcel para su autor, sino instituciones que conjuguen el ideal rehabilitador como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, su reemplazo o la libertad condicional”.

### PARÁMETROS OBJETIVOS Y LEGÍTIMOS PARA GRADUAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

“Por tanto, *la trascendencia social del bien jurídico, su lesión o puesta en peligro* – lesividad–, *la modalidad subjetiva demostrada por el agente* –concu-

rrencia de dolo o culpa—, son los parámetros objetivos y legítimos para graduar la *proporcionalidad que la pena debe tener, además de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con la conminación*. En efecto, todas estas circunstancias son los márgenes fundamentales que deben tenerse en cuenta en la formulación de los tipos penales, ya sea en un estatuto general o en una ley penal especial.

Asimismo, desde una perspectiva negativa, tales parámetros sirven para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio *innecesario o desproporcionado*; y a tales efectos, ha de indagarse primero, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o si los fines de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento si el sacrificio de la libertad que se impone persigue la prevención de bienes o intereses, no sólo constitucionalmente proscritos, sino jurídicamente irrelevantes.

En segundo lugar, deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado, es decir, si la conducta se encuentra relacionada contextualmente con el bien jurídico protegido —aspecto que no alude necesariamente a los fines resocializadores de la pena—. Y, finalmente, si el objeto de control es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena, siempre desde la perspectiva de la lesividad y sin entrar al análisis de la aptitud de la extensión de la pena para los fines que prescribe el art. 27 inc. 3° Cn.

En ese orden de ideas, si la conducta típica guarda relación con el bien jurídico protegido y este con ciertos grados de relevancia jurídica, la pena —por su lado— debe guardar una relación de proporción con el concreto hecho prescrito como delito, de forma que si se produce un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción penal, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad personal del sujeto activo en relación con la lesividad.

En efecto, la sanción debe ser apta para alcanzar los fines que la justifican, en virtud de este principio de idoneidad, el Derecho Penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, por lo que debe evitarse su uso cuando se muestre inoperante, inadecuado o contraproducente para conseguir tal fin”.

#### DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE DE LA RAZONABILIDAD DE LA PENA

“2. De forma enfática, del anterior marco teórico puede advertirse claramente las líneas materiales que definen al programa penal de la Constitución, como un Derecho Penal mínimo que, según el grado de intervención estatal en las libertades, no admite imposición alguna de penas restrictivas a la libertad sin que se produzca la *comisión de un delito*, sin que tal punición sea *necesaria y no excesiva*, en relación con el *carácter lesivo de la conducta*, lo que a su vez conlleva a la exigencia *que se penalicen aspectos exteriores y materiales* de la acción criminosa —no elementos de la interioridad del sujeto—, pues sólo así se podrá reflejar la *culpabilidad* del autor; asimismo, tales exigencias carecerían de sentido si el delito



no está *previsto taxativamente* en la ley y que, para su atribución, requiera *prueba empírica* discutida ante *juez imparcial*, en un *proceso público y contradictorio previamente establecido*, e instado por las autoridades competentes.

De ahí que, según los *postulados constitucionales* que identifican al Derecho Penal salvadoreño conectándolo con los principios que configuran un Estado Constitucional de Derecho, corresponde al Derecho Penal mínimo –condicionado y limitado estrictamente–, no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también, a un ideal de racionalidad y certeza jurídica.

Con ello, resulta excluida la responsabilidad penal, todas las veces que sus presupuestos sean inciertos e indeterminados; así, un Derecho Penal es racional y cierto en la medida que sus regulaciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos que sean susceptibles de refutación procesal.

A la inversa, el modelo de Derecho Penal máximo –incondicionado e ilimitado– es el que se caracteriza, además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación.

Al efecto, es cierto que si la concreta aplicación de la pena rebasara los límites de lo necesario, se habrá infringido con ella los derechos fundamentales limitados por la conminación penal. Y esto se relaciona con el grado de penalidad a que se sujetan las conductas en las leyes penales. De ahí que, el principio de proporcionalidad le exige un uso razonable de la pena, que no puede ir más allá de lo que la dignidad humana permita”.

#### ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD A TRAVÉS DE LA LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS

“2. A. En particular, conviene fijar primeramente cuál es el bien jurídico protegido en el catálogo de conductas contempladas en el capítulo IV de la LERARD, y esta es la *salud pública*, cuyo enclave constitucional se encuentra en el art. 65 al preceptuarse: “[...] a *salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y establecimiento*”.

Se trata entonces, del conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos, pero no entendida desde una perspectiva individual, sino de todo el colectivo social. De ahí que podamos hablar de un interés común, de salvaguardar las condiciones mínimas de salud de los habitantes desde una óptica general.

Dentro de los ámbitos de protección que el derecho a la salud exige se enmarca al control y la prohibición de sustancias o productos que supongan un grave riesgo a la salud como las drogas o sustancias psicotrópicas, cuya determinación se encuentra establecida en el art. 2 LERARD, esto es “*las sustancias especificadas como tales [...], actúan sobre el sistema nervioso central y tienen*

*la capacidad de producir transformaciones, bien sea aumentando o disminuyendo su funcionamiento o modificando los estados de conciencia y que su uso indebido puede causar dependencia o sujeción física y psicológica”.*

Por ende, estamos en presencia de sustancias cuyo trasiego o intercambio suponen un riesgo generalizado para todos los ciudadanos en relación con su nivel de su bienestar físico y psíquico; y ello debido a que, entre sus más sobresalientes características, pueden generar: (a) *dependencia del consumidor*; (b) *la progresiva exigencia de mayores dosis*; y (c) *alteraciones pronunciadas de su conducta, que pueden llegar a una grave afección neuropsíquica”.*

#### POSESIÓN O TENENCIA DE DROGAS PARA EL AUTO-CONSUMO ESTÁ FUERA DEL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

“B. A raíz de lo anterior, la protección penal que el Estado dispensa por medio de la criminalización de todo el *ciclo productivo* del narcotráfico y conforme a ello a la creación de tipos penales, está más que justificada desde la perspectiva de los bienes jurídicos contemplados en la Constitución.

Sin embargo, conviene distinguir a efectos de imposición de la sanción penal, aquellas conductas que supongan un grave riesgo a terceros de aquellas otras que únicamente suponen un ejercicio de libertad, *aunque sea dañoso* para el propio individuo que practica esa actividad arriesgada.

C. Como se ha dicho en párrafos anteriores, una conducta autorreferente – es decir sin posibilidad remota de poner en peligro a otros– y de alguien a quien en su mayoría de edad y conforme a una decisión personal decide afectar su propio ámbito de salud con relación al consumo de sustancias estupefacientes, *no puede considerarse un hecho relevante a efectos penales*, aunque sí con relación al deber de asistencia médica que el Estado se encuentra obligado a brindarle para superar su adicción, en particular con relación a las clínicas de rehabilitación de drogodependientes.

De ahí que, la posesión o tenencia para el auto-consumo, en la medida que forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, está fuera del ámbito del Derecho Penal, y en este sentido deben ser entendidos los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD, más allá de la referencia cuantitativa que se efectúa de la cantidad en gramos. *A contrario sensu*, si es factible apreciar – con independencia de la cantidad– que la sustancia incautada esta preordenada para alguna de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas, es correcto en este caso –previas la etapas procesales pertinentes y conforme los elementos de prueba examinados en juicio– aplicar el castigo penal de conformidad con los parámetros legales establecidos en el estatuto punitivo”.

#### ADECUACIÓN DEL TIPO PENAL DE POSESIÓN Y TENENCIA NO DEBE ATENDER SOLO A LA CANTIDAD DE GRAMOS SINO A LA CONFLUENCIA DE OTROS CRITERIOS

“3. A. Desde esta perspectiva, es posible entonces realizar una interpretación de los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD conforme con los parámetros constitucionales, que respete por un lado el ámbito de libre decisión de los ciudadanos

—su ámbito privado— pero por otro que también salvaguarde la salud pública como un presupuesto esencial de una sociedad sana.

Así, el criterio cuantitativo que se alude en ambos incisos, debe entenderse como un criterio que el Juez ha de tener en cuenta a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre: (i) la posesión para *autoconsumo* —exenta de pena—; y (ii) la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas; *más no debe ser el único criterio, ya que debe tener en cuenta otros como los relativos al tipo de droga, el grado de pureza, circunstancias relativas a su hallazgo y en relación con la personalidad de su poseedor.*

En un sentido más técnico entonces, el denominado “*ánimo de traficar*” se plantea como *un elemento subjetivo del tipo* de necesaria comprobación procesal para la aplicación de cualquiera de las conductas reguladas tanto en el inciso primero como en el segundo, y donde el criterio meramente cuantitativo de la cantidad —más de dos o menos de dos gramos— debe ser complementado en el análisis judicial con otros aspectos tales como: (a) *el tipo de drogas*; (b) *grado de pureza*; (c) *nocividad —distinción entre drogas “blandas” y drogas “duras”—*; (d) *presentación*; (e) *variedad*; (f) *ocupación conjunta de varias sustancias*; (g) *ocultación de la droga*; (h) *condición de drogodependiente o no del poseedor*; (i) *el uso de una falsa identidad del que la tiene*; (j) *la tenencia de instrumento o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga*; (k) *o de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado*; y (l) *el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.*

B. Advierte entonces esta Sala que las aplicaciones de la posesión y tenencia contempladas en los incs. 1º y 2º del art. 34 LERARD, requerirá el establecimiento de ese presupuesto subjetivo, a partir de una valoración integral de los hechos, y de un análisis que no debe atender exclusivamente a la cantidad de gramos, sino a la confluencia de varios criterios, los cuales deben plasmarse en la motivación de la decisión judicial.

Igualmente, debe advertirse, que el criterio cuantitativo tampoco debe afirmar automáticamente una presunción de *iure* como una lectura precipitada y superficial del art. 34 LERARD pudiera dar entender, pues tal proceder violaría de forma flagrante la presunción de inocencia contemplada en el art. 12 de la Constitución.

En consecuencia, *corresponde declarar constitucionales las conductas reguladas tanto en los incs. 1º y 2º del art. 34 de la LERARD, en la medida que se interprete bajo las estipulaciones ya reseñadas”.*

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, 70-2006AC de fecha 16/11/2012)*

## DETENCIÓN PROVISIONAL

### CARACTERÍSTICAS NECESARIAS E INDISPENSABLES PARA SU ADOPCIÓN

“2. Vistos los argumentos expuestos en la decisión de inaplicabilidad es procedente recalcar que, en cuanto al argumento relativo a la supuesta violación al principio de excepcionalidad de la detención provisional y de lo estipulado en

ciertos convenios internacionales de Derechos Humanos por parte del inc. 2° del art. 331 C.Pr.Pn. —así como de su antecesor el inc. 2° del art. 294 C.Pr.Pn.— ya fue conocido y resuelto por esta Sala en la Sentencia dictada el 14-IX-2011 —Inc. 372007— y en la cual se retoma una consolidada doctrina jurisprudencial en la materia, que conviene recordar en forma sucinta:

A. La detención provisional ha sido definida como una medida cautelar en virtud de la cual se priva al sindicado —presunto realizador de un hecho delictivo sea como autor o partícipe— de su libertad física durante la sustanciación del proceso penal (por todas: Sentencia de 20-X-2000, HC 263-2000).

En diferentes fallos se ha señalado de forma reiterada que la naturaleza de la misma responde a la persecución de finalidades eminentemente asegurativas y procesales. En otras palabras, persigue llevar a cabo con éxito la actividad investigativa tendiente a comprobar una infracción penal presuntamente ejecutada, así como asegurar la presencia del imputado incluso en la vista pública en el caso que tenga que cumplir una condena. Conforme a esta premisa, resulta descartada la consideración de la detención provisional como una forma anticipada de pena y por ende, su entendimiento como un castigo penal (Sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006).

B. Más allá de estas consideraciones generales, la jurisprudencia de esta Sala —*verbigracia*, Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96— ha enumerado una serie de características inherentes al instituto de la detención provisional como son: (a) su naturaleza *instrumental*; (b) su *excepcionalidad* en relación con otro tipo de medidas cautelares menos restrictivas de la personal; (c) la *provisionalidad* y *modificabilidad* en relación con su adopción y mantenimiento durante el proceso penal —conforme a la regla *rebus sic stantibus*—; (d) la *jurisdiccionalidad*, como potestad exclusiva del órgano jurisdiccional en cuanto a su imposición; y (e) que su aplicación requiere de forma ineludible la existencia de un auto *debidamente motivado* conforme a los presupuestos generales que habilitan su adopción —*forum boni iuris* y *periculum in mora*—.

C. Sobre este último punto, en la mencionada Inconstitucionalidad 37-2007 se afirmó que los peligros procesales que se intentan evitar con la adopción de la medida cautelar deben acreditarse conforme a un juicio de probabilidad positiva, concerniente a que: (i) el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (ii) podrá influir para que otros imputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera fraudulenta; o (iii) que en el caso que se le conceda la libertad, éste pueda inducir a los anteriormente relacionados o a otras personas a realizar conductas delictivas. Y, adicionalmente, que el juicio de conveniencia en cuanto a su adopción, mantenimiento o sustitución, impone también considerar otros datos como las condiciones personales del imputado tales como el arraigo —familiar, domiciliar y laboral—, la ausencia de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone y las cargas económicas, entre otros”.

#### DEBE ESTAR DEBIDAMENTE MOTIVADA

“Por ende, la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada únicamente por la gravedad abstracta del hecho. Sino que, el análisis

judicial debe ponderar otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado, de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento. Y aún, el criterio utilizado por el legislador en el inc. 2° del art. 331 C.Pr.Pn., conforme al principio de proporcionalidad, debe ser atemperado por otras circunstancias como la penalidad o el grado de realización delictiva, así como la autoría y la participación criminal. En tal sentido, la gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal, lo que determina una respuesta diferenciada en cuanto a su adopción y mantenimiento.

En suma, y como se enfatiza en dicha decisión emanada por este Tribunal, la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, pues ello nos llevaría a fundamentar la naturaleza de la detención provisional como mecanismo para la prevención de los delitos, y su entendimiento como pena anticipada. Al contrario, en su imposición subyace un juicio de exclusiva ponderación por parte de la autoridad judicial acerca de su conveniencia en orden a salvaguardar los fines del proceso penal.

En otras palabras, si bien se ha declarado no contraria a la Constitución tal disposición procesal, ello no supone entenderla como una presunción de derecho que restringe de forma absoluta la aplicación de medidas sustitutivas a la detención; y por ende, una denegatoria automática. En un sentido distinto, se ha sostenido por parte de este Tribunal, la obligatoriedad del examen judicial en su aplicación y modificación, y ello implica necesariamente la incorporación de diferentes elementos de convicción dentro del proceso penal que demuestren la pertinencia de su aplicación. En último lugar, y no por ello menos importante, su dictado tiene que ser debidamente motivado.

En estos casos, la motivación no supone una actividad de ponderación entre fines procesales y la libertad del encartado de forma extensa o escrupulosa, sino que consten de un modo razonable cuáles han sido los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada. En otras palabras, se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se identifiquen cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos al supuesto legal conforme a criterios racionales.

En conclusión, y como se señaló en el referido pronunciamiento, la regulación impugnada no elimina el deber de motivación judicial tanto en la imposición como en la sustitución de la detención provisional; al contrario, busca potenciar el análisis judicial, en la medida que la adopción o la sustitución por una medida alternativa, más allá del mero *datum legis*, debe fundamentarse de forma adecuada por la jurisdicción, y es aquí donde resulta adecuado analizar el requisito de excepcionalidad al que hace referencia la juez requirente. Por ende, la regulación actual no supone afectación alguna a tal presupuesto, pues el mismo debe ser resguardado por parte de la autoridad judicial que conoce del respectivo proceso penal.

Existiendo entonces, y como se ha advertido en los párrafos precedentes, un pronunciamiento constitucional en idéntico sentido a lo expuesto en los argu-

mentos de inaplicabilidad sostenidos por la Juez de Paz de San Fernando, es conveniente declarar sin lugar el presente proceso".

(*Sala de lo Constitucional /Inconstitucionalidad, Interlocutorias - Sin Lugar, referencia: 137-2012 de fecha 14/12/2012*)

## EXENCIONES TRIBUTARIAS

### INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN POR EXCLUSIÓN INJUSTIFICADA DEL BENEFICIO CONTEMPLADO EN LA NORMA

"1. En efecto, los términos de impugnación planteados no se refieren al típico contraste de normas, en el que por un extremo se identifica una prescripción normativa cuyo contenido es contrario a un postulado constitucional. En el presente caso, los demandantes han planteado la inconstitucionalidad de una omisión, es decir, no sobre lo que el art. 26 inc. 2° LEFOVIAL prescribe, sino sobre aquello que omitió incluir.

Por ello, debe aclararse que el objeto de control planteado no es el contenido normativo del art. 26 inc. 2° LEFOVIAL en tanto que establece una exención al pago de la contribución que el mismo artículo crea, sino, como bien señalan los demandantes, el juicio de constitucionalidad versará sobre la omisión del legislador de incluir dentro de dicha disposición a diversos sujetos que comparten las mismas características que los exentos.

Para el caso, la consideración legislativa de establecer una exención tributaria a determinado sector –aviación– se plantea como término de comparación –y no como objeto de control– respecto de la supuesta violación al principio de igualdad, es decir, no se pretende la inconstitucionalidad del art. 26 de la LEFOVIAL por lo que regula, sino analizar si la exclusión o no inclusión dentro de la misma consideración –beneficio– se encuentra justificada, vale decir, que no es arbitraria, respecto de otros sectores.

2. Este tipo de análisis se realiza no sobre normas previamente establecidas, sino sobre aquellos comportamientos omisivos de los entes investidos de potestades normativas, en cuanto a la producción de disposiciones infraconstitucionales que desarrollen las normas que contienen mandatos constitucionales; es decir, el principal efecto es constatar la omisión en desarrollar *mandatos constitucionales* –normas que sin el consecuente desarrollo legislativo ven mermada su efectividad práctica–.

La igualdad, en este respecto –como mandato en la formulación de la ley– obliga al legislador a no incorporar en las normas restricciones en el goce de los derechos de los sujetos, que se basen en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto implica que el legislador, en el desarrollo de su actividad, puede disponer incorporar a las normas elementos que impliquen diferenciación en el tratamiento de los destinatarios de las mismas, siempre y cuando éstos obedezcan a criterios de valoración *relevantes*.

Por ello, si la diferenciación plasmada en una disposición es el resultado de una desigualdad verificada por el mismo legislador, la obligación de demostrar su razonabilidad o justificación constitucional incumbe precisamente a quien de-

fiende la ley. Es el legislador quien en todo caso debe demostrar en un proceso de inconstitucionalidad, que la decisión legislativa adoptada en los términos anteriores, no responde a criterios arbitrarios.

3. En ese sentido, la estructura de la presente decisión se encamina, en un primer momento, a establecer la naturaleza del tributo creado a partir de la LEFOVIAL (III); y, luego, determinar la relación del principio de igualdad con las exenciones tributarias (IV); y la consideración jurisprudencial sobre la exclusión arbitraria de beneficio (V); y, finalmente, constatar si existe o no la inconstitucionalidad por omisión parcial alegada por los demandantes (VI); y las consecuencias jurídicas del presente pronunciamiento (VII)".

### ELEMENTOS COMUNES DE LOS TRIBUTOS

"III. 1. En primer lugar, es necesario establecer los elementos comunes al tributo como género, pues la caracterización jurídica del mismo es determinante para delimitar las notas específicas de sus especies.

A. De acuerdo al art. 11 del Código Tributario, los tributos son obligaciones que establece el Estado, en ejercicio de su poder de imperio cuya prestación en dinero se exige con el propósito de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines. A partir de este concepto, pueden extraerse los elementos que lo componen: (i) en primer lugar, los tributos son obligaciones exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imperio; en definitiva, el elemento esencial del tributo es la coacción, manifestada especialmente en la prescindencia de una contraprestación voluntaria y espontáneamente realizada por el sujeto obligado; debido a este carácter coactivo, se hace necesario establecer un límite formal a la misma, el cual se traduce en el hecho que no puede haber tributo sin ley previa que lo cree; (ii) por otra parte, el tributo es una prestación en dinero. Es característico, en nuestra economía y en el ordenamiento jurídico, que la prestación tributaria sea en dinero, aunque ello no obsta para que en algún momento se establezca tributos en especie, pues basta con que dicha prestación sea pecuniariamente valuable y que concurren los otros elementos caracterizadores para que constituya un tributo; (iii) finalmente, los tributos tienen como finalidad la obtención de recursos destinados a cubrir los gastos que demanda la satisfacción de necesidades públicas. Sin embargo, este objetivo puede no ser el único; a veces, el tributo puede perseguir fines extrafiscales, o sea, ajenos a la obtención de ingresos. Así, están los aranceles aduaneros para la protección de la producción interna del país y de impuestos con fines de desaliento o incentivo de determinadas actividades privadas. En ese sentido, esta finalidad extrafiscal adicional no constituye la esencia jurídica del tributo, sino la utilización para objetivos económico-sociales de una herramienta de intervencionismo; es decir, el Estado puede recurrir a medidas tributarias para intervenir activamente en la economía nacional orientándola para generar beneficios a la comunidad".

### CLASIFICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

"B. Partiendo de las nociones antes apuntadas, la clasificación más aceptada por la doctrina y el derecho positivo de los tributos es la que los divide en impuestos, tasas y contribuciones especiales.

a. El *impuesto* es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad relativa al contribuyente. Elemento propio y de carácter positivo del impuesto es la ausencia de vinculación entre la obligación de pagar el impuesto y la actividad que el Estado desarrolla con su producto. A veces se le define como “el tributo exigido sin contraprestación”; esto significa que la nota distintiva del impuesto se identifica en el elemento objetivo del hecho imponible, en el que, a diferencia de las otras especies tributarias, no aparece contemplada ninguna actividad administrativa.

Así pues, se dice que el impuesto es un tributo no vinculado, ya que no existe conexión del obligado con actividad estatal alguna que se singularice a su respecto o que lo beneficie. Por ello, el hecho imponible consiste en una situación que, según la valoración del legislador, tiene idoneidad abstracta como índice o indicio de capacidad contributiva –v. gr., percibir una renta, poseer patrimonio, realizar un gasto–. En tal caso, la obligación tributaria es cuantitativamente graduada conforme a los criterios que se cree más adecuados para expresar cifras concretas, cuál será la dimensión adecuada de su obligación.

b. La *tasa* es un tributo cuyo hecho generador está integrado por una actividad o servicio divisible del Estado o Municipio, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente.

En efecto, de este concepto, podemos extraer las siguientes características de la tasa: (i) es una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio; (ii) debe ser creada por ley; (iii) su hecho generador se integra con una actividad que el Estado cumple y que está vinculada con el obligado al pago; (iv) el producto de la recaudación es exclusivamente destinado al servicio o actividad respectiva; (v) debe tratarse de un servicio o actividad divisible a fin de posibilitar su particularización; y (vi) la actividad estatal vinculante debe ser inherente a la soberanía estatal, es decir que se trata de actividades que el Estado no puede dejar de prestar porque nadie más que él está facultado para desarrollarlas –v. gr., administración de justicia, poder de policía, actos administrativos en sentido estricto–.

En relación con lo anterior, cabe resaltar que esta última característica de la tasa, es la que determina su esencia; es decir que las demás características pueden resultar comunes con otra clase de ingresos, pero la nota distintiva en el caso de las tasas es precisamente el hecho que debe haber una contraprestación realizada por el Estado o el Municipio que se particulariza en el contribuyente, y que dicha contraprestación no puede ser efectuada por un ente privado.

c. Las *contribuciones especiales*, por su parte, son los tributos que se exigen para la satisfacción de *intereses generales* mediante la realización de *obras o actividades especiales del Estado que conllevan a la vez ventajas y beneficios individuales o de grupos sociales*.

Este tributo se caracteriza por la existencia de un beneficio que puede derivarse tanto de la realización de una obra pública, como también de servicios o actividades estatales especiales. Precisamente, este beneficio es el criterio que determina la existencia del tributo, puesto que entraña una ventaja económica reconducible a un aumento de riqueza y, por consiguiente, indicativo de capacidad contributiva.



Sin embargo, conviene aclarar que esa ventaja opera como realidad verificada jurídicamente pero no fácticamente. En otras palabras, es irrelevante que el obligado obtenga o no, en el caso concreto, el beneficio, en el sentido de ver efectivamente acrecentado su patrimonio y en consecuencia su capacidad de pago.

Y es que, la ventaja, como criterio determinante de la existencia del tributo, sólo tiene eficacia en el momento de la redacción de la disposición que lo prevé. Es decir, en tal oportunidad el legislador “conjetura” que la obra, gasto o actividad pública procurará una ventaja al futuro obligado. Pero sí es imprescindible que el hecho que se tomó como productor del beneficio sea realmente idóneo para originarlo”.

#### LEY DEL FONDO DE CONSERVACIÓN VIAL CONSTITUYE UNA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

“2. Establecido lo anterior, corresponde ahora determinar el tipo de tributo que se crea a partir de la LEFOVIAL. Para ello, es necesario acudir al ordenamiento jurídico mismo, y verificar la estructura normativa establecida en el art. 26 de dicho cuerpo normativo, así como la finalidad prescrita en el art. 28 del mismo.

A. El art. 26 de la LEFOVIAL establece la contribución de conservación vial, delimitando claramente su hecho generador: la venta o cualquier forma de transferencia de propiedad de diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes; así como su monto: veinte centavos de dólar por galón de los productos mencionados; y los supuestos de exención: la gasolina de aviación y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses –sin perjuicio de los sujetos incluidos a partir de la Sentencia 12-VII-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 59-2003–.

De lo descrito anteriormente, pareciera delimitarse la estructura del tributo como impuesto, pues existe un hecho generador que, en principio, no parece tener relación alguna con la satisfacción de un interés general, ni la ejecución de obras o actividades especiales del Estado u otro ente público. De hecho, se prevé el ingreso de la recaudación de las contribuciones al Fondo General de la Nación.

B. Sin embargo, a partir del art. 28 LEFOVIAL en integración con los arts. 1, 2, 3, 4 y 5 de la misma ley, se deduce que la recaudación de esta contribución se destina a una finalidad específica: la conservación vial. Para tales efectos, el art. 28 de la LEFOVIAL, establece que la asignación anual del presupuesto general en el respectivo Ramo de Obras Públicas, se calculará con base al monto generado por la aplicación de lo dispuesto en el art. 26 de la misma ley.

En ese sentido, advertida la finalidad y el destino –al menos jurídico– de la recaudación de la contribución mencionada, la naturaleza del tributo en estudio se configura como una contribución especial, pues: (i) se exige para la satisfacción de una *interés general* –art. 2 LEFOVIAL–; (ii) su concreción se verifica en la *ejecución de obras* destinadas a preservar en forma continua y continuada el buen estado de las vías terrestres de comunicación –art. 3 LEFOVIAL–; (iii) la obra, gasto o actividad pública procura una *ventaja* al futuro obligado –la conservación de la Red Vial Prioritaria–; y (iv) a pesar de plasmarse su ingreso al Fondo General de la Nación, la asignación presupuestaria para el Fondo de Conservación Vial, se calcula con base en la *recaudación de la contribución* prescrita en el art. 26 LEFOVIAL.

En ese sentido, puede concluirse que *la naturaleza del tributo en comento es la de una contribución especial que se destina a la ejecución de diversas obras, para la conservación de la Red Vial Prioritaria*”.

#### HECHO GENERADOR COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL TRIBUTO

“IV. 1. Sobre las exenciones, es preciso afirmar que las disposiciones jurídicas que establecen tributos determinan quiénes se encuentran en la obligación –definida en la misma ley– de pagar una cantidad de dinero al Estado o a otro ente público en concepto de tributo, a verificarse el hecho generador de la obligación tributaria.

A. En un plano normativo, el hecho generador se plantea como el presupuesto de hecho o hipótesis de la norma, con las características de generalidad y abstracción propias de cualquier presupuesto de hecho normativo, y comprende tres funciones importantes en el establecimiento de la obligación tributaria: (i) como génesis de la misma; (ii) como identificador de cada tributo; y (ii) como índice o concreción de capacidad económica.

Puesto que la caracterización del tributo se agota en su definición como obligación *ex lege*, el hecho generador aparece como el presupuesto de hecho a cuya verificación se conecta la ley con el nacimiento de la obligación de pagar un monto determinado. Asimismo, el hecho generador es utilizado para configurar cada tributo, no sólo en el sentido de diferenciar cada categoría tributaria –impuesto, tasa o contribución especial–, sino en el de cada concreta figura de tributo –impuestos directos, impuestos indirectos, reales o personales, entre otras clasificaciones–, que se diferencian entre sí con base en su hecho imponible. Además, la definición legal del tributo se conecta con los principios constitucionales, si el hecho generador cumple su función como índice de capacidad económica, pues el legislador ve limitada su discrecionalidad en la creación de hechos imponibles que no sean reveladores de capacidad económica”.

#### HECHO IMPONIBLE

“B. El hecho imponible presenta, además, una estructura en la cual pueden diferenciarse varios elementos. Uno de ellos, de carácter material, es el objeto del tributo, explícitamente incorporado en la definición del hecho imponible, y que se constituye a partir del propio hecho, acto, negocio o situación que se grava. Así también se encuentran los elementos temporales y espaciales, que delimitan los ámbitos de exigibilidad tributaria. Por su parte, el elemento subjetivo se conforma a partir del sujeto que resulta gravado una vez haya realizado el hecho generador. Es decir, el sujeto que guarda relación con el hecho que la ley ha prefijado para considerarlo su obligado”.

#### DERECHO A LAS EXENCIONES TRIBUTARIAS

“2. A. En relación con lo anterior, la exención tributaria tiene lugar cuando la disposición tributaria contempla que en determinados supuestos, previstos ex-

presamente en ella, no obstante producirse el hecho generador, no se desarrolle su efecto principal: el deber de pagar el tributo. Es decir, constituye un efecto de ciertos supuestos incluidos en el ámbito del hecho generador, cuya realización y no obstante ella, no da lugar al surgimiento de la obligación tributaria de pago, constituyendo, pues, una excepción a los efectos normales derivados de la realización de aquél.

El mecanismo jurídico para que esto ocurra se verifica con la concurrencia de dos disposiciones tributarias en sentidos contrapuestos: la primera, la que define el hecho imponible y le asocia el efecto del nacimiento de la obligación tributaria; la segunda, la de exención, que enerva los efectos de la anterior, disponiendo que no se desarrollen tales respecto de determinados sujetos que realicen el hecho imponible –exención subjetiva– o impidiendo que se apliquen a determinadas situaciones que pudieran incluirse en el hecho generador –exención objetiva–.

B. Entre tributo y exención se da, desde esta perspectiva, una relación de simetría, constituyendo dos fenómenos antagónicos y opuestos. Por un lado, la articulación de tributos generales, cuyo hecho generador se formula lo más ampliamente posible, para abarcar en su integridad todos aquellos casos concretos subsumibles en la generalidad de la norma. Y por otro, la exención como especie de un género más amplio de incentivo o beneficio fiscal, que se traduce en una norma de favor que pretende, ya sea la anulación del efecto del hecho generador o la reducción de la carga tributaria a ciertos sectores.

En ese sentido, el efecto que deriva de la producción del presupuesto de hecho de la exención es el hacer nacer para el correspondiente sujeto el derecho a que el tributo le sea aplicado, teniendo en cuenta la norma de exención. Es decir, que de la realización del presupuesto de hecho de la norma de exención se deriva un derecho, de manera análoga a como de la realización del hecho imponible se deriva una obligación”.

#### BENEFICIOS FISCALES RELACIONADOS CON UNA ACTIVIDAD GRAVADA DEBEN PROCURAR UN TRATO EQUIVALENTE EN CONDICIONES SIMILARES

“3. En cuanto a las relaciones entre las normas de exención y los principios constitucionales que delimitan el poder tributario, debe tenerse en cuenta que las finalidades que motivan el beneficio fiscal en estudio no debe obedecer a fines arbitrarios, sino compatibles con los valores propios del ordenamiento constitucional, sobre todo respecto de las exigencias que derivan del principio de igualdad.

A. En efecto, el principio de igualdad se encuentra estrechamente relacionado, pues si bien ampara por sí mismo ciertas diferenciaciones entre los diversos supuestos concretos que son susceptibles de integrarse en el hecho imponible, a veces las exenciones –que operan como técnicas desgravatorias– pueden matizarse para ciertos sectores. Siendo la exención el efecto ligado por la disposición tributaria a determinados modos de realización del *hecho imponible*, es obvio que su nacimiento deba asociarse a éste, de igual manera que si se verifica la modalidad gravada surge de él la obligación tributaria. Ello se evidencia en los

casos de exenciones de estructura simple, en los que el hecho exento consiste en el propio hecho imponible cualificado por alguna *circunstancia* que afecta a alguno de sus elementos. En tal caso, si en la realización del hecho imponible concurren esas circunstancias cualificadoras, se adquiere la exención, y si no se hallan presentes, surgirá la obligación.

B. Por tanto, las consideraciones legislativas que otorguen beneficios o incentivos fiscales, particularmente relacionados con una actividad gravada, deben ser respetuosas de que, en condiciones similares, se dé un trato equivalente; o que se dé, de forma deliberada y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados, bajo criterios estrictamente objetivos y razonables”.

#### PRINCIPIO DE IGUALDAD PERMITE LA DIFERENCIACIÓN BASADA EN CRITERIOS RAZONABLES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DESIGUAL

“4. Y es que, aunque sea el principio de igualdad aplicable para el goce de los demás derechos constitucionales, perfectamente el legislador puede hacer diferenciaciones, pero basadas en criterios razonables que justifiquen el trato desigual.

Siendo el legislador quien establece hasta qué punto las diferencias reales deben ser consideradas susceptibles o no de un tratamiento igual, una formulación de la ley que implique un tratamiento desigual solamente va a estar justificada por la existencia de una razón deducida precisamente de la realidad, es decir, de las mismas diferencias fácticas que colocan a un sujeto fuera del rango de homogeneidad que puede ser susceptible de igual tratamiento.

En efecto, como la mayoría de derechos y principios constitucionales, el de igualdad no es absoluto, sino que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Lo que está rotundamente prohibido, desde un punto de vista constitucional, es el tratamiento desigual carente de razón suficiente: la diferenciación arbitraria, la cual existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable o justificable que sea concretamente comprensible.

De hecho, cuando una cuestión es examinada por supuesta violación al principio de igualdad, se consideran los fines perseguidos y las disposiciones dictadas, los motivos considerados para diferenciar, el ámbito de diferenciación, y la regulación en que ello se traduce, y se exige que cada diferenciación *se deba a un motivo real*, no común a otros supuestos que se regulan de distintas maneras y que haya *congruencia entre motivos y normas*”.

#### INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

“V. La construcción de un sistema jurídico que dé eficaz respuesta a la compleja realidad actual, se muestra como una ineludible exigencia de la lógica del Derecho. Esa necesidad obliga a plantear nuevos retos, uno de ellos es la inconstitucionalidad por omisión.

1. A. La eficacia es uno de los postulados lógicos de toda norma jurídica, pues éstas no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno

del ordenamiento, sino que se originan con la sólida intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad y, de esta forma, cumplir con su *ratio essendi* principal, al regular de modo real la convivencia. En esa misma idea, los constituyentes recogen una serie de aspiraciones y anhelos, un conjunto de valores e ideas que se traducen en normas jurídicas y en un determinado contenido material de la Ley Suprema. Esta labor tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación.

B. Ello es perfectamente compatible con el reconocimiento de que no todos los artículos de la Constitución poseen igual significación y protagonismo, al margen de exigir distinta intensidad de desarrollo. De hecho, bajo el modelo del Estado actual, los textos constitucionales contienen una serie de *mandatos* que requieren por parte de los órganos públicos actuaciones concretas de muchos tipos –legislativas, administrativas, promocionales, jurisdiccionales, de prestación, entre otras–, y si esas actuaciones no se llevan a cabo, la Constitución podría verse vulnerada.

En efecto, la existencia de “normas incompletas” se traduce en una serie de órdenes al legislador, que éste debe cumplir. Tales normas, designadas por la doctrina como normas de eficacia limitada, o mandatos al legislador, que no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino que son verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su plenitud aplicativa.

C. Pese a esa diversidad de normas constitucionales, ante su infracción, sea por acción o por omisión, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa, porque de otra forma estaríamos permitiendo la violación sin consecuencias, lo cual sería tanto como aceptar que la Constitución es cualquier cosa, menos norma jurídica.

De hecho, la supremacía constitucional no sólo se limita a convertir a la norma básica en referente negativo, como frontera que no puede ser traspasada, sino que también provoca que el proyecto que los constituyentes reflejaron en su obra sea de obligatorio cumplimiento. La falta de realización de semejantes obligaciones es también una violación a la supremacía constitucional al colocar a los poderes ordinarios o constituidos en el mismo nivel de la Ley Suprema, quienes tendrían la opción de cumplirla o no.

Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la *norma normarum* repercute de manera positiva en la finalidad de asegurar el real cumplimiento de la voluntad del Poder Constituyente, voluntad que no se plasma solamente en prohibiciones, sino que también encuentra su reflejo en *obligaciones de hacer*, para cuya efectividad está diseñada la inconstitucionalidad por omisión.

2. Sin embargo, vale aclarar que la inconstitucionalidad por omisión es un concepto que, con frecuencia, se conjuga y traza límites mutuos con la libertad de configuración del legislador. Pues no debe perderse de vista que el Legislativo tiene atribuida –entre otras– la competencia de configurar o de conformar las disposiciones de la Constitución; pero ello no significa una suerte de cheque en blanco o que las disposiciones constitucionales sean normas en tanto que sean desarrolladas por el legislador.

A. Esa libertad de configuración legislativa se identifica con la facultad de escoger el contenido de las leyes entre un amplio número de alternativas de acción, mediante las cuales concreta los enunciados constitucionales y regula la vida política de una comunidad jurídicamente organizada. Esta concreción es importante –aunque no imprescindible– para que la fuerza normativa de la Constitución pueda desplegarse sobre los particulares y sobre los demás poderes públicos y para que, de este modo, pueda transformar la realidad normada buscando su acomodo a la Ley Suprema.

B. Pero, como se ha afirmado, la atribución al Legislativo de la competencia para desarrollar la Constitución, no significa que las disposiciones de ésta no sean directamente aplicables. El cumplimiento de los enunciados constitucionales puede exigirse en todo caso, antes, durante y después de la expedición de las leyes que los configuran, los desarrollan o los restringen.

En ese sentido, si bien la legislación secundaria es actualización de la Constitución, en tanto que mediante ella se concretan los estándares normativos derivados del texto constitucional –marco de posibilidades de las cuales dispone el legislador en cada momento histórico–, ello no significa que la intervención legislativa pueda contrariar o ir más allá de ese marco de posibilidades que la misma Constitución habilita”.

#### MÉTODO ITALIANO PARA DETERMINAR CUÁNDO SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

“3. De la equiparación entre principio de igualdad y exigencia de razonabilidad o, como también se dice frecuentemente, interdicción de la arbitrariedad, deriva el problema de determinar si la razonabilidad requiere o no prueba y, en caso afirmativo, quién tiene la carga de ésta. En este punto puede ser ilustrativo el método seguido por la Corte Constitucional italiana, para determinar cuándo se infringe el principio de igualdad (Suay Rincón):

A. En primer lugar, averiguar la finalidad real de la norma impugnada en donde la búsqueda de la finalidad de la norma estará en función del fin objetivo y el fin subjetivo. El tribunal no se satisfará con tomar nota de la finalidad que la norma declara perseguir (fin objetivo), sino que dilucidará si esa es, en efecto, su finalidad verdadera, lo que remite el problema de investigar la voluntad del legislador (fin subjetivo); si ambas son iguales, el Tribunal Constitucional habrá encontrado la finalidad real de la norma. Se presume por tanto, que la verdadera finalidad de la norma es la que ésta declara perseguir, pero dicha presunción cesa cuando existen síntomas suficientes (deducidos de la investigación sobre el fin subjetivo) para pensar que la finalidad real es otra.

B. En segundo lugar, comprobar si esa finalidad perseguida protege un interés constitucionalmente relevante, donde habrá de verificarse si ésta se encuentra conectada con la finalidad de la norma, siendo éste el único modo y caso en que el interés protegido por la norma podrá prevalecer sobre el interés constitucional de igualdad. Es difícil comprender que la desigualdad de trato que una norma establezca no puede ser justificada por una finalidad cualquiera; lo primero que a tal finalidad se exige es que protege (a través de la diferencia

de tratamiento) un *interés constitucionalmente relevante*; entendiéndose como tal, precisamente aquel que se encuentra amparado por la propia Constitución. Sobre este punto, Agro señala que en Italia, una vez determinado el fin perseguido por la ley, la Corte, implícitamente, valora su correspondencia con los intereses tutelados en la Constitución, y cuando falta esa correspondencia entre el fin perseguido y el interés constitucional, debe declarar la inconstitucionalidad del acto legislativo por violación al principio de igualdad.

C. En tercer lugar, enjuiciar si la norma objeto de impugnación es el medio adecuado para la satisfacción del fin perseguido. Siendo obligatorio este enjuiciamiento en dos casos: (i) cuando la ley utiliza como criterio de diferenciación alguna de las consideraciones expresamente prohibidas en la Constitución italiana, v. gr. la edad, el sexo y la lengua, raza, religión u opiniones políticas, en donde el juicio de proporcionalidad se realiza siempre y la presunción de inconstitucionalidad se invierte (presunción de inconstitucionalidad) y variará según el criterio empleado; (ii) cuando la ley persigue una finalidad igual a la perseguida por otra norma, sin que, aparentemente, se adviertan exigencias objetivas secundarias que puedan justificar su existencia en el ordenamiento jurídico.

En otras ocasiones, se entiende que la elección del medio es competencia discrecional del Legislativo, por lo cual en algunas ocasiones ni siquiera entra en esta fase. Esta situación es referida al *self restraint* que consiste en la autolimitación por la Corte de su propia competencia para ejercer el control y es utilizada con frecuencia en las normas que tipifican hechos delictivos, que regulan la medida de una pena, o que se refieren al ejercicio de la potestad tributaria.

4. Lo anterior inevitablemente se encuentra conectado con lo que la doctrina alemana denomina *exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio (willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss)*, la que se encuentra caracterizada por el establecimiento de discriminaciones infundadas entre individuos o grupos, que abre la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas que tengan carácter relativo; como sería considerada, por ejemplo, una disposición legal que reconociera ciertos derechos a un determinado grupo de ciudadanos en vez de al conjunto de la ciudadanía, con violación por tanto del principio de igualdad.

Este instituto encuentra en buena medida su razón de ser en el nuevo perfil, en la nueva caracterización que los códigos constitucionales presentan en nuestro tiempo. Las constituciones han aplicado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución de bienestar social y económico. En definitiva, las leyes fundamentales han asumido, globalmente consideradas, una función transformadora de la sociedad, no se resignan a su dimensión estática, sino se plantean objetivos útiles en la anticipación del futuro.

La omisión por tanto, también puede ser materialmente inconstitucional, puesto que no sólo la ausencia de regulación en los supuestos referidos puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, lo cual caería dentro de la categoría de omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria.

La caracterización material del comportamiento omisivo del legislador está en la misma base de la distinción tradicional entre omisiones “absolutas” y “relativas”, formulada por Wessel, para quien existe la primera cuando falta cualquier norma aplicativa del precepto constitucional, mientras que la segunda deriva de una actuación parcial que disciplina sólo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad”.

#### EXCLUSIÓN ARBITRARIA DEL BENEFICIO FISCAL A LA GENERACIÓN DE ENERGÍA Y CUALQUIER VEHÍCULO ACUÁTICO

“B. Hemos observado en el considerando anterior cómo la doctrina, en forma sencilla, describe el examen normativo partiendo del supuesto en que una ley, al regular unos supuestos determinados, omite otros que deberían ser objeto de regulación por su analogía con los anteriores y para lo cual, obviamente si existe un tratamiento diferente, debe justificarse y razonarse.

Además, es general en la doctrina señalar que el juicio de igualdad que recae sobre una pluralidad de elementos está referido a los *términos de la comparación*. La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles.

2. A. En el caso del FOVIAL, se puede considerar que el legislador partió de dos supuestos importantes: (i) el uso de la red vial y su ulterior mantenimiento, cuya contribución la deben hacer aquellos que consumen *diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes* que realicen importadores o refinadores, con la excepción de la gasolina de avión en cuyo caso los aeropuertos exigen una tasa por el uso de la pista; (ii) aquellos que utilizan la red vial pero que tienen un tratamiento especial por mediar una finalidad social: los autobuses del servicio colectivo que utilizan diesel subsidiado del servicio colectivo, cuyos propietarios son empresarios privados a quienes se les exime de la contribución para que ésta no sea trasladada a los usuarios.

Este tribunal se circunscribirá al primero de los supuestos, por tratarse de una excepción similar a la planteada en la pretensión, siendo los *términos de comparación* que permiten averiguar la infracción o no del principio de proporcionalidad: *la medida o resolución que adopta la autoridad competente, y del otro, el fin perseguido de acuerdo a la legalidad*.

B. Así, la finalidad perseguida por la disposición es que, por su misma naturaleza, la gasolina de avión y su uso queda excluida del uso de la red vial porque su consumo es en un transporte totalmente fuera de ella, lo cual justifica el medio empleado en la ley en relación con el fin de la no afectación económica de ciertos grupos que no se incluye en la generalidad de personas que usan la red vial.

Con ello, no se afecta el interés general ni se restringen derechos fundamentales, y es un *interés constitucionalmente* relevante el hecho de establecer un criterio de diferenciación en el tratamiento de la ley para aquellos que están totalmente fuera de los supuestos de la disposición y que en atención a la justicia son sujetos excluidos del tratamiento generalizado; además, es claro que el *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produce es una situación



jurídica concreta en la que se encuentran otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos.

Consecuentemente, existe una exclusión arbitraria de beneficio –por parte del legislador– del sector que se dedica a las actividades de generación de energía y cualquier vehículo acuático, a quienes no se les benefició con las exenciones que otorga la LEFOVIAL a la gasolina de aviones, omisión del legislador que es manifiestamente inconstitucional.

VII. Esta situación ya ha sido valorada por esta Sala en la sentencia de 12-VII-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 59-2003, en la que se constató la violación al principio de igualdad, en tanto que el beneficio fiscal prescrito no incluía a un sector que mereció la misma consideración legislativa.

Asimismo, se afirmó que este Tribunal está obligado a establecer una eficaz protección de los derechos fundamentales por su papel de guardián de la constitucionalidad, para lo cual, ante la violación de uno de los derechos consagrados en la Constitución tendrá que hacer uso de los mecanismos que franquea la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Ello incluye la introducción de mecanismos novedosos para sentenciar la inconstitucionalidad que produce una inconstitucionalidad por omisión parcial.

En el presente caso, debemos partir de la situación *sui generis* en la que el legislador, como hemos apuntado *supra*, ha realizado una exclusión arbitraria de beneficio que conlleva dos situaciones: (i) la violación al principio de igualdad; y (ii) la generación de una inconstitucionalidad por omisión. La solución más atinada será, lógicamente declarar inconstitucional la disposición sujeta a este examen de constitucionalidad y “reconstruirla” sustituyéndola por la otra. En consecuencia se establece que el art. 26 de la LEFOVIAL vulnera el art. 3 Cn., siendo inconstitucional su contenido y así deberá declararse en la parte resolutive de esta sentencia”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 66-2005/4-2006 de fecha 15/02/2012)*

## **FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA**

### **DECRETOS QUE NO REÚNEN CARACTERÍSTICAS DE GENERALIDAD Y ABSTRACCIÓN PUEDEN SER OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

“1. Dadas las peculiaridades del objeto de control, merece la pena reseñar algunas consideraciones sobre las razones jurídico-normativas que habilitan el conocimiento de su control de constitucionalidad.

En efecto, no hay que perder de vista que –como se afirmó en las Sentencias de 5-VI-2012, Incs. 19-2012 y 23-2012– se trata del control de constitucionalidad de un Decreto Legislativo que no reúne los caracteres de generalidad y abstracción propios de las leyes materiales. Sin embargo, también debe reafirmarse que dicha característica no excluye a este tipo de decretos del análisis del cumplimiento de las exigencias constitucionalmente previstas para su adecuada emisión.

La Sala de lo Constitucional debe interpretar y aplicar los mecanismos procesales de los que dispone para evitar que la Constitución sea vulnerada por el

comportamiento de los Órganos y entes públicos, ya que como tales están subordinados a la fuerza normativa de la Constitución –Resolución de 24-IX-2003, Inc. 15-2003–.

Aunque no contengan pautas de conducta generalizables mediante normas jurídicas impersonales y abstractas, los actos de aplicación directa de la Constitución sí constituyen normas individuales, cuya regularidad jurídica está claramente determinada en el art. 77-A inc. 2° L.Pr.Cn.; tal es el caso de los actos concretos de elección de segundo grado, que por tener trascendencia constitucional están sujetos al control de esta Sala.

Si bien el acto que se impugna en el presente proceso no goza de las características de generalidad y abstracción, lo cierto es que no puede excluirse del concepto de *objeto de control constitucional*, ya que lo contrario implicaría admitir la existencia de actuaciones de los funcionarios públicos que devenirían en zonas exentas de control, con el consecuente desconocimiento de la Constitución.

Precisamente, porque no se pueden dejar zonas exentas de control constitucional, este Tribunal ha afirmado su competencia y ha fallado en casos como los Acuerdos de creación de Comisiones Especiales de Investigación invalidados en las Sentencias de 1-XII-1998, 11-XI-2003 y 10-VI-2005, Incs. 16-98, 17-2001 y 60-2003, respectivamente; y las elecciones relativas al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y a un Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, que fueron juzgadas en los procesos de Incs. 2-99 y 7-2011, en ese orden. También se declaró la inconstitucionalidad del Decreto por el que se nombró a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por medio de las Sentencias de 5-VI-2012, Incs. 19-2012 y 23-2012”.

#### ATRIBUCIONES Y FUNCIONES PÚBLICAS DELIMITADAS POR LA LEGALIDAD Y RACIONALIDAD IMPUESTA POR EL INTERÉS GENERAL

“III.1. Si una *institución* engloba un conjunto de atribuciones y competencias, mediante una esquema de disposiciones y principios que dotan a un ente de cierta personalidad jurídica –la del Estado o propia– y capacidad financiera –patrimonio funcional– para la consecución de un interés público, *la efectividad y racionalidad de las instituciones no puede quedar librada a la falibilidad del funcionario titular.*

El ordenamiento jurídico y los fines de las instituciones son el primer condicionamiento en el ejercicio de sus cargos públicos de dirección. Con esta noción adquiere un sentido más preciso la prescripción constitucional contenida en el art. 86 inc. 3° Cn., según la cual “[l]os funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”.

2. A. Ahora bien, las disposiciones que atribuyen competencias operan como *prescripciones habilitantes condicionadas por la verificación de los elementos materiales precisos que la misma Constitución requiere para activar la competencia.*

En ese contexto condicionado, las atribuciones y competencias no constituyen “derechos” o “privilegios” de los funcionarios que desempeñan cargos pú-

blicos de dirección, ni implican permisos ilimitados que les concedan dominio absoluto de la institución a la que representan.

B. Así, debe resaltarse que los funcionarios públicos están llamados a cumplir una función propia, institucional, de servicio a los intereses generales con objetividad. Buena muestra de ello es el caso del Fiscal General de la República, ya que, según el art. 193 ord. 1° Cn., a él le corresponde defender los intereses de la sociedad.

La designación de funcionarios debe hacerse con la finalidad de garantizar que las personas electas sean idóneas, tanto en su competencia como en su moralidad, para cumplir con las atribuciones u obligaciones asignadas –según un determinado cargo público–, para realizar el interés general y efectivizar los derechos fundamentales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la garantía de una mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos reside en la profesionalidad y ejercicio ético de los funcionarios públicos y de los recursos humanos al servicio de la Administración pública. En razón de ello, para el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas, es necesaria la exigencia de una cualificación profesional precisa para el desempeño de los cargos correspondientes, lo que implica que los requisitos de acceso al cargo garantizan la profesionalidad mediante la utilización de criterios de moralidad y competencia, situación que a su vez hace posible el nivel de confianza requerido en cada caso por la naturaleza de la función.

C. En consecuencia, el funcionario público profesional delineado por la Constitución postula las garantías del ejercicio independiente de las funciones de cada institución, pero delimitadas por la *legalidad y racionalidad* que impone el interés general que subyace en la competencia que se atribuye. Ciertamente, el pueblo, mediante la Constitución, concede cada competencia a sus delegados o representantes para la consecución material de un bien constitucionalmente prescrito como relevante –v. gr., administrar justicia, crear políticas públicas, satisfacer necesidades básicas, fiscalizar el gasto público, ejercitar la acción penal, desarrollar procesos electorales, etc.–

Esa racionalidad se persigue y garantiza a través del carácter personalista del Estado –art. 1 Cn.–, el principio de legalidad y constitucionalidad –arts. 86 inc. 1° y 235 Cn.–, la primacía del interés general sobre el particular –art. 246 inc. 2° Cn.–, el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo –art. 83 Cn.– y el carácter pluralista del sistema político –art. 85 inc. 2° Cn.–. Con esta interacción de principios se pueden lograr los equilibrios institucionales necesarios para que el desempeño de la función pública sea coherente con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Justamente, uno de los funcionarios públicos al que la Constitución le concede competencia para la consecución material de un bien es el Fiscal General de la República, funcionario que forma parte del Ministerio Público –art. 191 Cn”.

#### AUTONOMÍA ORGÁNICA Y FUNCIONAL CON VINCULACIÓN DIRECTA A LA LEGALIDAD

“3. La FGR es una institución encargada de cooperar en la “administración de justicia”, velando por el interés del Estado, de la sociedad y los particulares

mediante el ejercicio de la “acción de la justicia en defensa de la legalidad”. De ahí que nuestra Constitución la erija como una institución constitucional con autonomía *orgánica y funcional*.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 193 Cn., las funciones constitucionales de la FGR son: (i) la representación jurídica del Estado y sus intereses en los ámbitos públicos y privados; (ii) la defensa de los intereses de la sociedad; (iii) la defensa de la justicia y legalidad de oficio o a petición de parte; (iv) en materia criminal, la investigación de los hechos punibles –con la colaboración de la Policía Nacional Civil– y la promoción de la acción penal de oficio o a petición de parte; en este ámbito se agrega, además, la persecución y enjuiciamiento de los responsables de atentados contra las autoridades y desacato; (v) el nombramiento de comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones; y (vi) desarrollar su propia organización administrativa interna.

En ese orden de ideas, el Fiscal está vinculado a la legalidad en una doble dimensión: (i) el deber actuar *de conformidad con la legalidad*; y (ii) *el deber de actuar en defensa de la legalidad*.

La defensa pública de la legalidad, que ejerce la FGR, debe entenderse como instrumento para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común –art. 1 inc. 1° Cn.– Justamente, *la defensa de la legalidad desde estos fines de la actividad del Estado, es la que explica y justifica todas las intervenciones procesales del funcionario en cuestión ante los distintos tribunales, con respecto a los cuales se detalla dónde debe actuar y los intereses fundamentales que debe defender en el país*.

Como se observa, la FGR es una institución constitucional con autonomía relevante para el Estado de Derecho, razón por la cual es necesario aludir a las garantías constitucionales que buscan preservar ese equilibrio institucional en la distribución de atribuciones y competencias, entre las cuales se encuentra la *independencia o autonomía orgánica externa del Fiscal General de la República*. Para lo que al presente caso interesa, debe resaltarse solamente algunas de sus manifestaciones.

4. La autonomía orgánica del Fiscal General de la República tiene por finalidad asegurar la pureza de los criterios técnicos –especialmente el sometimiento a la legalidad– que van a incidir en la ejecución de las funciones que prescribe el art. 193 Cn.

Justamente, dentro de ese esquema, *la manera de designar a la persona que fungirá como Fiscal General de la República también incide en la autonomía funcional de este*. A pesar de que la demostración empírica resulte inadecuada en la línea argumental que se desarrolla, no se puede obviar que la vocación de dicha afirmación es establecer la conexión entre el sistema de elección del Fiscal General con el máximo grado de capacidad y profesionalismo de la persona electa, ya que se trata del abogado del Estado y de la sociedad.

Por tanto, la titularidad de la institución en cuestión entraña la existencia de *procedimientos adecuados que transparenten los criterios de selección y objetiven el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad, moralidad y competencia notorias*, con el fin de asegurar el ejercicio imparcial e independiente de la función fiscal. La verificación y comprobación documentada de los ante-

riores requisitos constitucionales, le compete exclusivamente al Órgano elector –Asamblea Legislativa–, y no a este Tribunal.

5. Aunado a lo anterior, es preciso retomar dos elementos esenciales, dinámicos y sucesivos que robustecen la autonomía orgánica externa de la FGR: (i) la legitimidad derivada en el nombramiento del Fiscal General; y (ii) la obligación legislativa de documentar la objetiva idoneidad del candidato a la titularidad de una de las instituciones del Ministerio Público que resulta electo; aspectos relacionados con los motivos de inconstitucionalidad mencionados por el actor de este proceso”.

#### ELECCIONES INDIRECTAS LEGITIMADAS POR LOS POSTULADOS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

“V. 1. A. *La legitimación de los funcionarios públicos que resultan de elección popular, se origina en el sufragio que emiten los ciudadanos.*

En El Salvador, las elecciones de los gobernantes se realizan por dos vías: (i) *elección directa o de primer grado*, en la que se elige a los representantes por medio de una votación directa –Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN y Concejos Municipales–; es decir, casos en que *los electores participan de manera inmediata en la designación de los funcionarios del Gobierno*; y (ii) *elección indirecta o de segundo grado*, que implica que los ciudadanos designan a sus representantes, quienes a su vez eligen a otros funcionarios para el ejercicio de determinados cargos.

La elección de segundo grado es antecedida por otra, en este caso de un cuerpo de elección popular, el cual cuenta con atribuciones para designar a otros representantes, siendo esta clase de elección la relevante para el tema que ahora nos ocupa. La designación indirecta de funcionarios –por tanto– puede realizarse: (i) por medio de nombramiento efectuado por el Presidente de la República; y (ii) mediante elección realizada por la Asamblea Legislativa. En la presente decisión solamente interesa abordar el segundo modo de designación de funcionarios.

Además de reducir el número de electores mediante votaciones escalonadas en estratos o grupos cada vez más pequeños, este tipo de elecciones indirectas exige del Legislativo *mejores criterios de selección y un mayor grado de reflexión y verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales, en la designación de los funcionarios.*

B. De ahí que *la legitimidad de los funcionarios de elección indirecta deriva de los postulados de la democracia representativa*, en el sentido que en la Asamblea Legislativa existe una pluralidad democrática en la que se encuentran representados los diversos sectores de la sociedad.

Sobre las elecciones indirectas, este Tribunal ha expresado que los funcionarios que desempeñan estos cargos –a los que se accede en virtud de haber sido electos por la Asamblea Legislativa– están investidos de poder de mando y de decisión, y les corresponde cumplir con las funciones públicas específicas para las que han sido elegidos dentro de las atribuciones y competencias que les confieren la Constitución y las leyes, con prevalencia del interés público o general sobre el interés particular, art. 246 Cn.

El deber de obediencia para este tipo de funcionarios responde únicamente al principio de legalidad acorde con el de constitucionalidad, independientemente de los partidos políticos que hayan alcanzado el consenso para designarlos –Sentencia de 26-VI-2000, Inc. 16-99–.

Como se observa, *los funcionarios de elección indirecta son también delegados del pueblo, por lo que no es posible entender que cambia la naturaleza de la elección cuando el pueblo se expresa por medio de sus representantes.*

La elección de estos funcionarios se refiere al ejercicio de una función de la Asamblea Legislativa que le confiere legitimidad a la misma por su carácter plural y representativo. La legitimidad democrática no se pierde por la distinta forma de elección en que el electorado se manifiesta –ya sea directa o indirectamente–. Tampoco la relevancia de las atribuciones y competencias que a cada Órgano se atribuye, se deslegitima en virtud del carácter derivado del nombramiento del titular que dirigirá la institución de que se trate. Esto es así, porque el poder es uno solo y se ejerce por medio de Órganos que se controlan recíprocamente. Interpretar lo contrario significaría que la Asamblea es un supra poder, al cual el resto debe dejar de controlar simplemente por el modo de designación que prescribe el art. 131 ord. 19° Cn.

Por tanto, es incoherente considerar que exista un primer Órgano del Gobierno al cual estén subordinados los demás, pues ello desnaturalizaría el Estado Constitucional de Derecho, el principio fundamental de la división de poderes y el carácter republicano consagrado en la Constitución, art. 85 inc. 1° Cn”.

#### FUNCIÓN PRINCIPAL DE LOS PROCESOS ELECTORALES ES GENERAR PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DEL SUFRAGIO

“2. De igual manera, conviene recordar que en el inicio de todo proceso electoral está el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante funcionarios electos libremente en los procesos electorales, lo cual evidencia que los representantes dan efectividad al derecho de los electores, mediante la actualización del consenso y el dinamismo de la representatividad que los resultados electorales generan en las instituciones –Sentencia de 13-V-2011, Inc. 7-2011–.

En relación con este aspecto, este Tribunal ha sostenido que por medio de los derechos políticos, estrictamente el sufragio, se asegura al ciudadano la posibilidad directa de influir y acceder a la organización del Estado, por medio de la elección y nombramiento de funcionarios, y ser determinante en la adopción de las políticas de Estado –Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004–.

Así, una de las funciones principales de los procesos electorales es la generación de participación política, pues posibilita, por un lado, *que el electorado exprese sus preferencias políticas*; y, por el otro, que la representación lograda refleje el pluralismo de la comunidad en el seno de las instituciones públicas – Sentencia de 24-IV-2011, Inc. 11-2005–.

En la última sentencia relacionada, también se afirmó que el sufragio –expresión del poder electoral de la ciudadanía– asume la función principal de *determinar la elección y nombramiento de las personas que han de ejercer el poder del*

*Estado en representación del pueblo*, del cual deviene el carácter legítimamente representativo de las autoridades.

De igual forma, *el sufragio permite reflejar el rechazo tácito de otras ofertas electorales que no satisfacen sus expectativas*, idea central de toda democracia que garantiza la última palabra al electorado en el traslado de la responsabilidad política hacia los funcionarios electos por voto popular, así como a los funcionarios de elección de segundo grado electos por aquellos”.

#### ELECCIONES INDIRECTAS DEBEN HACERSE EN SINCRONÍA TEMPORAL CON EL RESULTADO DE LAS ELECCIONES PARLAMENTARIAS

“En consecuencia, las elecciones de segundo grado deben hacerse en concordancia con el sistema *democrático representativo* y con respeto a la *voluntad del electorado* expresada en las urnas de la elección parlamentaria más reciente. Esto debe llevarse a cabo hasta que los Diputados electos ostenten la capacidad para trasladar su legitimidad democrática a los funcionarios que les corresponde elegir, pues de lo contrario *se tergiversaría la voluntad del electorado consolidada con el resultado de las elecciones, al permitir que la legislatura saliente altere la sincronía del sistema de frenos y contrapesos mediante la elección secundaria de un órgano con el que no coincidirá temporalmente*.

En resumen, *el ejercicio constante del sufragio debe interpretarse sistemáticamente con los periodos de ejercicio de las atribuciones de los funcionarios de elección de segundo grado, que la Constitución también articula cronológicamente con los periodos legislativos*. De lo contrario, el elector no tendrá esa capacidad de decisión e incidencia que el derecho fundamental al sufragio le concede para otorgar legitimidad democrática mediante la representación política de los funcionarios de elecciones indirectas –art. 86 inc. 3° Cn”.

#### DOBLE FINALIDAD DE ELECCIÓN DEL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA POR UN PERÍODO DE TRES AÑOS

“b. Es preciso señalar que el art. 192 incs. 1° y 2° Cn. es una disposición relativa al Fiscal General de la República que prescribe su elección y el período en que el elegido dura en el cargo, en relación con el cual el criterio gramatical y el teleológico son insuficientes para identificar, desde un punto de vista objetivo, su finalidad, por lo que debe acudir al criterio sistemático.

Así, la disposición precitada debe interpretarse sistemáticamente, por una parte, con el principio de independencia o autonomía fiscal –una de cuyas garantías es la estabilidad en el cargo por el período para el que el Fiscal General es electo–; y, por otra, con el carácter de funcionario de elección indirecta, en conexión con el principio de soberanía popular.

Tal consideración sistemática permite concluir que la finalidad de la elección por el lapso de tres años es doble: por un lado, la de fortalecer la independencia del Fiscal General; y, por el otro, la de asegurar la incidencia del Soberano en cada elección de tal funcionario.

B. Esta doble finalidad de la elección del Fiscal prevista en el art. 192 incs. 1° y 2° Cn. también se encuentra concatenada coherentemente con el límite temporal que la Constitución ha establecido para que el Legislativo lo elija –3 años–.

Para identificar ese límite cronológico es preciso relacionar los arts. 124 y 131 ord. 19° Cn. con el art. 192 inc. 1° y 2° Cn.

Como punto de partida, es necesario tener presente que en materia constitucional la interpretación literal y aislada no resulta ser la más apropiada, atendiendo a la característica unitaria de la Constitución. A causa de lo apuntado, se debe reconocer la existencia de algunas otras pautas específicas para interpretar el texto constitucional –Sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006–, de entre las cuales interesa destacar el *principio de unidad de la Constitución*.

De acuerdo con lo establecido en el art. 124 Cn., los miembros de la Asamblea Legislativa se renuevan cada tres años, pueden ser reelegidos y, además, el período de sus funciones comienza el 1 de mayo del año de su elección. Por su parte, el art. 131 ord. 19° Cn. le atribuye a estos funcionarios de elección directa o de primer grado la competencia para elegir por votación nominal y pública, entre otros funcionarios, al Fiscal General de la República, el cual es elegido por los *Diputados electos* para el lapso de *tres años*, según lo prescribe el art. 192 incs. 1° y 2° Cn”.

CADA CONFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA TIENE COMO ATRIBUCIÓN  
ELEGIR FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA POR UNA SOLA OCASIÓN

“C. Si se toma en consideración lo apuntado en el párrafo anterior, puede concluirse que existe una *sincronía temporal* entre la elección de los Diputados de la Asamblea Legislativa y el nombramiento del funcionario en referencia, sobre todo porque, después de que los miembros del Legislativo toman posesión de sus cargos el 1 de mayo, compete a la Asamblea comenzar la etapa de discusión en el proceso de elección del Fiscal General de la República, para que este tome posesión de su cargo en el mes de septiembre del año en que los Diputados son electos, de acuerdo con la elección que de tal funcionario hizo el Legislativo en 2009. Dicho en otros términos, *dado que dura tres años en el ejercicio de su cargo, el Fiscal General de la República debe ser elegido por los Diputados recién electos*.

Y es que, si una misma composición de la Asamblea Legislativa designa al Fiscal General al inicio y al final del período legislativo de 3 años que le corresponde, puede razonablemente colegirse que se desvirtúa la actualidad de los frenos y contrapesos entre los sujetos con capacidad de control interorgánico, pues la atribución de competencias exige que los contendientes estén legitimados entre sí para el ejercicio del poder público sincrónicamente.

*Admitir lo contrario implicaría que una legislatura se vea impedida de realizar sus competencias relacionadas con las elecciones de segundo grado –entre ellas la del Fiscal General de la República–, por cuanto la anterior anticipó indebidamente la referida elección, la cual debía responder al mandato ciudadano renovado cada tres años en las elecciones legislativas.*

*De esta manera, se puede concluir que, siendo el Fiscal General un funcionario que se legitima indirectamente por medio del Parlamento, y que éste, a su*



*vez, recibe su legitimidad del cuerpo electoral, en cada cambio de la composición del Órgano Legislativo debe realizarse una elección de dicho funcionario.*

Visto de otra manera, si el periodo del Fiscal General es de tres años, la interpretación que mejor optimiza la legitimidad democrática indirecta del mencionado servidor público, es la que entiende que *a cada legislatura solo le corresponde elegir una vez, garantizándose de esta forma una distribución equitativa del poder parlamentario –entre dos legislaturas consecutivas-, que se configura cada tres años por el Soberano.*

[...] Del recuento cronológico aludido puede inferirse que, aunque de manera irregular, en los años 1993, 1996, 1999, 2002, 2006 y 2009 el Fiscal General de la República ha sido elegido por una misma legislatura, salvo el caso del nombramiento de 2012, cuya elección se hizo, por segunda ocasión, por la legislatura 2009-2012.

Como puede notarse, a partir del nombramiento del Fiscal General en septiembre de 2009, existe una sincronía temporal, en un mismo año, de la toma de posesión que los Diputados de la Asamblea Legislativa hacen cada 1 de mayo del año de su elección, con la fecha en que el citado funcionario debe ser elegido y, además, tomar posesión del cargo.

De esto se advierte que, a partir de lo prescrito por el art. 192 incs. 1° y 2° Cn. y de la práctica legislativa, existe una concordancia cronológica en la composición de la Asamblea Legislativa –como resultado del proceso electoral más próximo– y la elección del Fiscal General de la República.

E. A causa de lo apuntado, se concluye *que los Diputados que integran la Asamblea Legislativa que se elige cada tres años y que toman posesión el 1 de mayo del año de su elección, son quienes deben elegir al Fiscal General de la República, quien debe tomar posesión del cargo en el mes de septiembre del año de su elección, fecha que fue determinada por la Asamblea Legislativa. Por lo tanto, debe interpretarse que, según la Constitución, una misma legislatura no está habilitada para elegir en más de una ocasión al Fiscal General de la República –salvo eventualidades no previsibles, como vacancias producidas por renuncia, destitución, enfermedad o muerte del funcionario”*

#### DEBER Y OBLIGACIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE ACREDITAR CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE LOS CANDIDATOS PREVIO A SU ELECCIÓN

“VI. Ahora bien, como garantía de la independencia o autonomía externa del Fiscal General de la República, no basta con que democráticamente la Constitución se interprete en el sentido señalado, a modo de exigir que la legislatura tenga una legitimidad democrática actualizada por el juego de controles recíprocos con el Fiscal General de la República. Es necesario, además, abordar en esta sentencia el modo de proceder (participativo y deliberativo) en el tipo de elección de que se trata.

1. El art. 131 ord. 19° Cn. establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa elegir por votación nominal y pública al Fiscal General de la República –entre otros funcionarios–. Dicha disposición constitucional contiene una prescripción habilitante para el Legislativo, es decir, que cuenta con el margen es-

tructural que la Constitución le ha conferido para la concreción de sus preceptos –Sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006–.

2. A pesar de que la Asamblea Legislativa cuenta con la posibilidad para realizar elecciones de segundo grado, dicha atribución no es absoluta, ya que la propia Constitución establece límites que deben ser respetados y requisitos que deben ser cumplidos en el momento de designar a una persona en un cargo público.

En ese sentido, la Constitución prescribe cuáles son los requisitos que deben cumplir las personas que quieren ser electas como funcionarios públicos –ya sea mediante elección de primer o segundo grado–; por ello, determina los requisitos para optar a los cargos de: Diputados –art. 126 Cn.–; Presidente de la República –art. 151 Cn.–; Magistrados de la CSJ –art. 176 Cn.–; Fiscal General de la República –art. 192 inc. 3°, en relación con el art. 177 Cn.–; Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República –art. 198 Cn.–; entre otros.

*Es obligación de la Asamblea Legislativa verificar objetivamente tales requisitos de manera previa, pues sólo mediante su cumplimiento y debida acreditación documentada, está habilitada para elegir a una determinada persona a fin de que desempeñe un cargo público de elección de segundo grado. Lo anterior implica que la discrecionalidad para elegir funcionarios públicos en elecciones de segundo grado, está circunscrita a personas que reúnen los requisitos establecidos previamente por la Constitución, lo cual no debe estar sujeto a repartos de cuotas partidarias o de otra índole, en que se prescinda de tales exigencias constitucionales.*

3. Así, debe tenerse en cuenta que la exigencia de ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función pública se efectúa de acuerdo con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Ello implica que, mediante tales exigencias, se pretende asegurar el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio.

Si bien el derecho a optar a cargos públicos –art. 72 ord. 3° Cn.– en principio consiste en la posibilidad de que los ciudadanos aptos sean elegibles para un cargo como funcionario público, debe entenderse que su ejercicio está sometido a ciertos requisitos y condiciones contemplados en las disposiciones constitucionales y en la ley secundaria. Esto significa que –al igual que el resto de derechos fundamentales– el derecho en cuestión no es absoluto, sino que puede ser objeto de limitaciones y regulaciones por parte del mismo Constituyente o del legislador.

4. En el contexto apuntado, se encuentran los requisitos exigidos de *moralidad y competencia notorias*. *Este tipo de exigencias constitucionales apuntan a asegurar en el candidato, además de la cualificación técnica, profesional, empírica o académica requeridas para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo o empleo, la probidad, honestidad y rectitud requeridas para desempeñar con dignidad la investidura; y, en suma, para que el ejercicio de la función pública conduzca a cumplir las exigencias del interés general y a hacer efectivos los derechos protegidos constitucionalmente.*

*Consecuentemente, es posible aseverar que aquellos candidatos en quienes no pueda comprobarse el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Constitución, no deben ser designados como funcionarios públicos, ya que dejarían de ofrecer la garantía necesaria del cumplimiento efectivo de las respectivas funciones asignadas en la Constitución”.*

#### OBLIGACIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE MOTIVAR RAZONES POR LA CUAL LOS CANDIDATOS REÚNEN LOS REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD

5. A. Ahora bien, dado que la Constitución establece la competencia de la Asamblea Legislativa para elegir al Fiscal General de la República –art. 131 ord. 19° Cn.–, es a ella a quien le corresponde verificar el cumplimiento de tales requisitos, que son los mismos que se exigen para ser Magistrados de Cámara de Segunda Instancia –arts. 177 y 192 inc. 3° Cn.–.

Así, la Asamblea Legislativa, previo a la designación de tal funcionario público, debe acreditar que el candidato seleccionado cumple con los requisitos previamente establecidos. Para ello, tiene la *obligación de documentarse*.

B. a. El deber u obligación de documentarse implica que, para el caso de elecciones indirecta, el ente encargado de la designación debe contar con los elementos documentales necesarios y suficientes que permitan acreditar que los candidatos a determinado cargo son objetivamente idóneos para desempeñarse en el mismo, por contar con la cualificación técnica, profesional y personal requeridas. Ello implica que dicha obligación cobra especial importancia para el establecimiento del requisito específico de moralidad y competencia notorias.

Así, en virtud de tal deber de documentarse, el art. 99 del RIAL establece que a las propuestas de los candidatos “... deberán agregarse los atestados en que se comprueben los requisitos constitucionales o legales...”, ya que las mismas “... pasarán a estudio de la Comisión Política, para que antes de la elección pueda determinarse, por cualquier medio, si las personas propuestas para el cargo reúnen los requisitos referidos...”. Asimismo, dicha disposición establece, como parte de la obligación en cuestión, que la Comisión podrá solicitar un informe de los antecedentes de los candidatos a los funcionarios que estime conveniente.

Y es que la única manera para poder acreditar que los candidatos a un cargo público son idóneos es mediante la documentación o información que establezca el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales; es por ello que la disposición del RIAL antes aludida determina que la Comisión Política de la Asamblea Legislativa “... analizará las hojas de vida y *comprobará todos los atestados y, si lo considera procedente, entrevistará a los candidatos que cumplen los requisitos establecidos*”.

b. Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa, por medio de la Comisión Política –o de la Subcomisión creada para tal efecto (art. 100 del RIAL)–, forzosamente debe reunir y analizar la documentación pertinente que establezca o demuestre que determinados candidatos cumplen con los requisitos constitucionales –o legales– para optar a un cargo público, lo que, además, posibilitará que la lista de postulantes sea depurada y que se pueda tomar la decisión que corresponda, conforme con el dictamen presentado”.

## EXIGENCIA DE CUMPLIMIENTO DE PRINCIPIOS QUE ESTRUCTURAN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

“c. Además de la exigencia reglamentaria señalada, la Asamblea debe también dar cumplimiento a los principios que estructuran el procedimiento legislativo –ya sea para la producción de normas generales y abstractas o para la elección de funcionarios–.

El principio aludido opera en una doble dirección: *desde la Asamblea Legislativa hacia los ciudadanos*—que se concreta, en un marco de libre información, en la publicidad de agendas, debates, votaciones y decisiones legislativas—; y *desde los ciudadanos hacia el Órgano Legislativo* —que se concreta en la concurrencia ordenada de individuos o grupos de ciudadanos, por medio de sus representantes y dejando a salvo el caso de asuntos excluidos de la publicidad, a las Comisiones o al Pleno de la Asamblea, no sólo para exponer puntos de vista o necesidades, sino, incluso, propuestas concretas que requieran la actividad legislativa—.

Consecuentemente, *la publicidad es el medio a través del cual la discusión social adquiere una dimensión política y la discusión parlamentaria toma una proyección social* —Sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 24-2003—, lo cual es un elemento fundamental de la democracia representativa.

C. Por lo tanto, *la Asamblea Legislativa no está habilitada para elegir a funcionarios que no reúnan los requisitos establecidos para optar a un determinado cargo público; las prescripciones habilitantes, antes que atribuir potestades discrecionales ilimitadas, le imponen el deber de exponer las razones por las que considera que una persona concreta es la idónea para ser designada en un cargo público.*

Toda vez que sea posible estructurar un parámetro de control de constitucionalidad, ya sea por prescripción clara o por integración de los principios que dotan de unidad material a la Constitución, las actuaciones de los entes públicos son susceptibles de enjuiciamiento constitucional en esta sede.

Dicha obligación también se encuentra establecida en el RIAL, específicamente en el art. 52, el cual prescribe que: “[l]as comisiones emitirán dictámenes por resolución de la mayoría de sus miembros, *razonando sus acuerdos y propuestas*”. Tal afirmación tiene sustento en que, como se sostuvo anteriormente, la Comisión Política es la encargada de analizar las propuestas de los candidatos a funcionarios y, además, de emitir el dictamen correspondiente, con base en el cual la Asamblea Legislativa podrá designar a la persona propuesta, en caso de aprobarse el mismo.

En ese sentido, tal como lo establece la disposición mencionada, y para el caso del dictamen emitido por la Comisión Política con motivo de la elección de funcionarios públicos, se debe cumplir, además de ciertos requisitos mínimos, con la expresión de las “...razones por las que se dictamina”. *Ello implica que es obligatorio que en el correspondiente dictamen se fundamente y justifique por qué se estima que una determinada persona reúne los requisitos esenciales para ejercer un cargo público y qué sustenta tal conclusión, ya que el mismo es vital para la elección definitiva del funcionario.*

Así, si bien respecto al requisito de moralidad y competencia notorias el legislador posee discrecionalidad para elegir al funcionario que tenga la cualificación técnica, profesional y personal necesaria para el ejercicio de un cargo público, se deben dar las razones por las que, con base en la documentación recabada y verificada, tal persona es idónea para desempeñar una función pública.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa debe tener en cuenta, durante la realización del procedimiento establecido en el RIAL para la elección de funcionarios, toda la documentación presentada por los postulantes para un cargo público y, con base en la misma, proponer y elegir a la persona que cumpla con los requisitos técnicos, profesionales y personales para el ejercicio de la función que le corresponda, explicitando la fundamentación objetiva capaz de sostener tal decisión, la cual en definitiva implica una concreta opción en favor de uno de los candidatos”.

#### VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA POR LA ELECCIÓN DEL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA EN DOS OCASIONES POR LA MISMA LEGISLATURA

“VII. 1. En el presente caso, según el ciudadano [...], la legislatura 2009-2012 eligió al Fiscal General de la República en dos ocasiones: una en el año 2009 y la otra en el presente año –2012–.

En relación con la primera, según quedó explicado, la legislatura 2009-2012 emitió el D. L. n° 122, de 19-IX-2009, publicado en el D. O. n° 178, tomo 384, de 25-IX-2009, mediante el cual eligió al Fiscal General de la República para el lapso de *tres años*, que inició el 19-IX-2009 y terminará el 18-IX-2012.

Con respecto a la emisión del D. L. n° 1075/2012, por el que la legislatura 2009-2012 eligió al abogado [...] como Fiscal General de la República, si bien no fue presentada en este proceso la documentación con la cual se acreditara la existencia de ese acto público subjetivo, esta Sala –según quedó apuntado en el Considerando I– lo tuvo por establecido.

En efecto, a partir de una interpretación con arreglo al argumento sistemático, relacionada con los arts. 131 ord. 19°, 135 y 139 Cn., y art. 6 ord. 2° L. Pr. Cn., se entendió que, para efectos de impugnación, los actos por medio de los cuales el Legislativo realiza elecciones indirectas se perfeccionan en el momento en que los decretos correspondientes son aprobados, por lo que las dos últimas disposiciones no se aplican plenamente a los supuestos previstos en el art. 131 ord. 19° Cn. Para darlos a conocer –se aclaró–, esa clase especial de decretos legislativos pueden publicarse por cualquier medio. Justamente, eso sucedió en el caso del decreto cuestionado.

A causa de lo expuesto, se concluye que *la legislatura 2009-2012 eligió en dos ocasiones al Fiscal General de la República*. Ello implica que infringió el principio de legitimidad democrática derivada en la elección del Fiscal General de la República, contenido en el art. 192 incs. 1° y 2° Cn. –en relación con los arts. 80, 83, 85, 86, 124, 125 y 131 ord. 19° Cn.–, concretado por medio de la regla constitucional de la que se interpreta que una misma legislatura no puede elegir en más de una ocasión al Fiscal General; y consecuentemente, impidió a

la siguiente legislatura –2012-2015– realizar sus competencias relacionadas con las elecciones de segundo grado –entre ellas la elección del mencionado funcionario–, por cuanto la anterior anticipó la referida elección, sin estar facultada expresamente para ello.

De igual forma, la legislatura 2009-2012 no permitió que la legislatura 2012-2015, recientemente renovada por el mandato popular, verificara que en el candidato concurrieran los requisitos de moralidad y competencia notorias impuestos por la Constitución para su nombramiento, lo cual no implica que el abogado [...] no cumplía con tales requisitos, sino que los mismos no fueron verificados por la legislatura a quien constitucionalmente le corresponde elegir, es decir, la 2012-2015.

En consecuencia, *se deberá declarar la inconstitucionalidad, de un modo general y obligatorio, del Decreto Legislativo n° 1075/2012, por medio del cual la Asamblea Legislativa eligió al abogado [ ] como Fiscal General de la República*”.

#### EFFECTOS: NUEVA ELECCIÓN DE FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA

“VIII. Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

1. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la depuración del ordenamiento jurídico, para lo cual expulsa de éste las disposiciones cuya inconstitucionalidad constate. Por ello, con arreglo a lo que prescribe el art. 183 Cn., las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal tienen efectos generales y provocan la eliminación definitiva de la disposición inconstitucional.

2. En vista que del análisis realizado se ha concluido que el Decreto Legislativo impugnado es inconstitucional, y que la Constitución atribuye al Legislativo la competencia para nombrar al Fiscal General de la República –art 131 ord. 19° Cn–, la actual legislatura 2012-2015, deberá proceder a elegir a dicho funcionario, quien habrá de estar electo antes del vencimiento del período del Fiscal que fue electo en 2009; ello a fin de garantizar el normal funcionamiento de la Fiscalía General de la República”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 29-2012 de fecha 10/07/2012)*

### IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

#### POR INEXISTENCIA DEL OBJETO DE CONTROL

“II. Sobre el objeto de control, es preciso advertir que por medio del D.L. n° 798 de 27-VII-2011, publicado en el D. O. n° 152, Tomo 392, de 18-VIII-2011, se derogó completamente el Decreto Legislativo impugnado en el presente proceso constitucional. Ante tal circunstancia, es necesario señalar lo siguiente:

[...] Por consiguiente, *la tramitación y normal conclusión del proceso de inconstitucionalidad estará condicionada a la existencia del objeto de control*, es decir, de la disposición o cuerpo normativo infraconstitucional respecto al cual

se ha de realizar el examen de constitucionalidad. De tal forma, si el objeto de control ya ha sido derogado al momento de presentarse la demanda, se derogó durante el desarrollo del proceso o ha sido expulsado del ordenamiento jurídico mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este Tribunal, el objeto de control deja de existir, por lo que el proceso carecería de finalidad, pues no habría un sustrato material respecto al cual pronunciarse.

No obstante lo anterior, resulta primordial aclarar que, si no hay una *transposición* de la normativa impugnada hacia la regulación derogatoria, la permanencia del contraste normativo expuesto en la demanda, bajo los argumentos ahí aportados, ya no puede sostenerse, pues las disposiciones jurídicas que actualmente regulan lo pertinente a la inhabilitación de los magistrados propietarios de la Sala de lo Constitucional y el quórum de votación para emitir sentencias –arts. 12 y 14 LOJ–, no habilita las confrontaciones normativas objetadas.

En consecuencia, en el caso concreto, no se cuenta con las condiciones necesarias para iniciar la sustanciación de un proceso de inconstitucionalidad sobre el decreto impugnado, en tanto este ha sido sustituido por preceptos legales que tienen un contenido normativo distinto, al que no pueden extenderse las objeciones formuladas por el demandante.

2. A. Así expuestas las consideraciones que anteceden, es de indicar que el actor demanda la inconstitucionalidad del Decreto n° 743, el cual contiene la reforma transitoria de los arts. 12 y 14 de la LOJ, por vulnerar los arts. 2, 86 inc. 1°, 172 inc. 3° y 174 inc. 2° Cn, en lo referente al proceso de formación de la ley –por la utilización indebida de la dispensa de trámite, el principio de separación de poderes y el carácter colegiado de la Sala de lo Constitucional.

Sin embargo –como se anotó–, mediante el D.L. n° 798 de 27-VII-2011, publicado en el D. O. n° 152, Tomo 392, de 18-VIII-2011, específicamente su art. 4, se derogó en su totalidad el cuerpo normativo impugnado en el presente proceso constitucional; razón por la cual resulta evidente que el objeto de control propuesto por el demandante ya no puede ser invocado”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 40-2011 de fecha 15/02/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 45-2011 de fecha 15/02/2012)*

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 47-2011 de fecha 15/02/2012)*

CUANDO EL FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN TRATE DE UNA DISPOSICIÓN QUE YA FUE OBJETO DE DECISIÓN EN RELACIÓN A LOS MISMOS MOTIVOS

“Analizada la demanda presentada por el ciudadano [...], a través de la cual solicita que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 1074, de 25-IV-2012 (en adelante, D. L. n° 1074/2012), mediante el cual se nombró al abogado José Roberto Argueta Manzano como Magistrado propietario de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; se hacen la siguientes consideraciones:

A. Es reiterada jurisprudencia de esta Sala, que el juicio de inconstitucionalidad se desenvuelve, fundamentalmente, con la finalidad de verificar la confrontación normativa entre la o las disposiciones impugnadas —*objeto de control*—, y las disposiciones de la Constitución —*parámetro de control*—, a fin de invalidar las primeras cuando contraríen las segundas. Por ello, la identificación y permanencia en el sistema jurídico de ambos elementos —*objeto y parámetro de control*— son necesarias para la normal tramitación y conclusión del proceso de inconstitucionalidad.

En ese sentido, la viabilidad del proceso depende de la *existencia* del objeto de control, es decir, del acto jurídico sobre el cual realizar el examen de constitucionalidad y el que mantiene su capacidad de producir los efectos imperativos propios de las disposiciones jurídicas; por el contrario, si el objeto de control ha sido expulsado del ordenamiento jurídico, mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este tribunal, ha dejado de existir y, en consecuencia, el proceso carece de finalidad, y no habría sustrato material sobre el cual pronunciarse.

B. Por tanto, para calificar la validez constitucional de la disposición que ha sido impugnada y para que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos, es indispensable que el objeto de control se encuentre vigente al momento de conocer sobre su supuesta inconstitucionalidad.

2. En ese sentido, se advierte que mediante sentencia de 5-VI-2012, pronunciada en el proceso de Inc. 19-2012, este tribunal declaró inconstitucional, de modo general y obligatorio, dos decretos legislativos emitidos por la Asamblea Legislativa, entre ellos, el D. L. n° 1074/2012, por medio del cual la legislatura 2009-2012 eligió al abogado [...] como magistrado propietario de la Sala de lo Constitucional.

[...] 3. Así, dicha sentencia recae sobre el mismo objeto de control impugnado en el presente proceso constitucional, situación que genera la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre los motivos de inconstitucionalidad aducidos por el ciudadano [...], pues el objeto de control concernido ya no pertenece al ordenamiento jurídico.

Por tanto, el presente proceso carece de finalidad ante la falta de un presupuesto jurídico de carácter fundamental en el proceso de inconstitucionalidad, y por ello no resulta procedente la tramitación del proceso de inconstitucionalidad solicitado”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 28-2012 de fecha 05/09/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 25-2012 de fecha 24/10/2012)*

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 27-2012 de fecha 24/10/2012)*

CUANDO SE PRETENDE QUE LA SALA PONDERE LOS EVENTUALES PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA LEY

”2. A. En el presente caso, se observa que el principal argumento con el que el ciudadano [ ] pretende justificar su petición de inconstitucionalidad se traduce



en los problemas eventuales que se producirían en la práctica por la aplicación de las disposiciones jurídicas que impugna, tales como "la actuación maliciosa de la parte demandante, para sorprender la buena fe del juzgador y para hacerle creer que el demandado es de domicilio ignorado" o que los curadores *ad litem* nombrados no realizan actuaciones en beneficio del "ausente".

Al respecto, es pertinente señalar que no es competencia de esta revisar el uso inadecuado de los medios probatorios cuya finalidad es tener por fijada la ausencia de una persona o la falta de conocimiento de su domicilio o ubicación geográfica; las "actuaciones maliciosas" de los sujetos que intervienen en un proceso o procedimiento judicial; las actuaciones que realizan los abogados que se nombran como curadores *ad litem*; o si el deudor se oculta premeditadamente, para "no enfrentar la demanda" que se presenta en su contra.

Dichos planteamientos son simples conjeturas formuladas por el peticionario sobre las *posibles consecuencias que, a su entender, podrían desencadenarse por la aplicación de los preceptos impugnados, las cuales no pueden derivarse directamente de su ámbito semántico y, por tanto, no son objeto de revisión. En efecto, en los procesos de inconstitucionalidad los pronunciamientos de este Tribunal se refieren únicamente a la compatibilidad de las disposiciones impugnadas con la Constitución, es decir, se pondera la constitucionalidad del objeto de control, a partir de su contenido normativo y no por sus problemas aplicativos* —sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002—.

En ese sentido, en vista de que la supuesta inconstitucionalidad invocada por el actor se cifra en hechos hipotéticos que no denotan una confrontación normativa en abstracto con las disposiciones constitucionales sugeridas como parámetro de control —en la medida que exageran puras inquietudes del solicitante en lo atinente a las posibilidades que podría suscitar su aplicación—, la pretensión contenida en la demanda presentada debe rechazarse por medio de la figura de la improcedencia".

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 104-2012 de fecha 21/11/2012)*

## **INAPLICABILIDAD DE LA DECISIÓN DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA**

### **SALA DE LO CONSTITUCIONAL ÚNICO TRIBUNAL COMPETENTE PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS INFRACONSTITUCIONALES**

"1. La Sala de lo Constitucional es la única instancia jurisdiccional que puede ejercer la competencia establecida en el art. 183 Cn., tanto en el ámbito interno como internacional, en este último caso cuando los efectos de los actos o decisiones tengan incidencia en El Salvador. De ello se derivan importantes consecuencias:

La primera aproximación a dicha disposición constitucional -en relación con el art. 174 inc. 1° Cn.-permite afirmar con claridad que sólo este Tribunal tiene competencia para invalidar con carácter general y obligatorio, disposiciones jurídicas o actos de aplicación directa de la Constitución, cuando produzcan un agravio de trascendencia constitucional.

Por definición, la competencia que esta Sala tiene para invalidar toda actuación sometida a su control, está determinada por el Derecho Constitucional; por lo tanto, a ella le corresponde brindar la protección constitucional concentrada. Realmente, se trata de una instancia jurisdiccional con competencia especial que, a pedido de cualquier ciudadano salvadoreño y por medio del proceso de inconstitucionalidad, conoce en forma directa sobre las posibles vulneraciones a la Ley Suprema y, por ello, se erige en la cúspide del sistema jurisdiccional de protección de la Constitución.

A partir de la conexión del art. 183 Cn. con el art. 172 inc. 1° frase 2ª Cn., puede concluirse que, a pesar de la existencia de una "sociedad abierta de intérpretes", la Sala de lo Constitucional es quien tiene la última palabra con respecto a la interpretación de la Constitución salvadoreña -Resolución y Sentencia de 7-X-2011, Incs. 14-2011 y 20-2006, respectivamente-, tal como acertadamente lo reconoció la Asamblea Legislativa en el Considerando I del D. L. n° 45/2006, de 6-VII-2006, por el cual se agregó el Título V, denominado "Inaplicabilidad", a la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.), en el cual expresó que: "nuestro país ha adoptado dos sistemas de control de constitucionalidad, el concedido a los tribunales ordinarios, conocido como control difuso establecido en el art. 185 de la Constitución, y el control referido en el art. 183 de la misma Constitución, conferido a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de la Justicia, como intérprete máximo y final de la Constitución".

Sin embargo, por su papel de guardián último de la constitucionalidad, la responsabilidad de clarificar la extensión y alcance de las disposiciones constitucionales permanece en la jurisdicción especializada, es decir, en la Sala de lo Constitucional, como intérprete vinculante de última instancia -Resolución de 27-IV-2011, Inc. 16-2011-.

C. A pesar de su integración orgánica en la CSJ, la Sala de lo Constitucional es el último juez de los conflictos constitucionales. Como consecuencia de lo anterior, esta Sala se erige como la máxima autoridad en materia constitucional, a quien la Ley Suprema le ha conferido la competencia para dirimir tales conflictos.

D. De conformidad con el art. 183 Cn., los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional no son revisables ni impugnables por ningún medio o autoridad, ya que es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las "leyes, decretos y reglamentos".

*El segundo aspecto que puede destacarse del art. 183 Cn. es el relativo a que la Sala de lo Constitucional es el único tribunal competente, de carácter permanente y especializado, para llevar a cabo la atribución prevista en dicho precepto constitucional".*

#### SENTENCIAS PRONUNCIADAS POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO

"A. El tercero de los aspectos que puede destacarse del art. 183 Cn. se refiere a que los efectos que produce la declaratoria de inconstitucionalidad de las "leyes, decretos y reglamentos" son generales y obligatorios; es decir, que sus pronunciamientos no pueden ser desconocidos, ni desobedecido lo ordenado por ella.

*De ahí se concluye el carácter vinculante de los significados que la Sala de lo Constitucional atribuye a los preceptos constitucionales por medio de la interpretación.*

B. A partir de lo establecido en los arts. 17 y 172 Cn., la expresión "declarar la inconstitucionalidad de... un modo general y obligatorio..." que utiliza el art. 183 Cn., significa que las sentencias de inconstitucionalidad -estimatorias o desestimatorias -producen efectos de cosa juzgada.

Tal como se sostuvo en la Resolución de 14-X-2009, Amp. 406-2009, la institución de la cosa juzgada debe entenderse como la permanencia en el tiempo de la eficacia procesal de las decisiones judiciales, por lo que constituye un mecanismo para la obtención de seguridad y certeza jurídicas.

*Por medio de ella, el sistema jurídico pretende que las resoluciones que concreten la indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales sean eficaces en el tiempo, con lo que se obtiene una declaración judicial última en relación con la interpretación de la Constitución, que no podrá ser desobedecida por ninguna autoridad pública -judicial o administrativa-, nacional o internacional, ni por ningún particular".*

#### VINCULACIÓN DE CARÁCTER PÚBLICO DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

"Ahora bien, la cosa juzgada constitucional adquiere su completo sentido cuando se relaciona con una actividad orientada a impugnar la sentencia de inconstitucionalidad emitida por este Tribunal, ya que hasta entonces es cuando tiene virtualidad la vinculación de carácter público en que este tipo de decisión consiste.

Tal vinculación se manifiesta en dos aspectos o funciones, denominadas positiva y negativa.

4. Otro aspecto que puede destacarse del art. 183 Cn. es el relativo a la facultad que tiene la Sala de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos. De ello se siguen las consecuencias que a continuación se indican:

*El art. 183 Cn. le confiere a la Sala de lo Constitucional la competencia para depurar el sistema jurídico, por medio de la defensa objetiva de la Constitución, a petición ciudadana.*

*De acuerdo con lo sostenido en la Resolución de 19-III-2001, Inc. 9-2001, el objeto mediato del proceso de inconstitucionalidad es la defensa del orden constitucional cuando se considera vulnerado por la emisión de una disposición, un cuerpo normativo o un acto específico de aplicación directa de la Constitución. Esta idea está relacionada con la finalidad del proceso de inconstitucionalidad: la depuración del ordenamiento jurídico en el sentido de expulsar de éste, aquellas disposiciones que sean incompatibles con la Constitución.*

En efecto, el proceso de inconstitucionalidad ha sido diseñado por nuestro sistema jurídico como un mecanismo de control jurisdiccional para verificar en abstracto la compatibilidad lógica entre la Constitución y la disposición o cuerpo normativo cuyo control se solicita, a fin de que esta Sala invalide la segunda si, como resultado del examen, se determina su incompatibilidad con la Ley Suprema -Resolución de 4-XII-1996, Inc. 4096-.

La Constitución es el único parámetro de control para enjuiciar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o actos que se propongan como objeto de control.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la Constitución es el único cuerpo jurídico que puede ser parámetro de control, el cual no puede entenderse limitado a su texto, sino que implica el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo han derivado de los valores constitucionales y del principio democrático, asumidos por la Ley Suprema y que inspiran las disposiciones de dicho texto -Sentencia del 20-VII-1999, Inc. 5-99-.

C. El objeto de control no solo está constituido por disposiciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, sino también por actos que aplican directamente la Constitución. El catálogo de las fuentes del Derecho a las que se refiere el art. 183 Cn. es enunciativo, no taxativo”.

#### PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN

“IV. 1. A. Desde el punto de vista procesal, la tramitación de un conflicto entre órganos persigue garantizar el orden de competencias atribuidos previamente por la norma de que se trate.

Cuando un sistema jurídico, como el salvadoreño, determina a la exclusividad de la jurisdicción como su cláusula de cierre para la resolución de conflictos, no es posible aceptar que el contraste se entabla entre el órgano jurisdiccional y el resto de entes públicos o particulares o, lo que es lo mismo, entre el juez y las partes subordinadas a él; pues, en efecto, dicho principio constitucional postula que ningún otro órgano del Gobierno ni ente público puede aplicar el Derecho en un caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado -Sentencia de 23-111-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 8-97,

En ese sentido, lo determinante en el principio de exclusividad de la jurisdicción no es la imposibilidad de que otros entes distintos al Judicial puedan aplicar o interpretar el Derecho, sino que debe tomarse en cuenta si las decisiones emitidas por dichos órganos son susceptibles de revisión jurisdiccional, o si el control jurisdiccional de sus actuaciones es la última decisión jurídicamente vinculante.

B. Cuando se trata de la aplicación de la Constitución-art. 183 Cn.- existe ya un tribunal competente con carácter exclusivo para ejercer dicha competencia con efectos generales: la Sala de lo Constitucional -Inc. 16-2011-. Así, ante las diferentes interpretaciones sobre los alcances y límites de las disposiciones constitucionales, ya existe un mecanismo de "solución" de conflictos constitucionales: el proceso de inconstitucionalidad —Inc. 14-2011—.

En los procesos de inconstitucionalidad, generalmente, las demandas se entablan contra la Asamblea Legislativa; ésta, en su calidad de parte procesal —autoridad demandada—, se somete al juzgamiento de su actuación por parte de esta Sala, mediante un cauce procesal que le sitúa en igualdad de condiciones con el ciudadano demandante. Es decir que la consagración constitucional de su competencia, erige a esta Sala como Juez constitucional y no como una parte en conflicto contra la Asamblea.

En efecto, el reconocimiento de la jurisdicción constitucional obedece precisamente a una atribución competencial hacia un ente constitucional, con capa-

cidad técnica y con garantías de independencia e imparcialidad para pronunciar la última interpretación constitucional jurídicamente vinculante; ello porque su jurisdicción es atribuida por la Constitución y no por la ley”.

(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)

**RELACIONES:**

(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)

**INAPLICABILIDAD DE LA LEY**

EXCLUIDA LA POSIBILIDAD DE VOLVER A DECIDIR SOBRE EL MISMO OBJETO YA RESUELTO

“2. Vistas las razones expuestas, es procedente señalar que el argumento relativo a la supuesta inobservancia del principio constitucional de independencia judicial por parte del actual art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn. –así como de su antecesor, el art. 294 inc. 2° C.Pr.Pn. derogado– ya fue conocido y resuelto por esta Sala en la Sentencia de 14-IX-2011, Inc. 37-2007– y en la cual se retoma una consolidada doctrina jurisprudencial en la materia, que conviene recordar de forma sucinta:

A. La detención provisional ha sido definida como una medida cautelar en virtud de la cual se priva al sindicado –presunto realizador de un hecho delictivo sea como autor o partícipe– de su libertad física durante la sustanciación del proceso penal –por todas, Sentencia de 20-X-2000, HC 263-2000–.

De forma reiterada, se ha señalado que la naturaleza de la misma responde a la persecución de finalidades eminentemente asegurativas. En otras palabras, llevar a cabo con éxito la actividad investigativa tendiente a comprobar una infracción penal presuntamente ejecutada, así como asegurar la presencia del imputado tanto en la vista pública en el caso que tenga que cumplir una condena. Conforme a esta premisa, resulta descartada la consideración de la detención provisional como una forma anticipada de pena y, por ende, su entendimiento como un castigo penal –Sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006–.

B. Más allá de estas consideraciones generales, la jurisprudencia constitucional –v. gr., Sentencia de 1-IV-1997, Inc. 15-96– ha enumerado una serie de características inherentes al instituto de la detención provisional, tales como: (a) su naturaleza instrumental; (b) su excepcionalidad en relación con otro tipo de medidas cautelares menos restrictivas de la libertad personal; (c) la provisionalidad y modificabilidad con respecto a su adopción y mantenimiento –según la regla *rebus sic stantibus*– durante el proceso penal; (d) la jurisdiccionalidad, como potestad exclusiva del órgano jurisdiccional penal; y (e) la aplicación requiere de forma ineludible la existencia de un auto motivado de conformidad con los presupuestos generales que habilitan su adopción –*fumus boni iuris* y *periculum un mora*–.

C. Sobre este último punto, en la ya mencionada Sentencia de Inc. 37-2007 se afirmó que los peligros procesales que se intentan evitar con la adopción

de la medida cautelar deben acreditarse con base en un juicio de probabilidad positiva, concerniente a que: (i) el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, (ii) podrá influir para que otros coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera fraudulenta; o (iii) que en el caso que se le conceda la libertad, éste pueda inducir a los anteriormente relacionados o a otras personas a realizar conductas delictivas. Y, adicionalmente, *que el juicio de conveniencia en cuanto a su adopción, mantenimiento o sustitución, impone también considerar otros datos como las condiciones personales del imputado tales como el arraigo –familiar, domiciliar y laboral– la ausencia de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone y cargas económicas entre otros.*

En suma, y como enfatiza la decisión judicial antes citada, la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, pues ello nos llevaría a fundamentar la naturaleza de la detención provisional como mecanismo sustantivo para la prevención de los delitos, y su entendimiento como pena anticipada. Al contrario, en su imposición subyace un juicio de exclusiva ponderación por parte de la autoridad jurisdiccional acerca de su conveniencia en orden a salvaguardar los fines del proceso penal. Y ello le impone ineludiblemente fundamentar su dictado conforme al *deber de motivación*.

D. Obviamente, ello no supone una actividad de ponderación entre fines procesales y libertad del encartado de forma extensa o escrupulosa, sino que consten de un modo razonable cuáles han sido los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada. En otras palabras, se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se permita identificar cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos fácticos al supuesto legal conforme a criterios racionales.

E. En síntesis, y como se señaló en la referida decisión, la regulación impugnada no elimina el deber de motivación judicial tanto en la imposición como en la sustitución de la detención provisional. Al contrario, potencia el análisis judicial, pues la adopción o la sustitución por una medida alternativa, más allá del mero *datum legis*, debe fundamentarse de forma adecuada por la jurisdicción. Y, por tanto, la regulación actual no supone restricción alguna a la independencia judicial.

Consecuentemente, al existir un pronunciamiento en idéntico sentido a lo expuesto por la Cámara Especializada de lo Penal, es conveniente declarar sin lugar el presente proceso”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Interlocutorias - Sin Lugar, referencia: 2-2012 de fecha 15/02/2012)*

## **INCOMPARENCIA DE LAS PARTES A AUDIENCIA**

NECESARIO ESTABLECIMIENTO DEL CONTENIDO PRECEPTIVO DE LAS DISPOSICIONES EN PUGNA

“Así, el pronunciamiento definitivo en el proceso de inconstitucionalidad está condicionado, principalmente, *por la adecuada configuración del contraste norma-*

*tivo propuesto por el solicitante, a quien le corresponde delimitar con precisión la discrepancia que, desde su particular punto de vista, se produce entre los contenidos normativos de la Constitución y la disposición o cuerpo normativo impugnado.*

2. De tal forma, la configuración del citado contraste normativo supone establecer, precisamente, *el contenido preceptivo de las disposiciones en pugna.*

Para clarificar en qué consiste lo anterior es oportuno mencionar la distinción entre disposición y norma; entendiendo por disposiciones los enunciados lingüísticos prescriptivos producidos por los entes con potestades normativas, mientras que las normas son los mandatos jurídicos que se derivan de la interpretación de las primeras.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que corresponde al actor delimitar el objeto de control, tanto en su manifestación lingüística prescriptiva —la disposición—, como el contenido normativo deducido de dicho objeto —la norma—. De esta manera, la pretensión de inconstitucionalidad se construye a partir de las disposiciones—secundarias y constitucionales—, pero se entabla contrastando las normas de ambas—resultados interpretativos— (resolución de 31-VII-2009, Inc. 94-2007).

Ahora bien, la atribución del contenido normativo ha de partir, en primer lugar, del texto de la disposición impugnada (sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004). Así, en cada caso concreto podrán hacerse las concreciones normativas que el tenor la disposición permita; por tanto, el contraste normativo propuesto ha de basarse en mandatos que puedan construirse a partir de los elementos semánticos de la disposición impugnada.

En ese orden, en la sentencia de 28-IX-2012, Inc. 66-2005 se estableció que es inviable tramitar un proceso de inconstitucional cuando "el pretensor atribuye a la disposición impugnada un contenido totalmente inaceptable, que rebasa sus posibilidades interpretativas, independientemente del método o criterios hermenéuticos que se ocupen".

Así —se indicó—, es imprescindible que el demandante explicita el contenido concreto que atribuye a las normas que impugna. Y, si bien una misma disposición es susceptible de múltiples y variadas interpretaciones, resulta razonable exigir un mínimo de respeto al sentido convencional o contextual de los términos empleados en esta. Consecuentemente, en los casos en que se atribuya a dichos términos un contenido arbitrario, completamente alejado de su significado corriente y obvio, habría que entender que el fundamento material de la pretensión no está configurado adecuadamente, y habría que rechazar la demanda sin trámite completo.

Se aclaró además, que no se trata de prejuzgar el fondo de la pretensión, sino de desechar aquellas interpretaciones que, de entrada, por su incoherencia, no tienen la más mínima posibilidad de conducir a una sentencia estimatoria.

Desde otra perspectiva —se indicó—, esta exigencia tiene como fin último hacer más eficiente la administración de justicia, depurando peticiones infundadas o maliciosas, para priorizar aquellas que sí cumplen con los requisitos —de forma y fondo— mínimos para activar la jurisdicción.

3. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente —verbigracia, sentencia de 3-XII-2002, Inc. 14-99— que la concreción del con-

tenido normativo del precepto legal objetado debe efectuarse —en lo pertinente— mediante un método *integrador o con base en la interpretación sistemática*.

Por tanto, las normas derivadas de las disposiciones jurídicas deben delimitarse tomando en cuenta *suracionalidad* y sus *relaciones con las demás disposiciones* con las cuales configuran un sistema orgánico. De tal forma, las leyes deben interpretarse adoptando el sentido que concilie sus normas y deje a todas con valor y efecto. De tal manera, es insuficiente que se extraigan los preceptos de una ley sin tener en cuenta el contenido de los demás con los que conforma el cuerpo normativo (sentencia de 13-XI-2001, Inc. 41-2000)".

#### EXIGENCIAS RELACIONADAS CON EL CONTRASTE NORMATIVO DEL OBJETO DE CONTROL PROPUESTO

"4. Además, es preciso indicar que el contraste normativo propuesto no debe basarse en un *juicio de perfectibilidad del objeto de control*.

Lo anterior, dado que, según se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional —como cita, sentencia de 13-III-2006, Inc. 27-2005—, el proceso de inconstitucionalidad tiene por objeto declarar la adecuación o no a la Constitución de una norma vigente con efectos generales; ello, desde un plano puramente abstracto. Por tanto, este tribunal "se limita a realizar una confrontación normativa, absteiniéndose de valorar si la formulación de la norma objeto de control es adecuada, oportuna o técnicamente correcta. En otras palabras, no corresponde a la Sala realizar un juicio de perfección, sino de respeto de límites". De tal manera, el examen de constitucionalidad, en principio, no es un juicio por medio del cual pueda pretenderse que este tribunal señale con detalle lo que debe hacer el legislador para cumplir con la Constitución de una manera óptima.

5. De igual forma, es necesario que el contraste normativo propuesto respecto de cada objeto de control —y su respectivo parámetro— se establezca de manera autónoma y plenamente diferenciable.

Así, si la argumentación esbozada postula la violación de una disposición constitucional por la supuesta violación a otra, *tales vulneraciones han de referirse de manera que ambas no dependan mutuamente*; pues, de lo contrario, la fundamentación sería tautológica, y encerraría un círculo vicioso que, a su vez, imposibilitaría el conocimiento del asunto —auto de 14-X-2010, Inc. 11-2010—.

6. Por último, la jurisprudencia de esta Sala también ha establecido que, en tanto "la Constitución es conjunto de normas jurídicas superiores del ordenamiento, y su carácter vinculante se extiende a todos los planos de la normatividad, la interpretación que se haga de toda norma infraconstitucional debe realizarse teniendo en cuenta, respetando y potenciando la normativa constitucional". Por tanto, "es imperativo que toda disposición infraconstitucional se interprete —hasta donde su formulación lingüística lo permita— en forma tal que se respete y potencie la normativa constitucional. Este criterio hermenéutico ha sido denominado interpretación conforme a la Constitución" (sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96).

En ese sentido, cabe inferir una carga adicional para el potencial actor en el proceso de inconstitucionalidad, quien, previo a incoar el citado proceso, debe



tratar de interpretar las disposiciones a impugnar de conformidad con el texto constitucional, con base en el carácter normativo de la Constitución, de donde deriva —se insiste— el citado criterio hermenéutico —de la interpretación conforme con la Constitución—”.

AUSENCIA DE PLAZO PARA JUSTIFICAR LA INASISTENCIA NO GUARDA RELACIÓN CON EL DERECHO DE AUDIENCIA NI IMPIDE SU POSTERIOR JUSTIFICACIÓN

“III. A partir de las acotaciones arriba consignadas, corresponde determinar si las alegaciones formuladas por los actores son susceptibles del análisis constitucional solicitado.

1. A. En cuanto a los arts. 291 inc. 1°, 425 inc. 2°, 467 incs. 3° y 4° y 580 inc. 2° C.Pr.C.M., los solicitantes objetan, por un lado, (i) la falta de plazo para justificar la inasistencia de las partes; por otro lado, (ii) que la incomparecencia de las partes produce una resolución que puede incidir en los intereses rebatidos en el proceso, ello, sin más trámite y sin posibilidad de comparecer nuevamente a desvirtuar los hechos planteados. Con lo cual se vulnera el derecho de audiencia establecido en el art. 11 Cn.

En ese orden, es de señalar que el parámetro de control propuesto por los peticionarios es el derecho de audiencia consagrado en el art. 11 Cn.; el cual, según los solicitantes, esencialmente supone que, previo a la privación de un derecho, *se permita la intervención en el proceso respectivo, a fin de conocer los hechos que lo motivaron, y tener la posibilidad de comparecer para intentar desvirtuarlos*. Así, tal derecho posee un contenido complejo, que *“se concreta en la estructura de los procesos y, por tanto, también por medio de instancias, recursos o medios impugnativos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a ésta de basamento”*. [.]

(i) Ahora bien, al analizar el contenido normativo de las disposiciones impugnadas se advierte, en primer lugar, que *la falta de plazo para presentarse a justificar la incomparecencia no guarda relación con el derecho de audiencia*, pues desde el punto de vista puramente normativo, de ello no se desprende alguna disminución en las posibilidades de intervención que puedan tener las partes en el proceso.

Por el contrario, este tribunal lo que advierte es únicamente la *preferencia legislativa de los actores*, quienes han comparado el texto impugnado con textos extranjeros, en los que sí se establece un plazo para justificar la incomparecencia. Por tanto, los solicitantes proponen una valoración *de perfectibilidad* del contenido normativo de las disposiciones impugnadas, puesto que se plantea la manera de *mejorar* los preceptos legales objetados. Tal circunstancia, como se indicó en el apartado II.4 de esta resolución, no puede establecerse en un proceso de inconstitucional, pues este, en principio, no tiene por fin determinar el contenido óptimo de la ley, ya que ello le corresponde al legislador.

En ese sentido, este tribunal no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las referidas disposiciones legales, por lo que corresponde declarar improcedente este punto de la pretensión.

(ii) Por otro lado, el contenido normativo de las disposiciones citadas no supone la imposibilidad de que las partes comparezcan nuevamente en el proceso

a desvirtuar los hechos planteados; el enunciado lingüístico de dichas disposiciones no prevé tal circunstancia. En cambio, establece determinadas consecuencias jurídicas ante la incomparecencia de las partes, cuando tal ausencia no esté debidamente justificada, de lo cual se colige que existe la posibilidad de justificar dicha ausencia.

De tal forma, es preciso indicar que —como se anotó en el punto II.2 de esta resolución—, si bien a la parte actora le corresponde especificar el contenido normativo de las disposiciones impugnadas, el contraste normativo propuesto *debe poder inferirse de los elementos semánticos convencionales o contextuales de la disposición impugnada*. Circunstancia que no ocurre en el caso concreto, pues, como se estableció, las disposiciones impugnadas no prohíben la intervención futura de quien no se haya presentado a una audiencia, por lo que de su texto no puede colegirse una norma que impida que las partes se apersonen al proceso a controvertir los hechos planteados.

Por otro lado, debe tenerse presente que el parámetro de control propuesto es el derecho de audiencia, respecto del cual, los propios actores han expuesto que "es de contenido complejo, el mismo se *concreta en la estructura de los procesos* y, por tanto, también por medio de instancias, recursos o medios impugnativos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a ésta de basamento".

Así, para dirimir la cuestión resulta aplicable lo establecido en el apartado II.3 de esta resolución, en cuanto a que la concreción del contenido normativo de los preceptos legales debe efectuarse mediante un método integrador o con base en la interpretación sistemática. De tal forma, es útil hacer notar que el C.Pr.C.M. establece una serie de mecanismos previstos para potenciar la intervención de las partes en el proceso.[...]

Por otro lado, se advierte que la normativa procesal civil y mercantil contempla varios supuestos relacionados con la suspensión de audiencias en razón de motivos —justificados ante la autoridad judicial— que impidan la comparecencia de las partes.[...]

De tal manera, advierte este tribunal que los solicitantes, por un lado, le han atribuido a los arts. 291 inc. 1°, 425 inc. 2°, 467 incs. 3° y 4° y 580 inc. 2° 291 inc. 1° C.Pr.C.M. un contenido normativo *que no puede colegirse del sentido convencional de su texto*, pues estos no excluyen la posibilidad de que las partes se apersonen al proceso para exponer sus alegatos; por otro lado, han omitido efectuar una interpretación sistemática del cuerpo legal que contiene las disposiciones impugnadas; y soslayado el criterio hermenéutico que establece el requisito de interpretar dichas disposiciones conforme con la Constitución —según se acotó en el apartado II.6 de esta resolución—.

Así, al verificarse que las alegaciones de inconstitucionalidad planteadas en relación con los arts. 291 inc. 1°, 425 inc. 2°, 467 incs. 3° y 4° y 580 inc. 2° C.Pr.C.M. se basan en una interpretación inapropiada de los preceptos impugnados, el contraste normativo propuesto se toma ilusorio e insostenible; por lo tanto, no procede el análisis de la supuesta vulneración al artículo 11 de la Constitución".

## CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL CONTEMPLA LA MISMA CONSECUENCIA JURÍDICA A TODAS LAS PARTES

“B. Por lo que respecta a los arts. 291 incs. 2° y 3°, 425 inc. 2° y 580 inc. 2° C. Pr. C. M., también se alega el quebrantamiento del principio de igualdad, por provocar una distinción entre las partes cuando se presenta solo una de estas a la audiencia, pues el juez resolverá el punto respectivo sin escuchar a la contraparte.

Acerca de tal alegato, es necesario señalar que la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que el principio de igualdad, prima facie (a primera vista), se presenta como exigencia de equiparación; es decir, en virtud de ella se debe dar un trato igual a circunstancias semejantes o cuyas diferencias sean irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disposición (sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002).

Así, se advierte que los preceptos normativos impugnados contemplan la misma consecuencia jurídica para el supuesto de inasistencia de alguna de las partes: el juez resolverá sin escuchar a la parte ausente, sea demandado o demandante. De tal forma, los preceptos normativos impugnados, desde el plano objetivo, equiparan las consecuencias jurídicas de la ausencia, se trate del demandante como del demandado, por lo que, a partir de las alegaciones de los solicitantes, no es posible advertir de qué manera el contenido normativo del objeto de control quebranta el principio de igualdad, ya que —contrario a los sostenido por los actores— no establece diferenciación alguna entre las partes.

Por tanto, también en este caso se advierte una atribución del contenido normativo de los preceptos objeto de control no contemplado por su enunciado lingüístico, por lo cual resulta incoherente con lo preceptuado en aquellos.

En ese sentido, en este punto es igualmente aplicable lo anotado en el acápite II.2 de esta resolución: que, si bien a la parte actora le corresponde especificar el contenido normativo de las disposiciones impugnadas, el contraste normativo propuesto ha de basarse en mandatos que puedan construirse a partir del sentido convencional o contextual del tenor de la disposición impugnada.

Consecuentemente, visto que, al igual que en el punto anterior, la inconstitucionalidad acerca de los arts. 291 incs. 2° y 3°, 425 inc. 2° y 580 inc. 2° C.Pr.C.M. se basa en una concreción inapropiada de su contenido prescriptivo, el contraste normativo esbozado también se vuelve ilusorio e insostenible; por lo tanto, no procede el análisis del alegado quebrantamiento del principio de igualdad.

## CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL CONTEMPLA MÚLTIPLES MECANISMOS DE INTERVENCIÓN EN CASO DE INCOMPARECENCIA

“2. Corresponde ahora dirimir las otras alegaciones relacionadas con todos los preceptos normativos impugnados.

A. Los peticionares arguyen el quebrantamiento de la seguridad jurídica — que derivan del art. 1 Cn.— en relación con el principio de legalidad —art. 15 Cn.—, por habilitarse la posibilidad de celebrar audiencias sin la presencia de alguna de las partes; y, la vulneración de la garantía del debido proceso, porque

en los preceptos impugnados se irrespetan los principios procesales que se encuentran regulados en la Constitución.

Respecto de dichos argumentos, se advierte que los actores únicamente reiteran los motivos de inconstitucionalidad expuestos en otros puntos de su pretensión referidos al derecho de audiencia, pero no exponen razones autónomas para sustentar la vulneración de la seguridad jurídica y del debido proceso. De tal manera, el planteamiento de dichas vulneraciones resulta tautológico, pues depende de las violaciones ya expuestas en otros puntos de la pretensión; y ello —según lo anotado en el punto II.5— revela un vicio argumental que toma improcedente su análisis constitucional.

B. Además, aludieron al principio de publicidad, cuyo fundamento constitucional tampoco han consignado; el cual, según los pretensores, supone la prohibición de una justicia secreta, o de procedimientos ocultos, o fallos sin antecedentes o motivaciones.

De tal forma, el contenido normativo que le asignan al parámetro de control contempla la *posibilidad de conocer lo actuado en el proceso*; pero, a la vez, los peticionarios consideran que para ello *es necesario estar presente en las audiencias o tener un plazo para justificar la ausencia*. Tal afirmación también resulta incoherente, pues, el contenido del principio de publicidad, en los términos expuestos por los propios solicitantes, no se dirige a la posibilidad de justificar la ausencia —ya que ello se vincula con otros derechos o principios—, sino a la facultad de conocer lo sucedido, utilizando las vías procedimentales idóneas para ello: ya sea apersonándose en los actos procesales, mediante los actos de comunicación o a través de la consulta del expediente del proceso. Además, la incomparecencia a una audiencia no toma secreto el proceso para quien no haya comparecido.

Así, es útil reiterar —como se indicó en el acápite II.3— que la especificación del contenido normativo de un precepto legal debe practicarse mediante un método *integrador o con base en la interpretación sistemática*.

Por consiguiente, es oportuno señalar que, según se anotó al inicio de este considerando, el C.Pr.C.M. contempla múltiples mecanismos de intervención en el proceso ante la eventual incomparecencia en una audiencia. Además, dicho cuerpo normativo establece la obligación de notificar lo actuado a las partes (arts. 169 y ss. C.Pr.C.M.), las cuales también pueden presentarse al tribunal respectivo para que se les notifiquen las resoluciones dictadas en el proceso (art. 172 C.Pr.C.M.). Y por último, es de señalar que las partes tienen la posibilidad de examinar el expediente del proceso, el cual conserva lo esencial de todo lo actuado, de manera que puede ser conocido al consultarlo (art. 165 C.Pr.C.M.).

Con lo anterior quedan en evidencia los vicios argumentales de este punto de la pretensión: primero, la omisión de establecer el fundamento constitucional del principio propuesto como parámetro de control, que, como ya se indicó, es uno de los extremos del contraste normativo que ha de establecer la parte actora; segundo, plantear la inconstitucionalidad a partir de aseveraciones que, desde el punto de vista normativo, no se vinculan con el contenido atribuido al objeto de control; tercero, no hacer una interpretación sistemática de las disposiciones impugnadas, es decir, sin tomar en consideración las demás disposicio-

nes que forman parte del cuerpo legal al que pertenecen. Vicios que, en suma, provocan la improcedencia de este punto de la pretensión”.

(*Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 48-2012 de fecha 14/12/2012*)

## JURISDICCIÓN PENAL ESPECIALIZADA

### CARACTERÍSTICAS DEL JUEZ NATURAL

"III. 1. Actualmente, y como esta Sala lo ha establecido en las Sentencias de 20-VII-1999 y 19-IV-2005, Incs. 5-99 y 46-2003, respectivamente, por *jurisdicción* se entiende la *aplicación irrevocable del derecho mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados realizada por jueces independientes e imparciales*, función fundamental que es encomendada por la Constitución al Órgano Judicial (art. 172 Cn.)

Tal es su importancia en la Constitución que basta advertir el número de disposiciones que se refieren a sus aspectos esenciales. Así tenemos, de manera ejemplificativa, los arts. 15, 16, 172 y 186 Cn. Lo esencial y que interesa recalcar de dichas disposiciones es que establecen de forma integral que la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde claramente a jueces y magistrados como funcionarios investidos de la *potestad* para aplicar el Derecho al caso concreto bajo los principios de independencia, imparcialidad, tecnicidad e inamovilidad.

2. La exclusividad de la jurisdicción cuenta con dos importantes dimensiones: una de carácter positivo y una de carácter negativo.

En su dimensión positiva, se establece una organización normativa y material de juzgados, tribunales, cámaras y salas que culmina con la selección de la persona física que será investida con tal poder en nombre y representación del Estado.

Es aquí donde adquiere relevancia la idea del juez natural, que en la actualidad se desarrolla bajo la denominación del juez previamente determinado por ley, que trasciende la simple idea del juez del lugar del delito.

El poder jurisdiccional que se personaliza en el denominado *juez natural*, supone la posesión de tres características esenciales cuya falta desnaturaliza esa referida potestad. A saber: *independencia, imparcialidad e idoneidad*.

A. La *independencia* se configura como una garantía del justiciable a someterse ante un juez que resuelve motivado por estrictos criterios jurídicos, sin intromisiones indebidas, tanto externas como internas al Órgano Judicial. Como correlato surgen dos deberes: a) al Estado para garantizar aquella característica y b) al juez en su carácter individual, quien debe emitir decisiones exclusivamente basadas en la Constitución y la ley.

B. Por otra parte, la *imparcialidad* significa, que el juez no se dejará llevar por ningún otro interés que no sea la aplicación correcta de la ley y la solución justa del litigio tal. En otros términos, quien resuelve judicialmente no debe tener interés alguno directo o indirecto en el resultado y ello se traduce en la prohibición de mantener vínculos cercanos con alguna de las posiciones contendientes, que para un observador razonable despierte sospechas de parcialidad.

De ahí que tengan pleno sentido las regulaciones procesales de los impedimentos, excusas y recusaciones para salvaguarda de tal imparcialidad. Pues no puede emitirse una decisión justa si quien la imparte está comprometido con algún interés derivado del conflicto que se le plantea.

C. Por último, la *idoneidad*, en términos generales, se refiere a la capacidad o aptitud para hacer algo de forma satisfactoria. En materia jurisdiccional ello comporta la idea del juez técnico lo cual implica que no puede ser investido de tal potestad quien no tiene la preparación técnica suficiente para resolver cuestiones relativas a la aplicación del derecho. Así, esta Sala en el ya citado pronunciamiento de 19-IV-2005 –Inc. 46-2003– expone de forma muy clara, que toda decisión judicial debe fundamentarse bajo parámetros estrictamente normativos y jurídicamente sustentables”.

#### PROHIBICIÓN DE CREACIÓN DE TRIBUNALES EX POST FACTO O AD HOC

“2. En su dimensión negativa, el principio del monopolio exclusivo de la jurisdicción por jueces y magistrados, prohíbe enfáticamente la creación de tribunales *ex post facto* o *ad hoc* así como la creación de comisiones especiales provenientes de otros poderes del Estado encargadas de auditar el trabajo jurisdiccional. Se advierte en la caracterización de esta faceta, su noción de garantía que intenta evitar la manipulación arbitraria del resultado del proceso, conjurándose las siguientes posibilidades:

A. Impide los denominados tribunales de excepción, que son aquellos constituidos para juzgar un caso particular o casos individuales (*ad hoc*), que –además– vulneran la garantía constitucional de igualdad ante la ley en razón de ser una competencia de carácter discriminatorio. En algunos casos, estos entes suelen ser conformados *ex post* al hecho que juzgan, constituyendo así una inaceptable violación al principio constitucional del juez predeterminado por la ley.

B. Se vuelve inadmisibles la conformación de comisiones especiales, es decir, de órganos no jurisdiccionales a los que se les atribuye determinada competencia y cuyo origen parte de un designio de los poderes ejecutivos o legislativos. Tales creaciones constituyen una clara afrenta al principio constitucional de separación e independencia de poderes”.

#### ÓRGANO ACUSADOR NO TIENE FACULTAD DE DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL

“Es evidente que el juez no puede ejercer una jurisdicción ilimitada en todas las materias posibles. Por ende, la competencia es una limitación de la jurisdicción del juez consistente en la aptitud de conocer de determinados tipos de casos. En otras palabras, lo que está atribuido a alguien. De ahí que es posible afirmar que el término competencia se constituye en una medida que distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.

Ahora bien, si la competencia delimita la zona de conocimiento, intervención, decisión y ejecución del juez –determinando el espacio, la materia y el grado de los asuntos que le incumben–, también existen ciertas limitaciones constitucionales que ella debe tener en un diseño procesal. Tales como:

A. Corresponde al Legislativo determinar la competencia como un elemento inherente a la función jurisdiccional. Así la misma no podrá ser modificada por ninguna norma de carácter infra-legal como un reglamento administrativo, tampoco por algún fallo judicial, ni por ninguna decisión dimanante del Ejecutivo.

B. Por otra parte, debe ser previa al hecho, pues nadie puede ser sustraído de los jueces designados por la ley antes de que haya acontecido el hecho que motiva el proceso. Y esto tiene una clara razón de evitar que el legislador, por razones políticas o circunstanciales, modifique la distribución de competencias y de esta manera provocar intencionalmente que un proceso pase a manos de otro juzgador.

C. En este ámbito también debe respetarse el principio de igualdad, lo cual significa que las reglas de distribución de casos no pueden demostrar una actitud discriminatoria. Por ende, es válida la formulación de una competencia con carácter general y teniendo en cuenta la distribución de trabajo conforme a la especialización en razón de la materia.

D. Resulta permitido que el Legislativo efectúe cambios en el ámbito de la competencia general en los tribunales de justicia, pero tales cambios únicamente deben regir para el futuro. Lo anterior excluye la posibilidad de efectuar una modificación de competencias con efectos retroactivos. A tal noción atiende el instituto procesal conocido como la *perpetuatio jurisdictionis* (perpetuidad de la jurisdicción) el cual prescribe que todo litigio debe ser terminado allí donde ha comenzado.

Si bien, el anterior principio se concretiza como una regla de carácter general, cabe una excepción: resulta posible una alteración *general* de la competencia en relación con *todos* los procesos en curso, si los cambios se basan en un nuevo diseño procesal que permite la consecución de una pronta y cumplida justicia y el respeto a los principios y garantías fundamentales del debido proceso.

Desde tal premisa, cuando los cambios suponen un progreso o avance significativo en el ámbito del enjuiciamiento, conforme a la implementación de mecanismos e institutos que potencien la protección jurisdiccional y la resolución de conflictos con celeridad y eficacia, no se da lesión alguna a los principios constitucionales que subyacen tras la noción jurídica de la competencia –juez natural, independencia, imparcialidad, etc.– Empero, si los cambios buscan colocar arbitrariamente al justiciable bajo la cobertura de unos tribunales distintos a los que corresponden juzgarlo al momento del hecho, sí podemos encontrarnos frente a la inobservancia del principio del juez natural.

Tampoco resulta admisible que sean las partes procesales, particularmente en el ámbito del proceso penal, quienes fijen a cuál juez o tribunal corresponde el conocimiento de la causa, según sus intereses.

En tal sentido, es procedente reafirmar lo expuesto en las decisiones de competencia emitidas por la Corte Suprema de Justicia el 14-XII-2010 –Ref. 03-COM-2010 y 49-COM-2010– las cuales afirman enfáticamente que la competencia dentro del proceso penal resulta ser un presupuesto indisponible para el correcto funcionamiento del sistema de enjuiciamiento de una persona a quien se atribuye la comisión de un delito. En otras palabras, ni los sujetos procesales ni el juez pueden definir de forma discrecional la sede encargada de dirimir el

conflicto penal, sino que ella debe estar previamente determinada por la ley, por lo que no resulta admisible constitucionalmente que el órgano acusador fije la competencia judicial”.

#### POLÍTICAS CRIMINALES ENCAMINADAS AL COMBATE DEL CRIMEN ORGANIZADO

“2. A. Al respecto, esta Sala es consciente que en los últimos años se ha producido un serio agravamiento en el ámbito de la criminalidad en el país y en la región. Así, frente a las actividades clásicas llevadas a cabo de forma individual, se observa el progresivo desarrollo de una criminalidad organizada, que en la actualidad representa un grave peligro para la seguridad de los derechos de la población.

Ella está compuesta de grupos de personas que se encuentran en condiciones de actuar en los ámbitos políticos, institucionales y económicos del país, llegando su poder hasta condicionar negativamente a sectores enteros de la vida productiva. Tal situación es la que ha dado lugar a hablar de “crimen organizado”, “crimen organizado global”, “asociaciones criminales internacionales” y otros términos para relacionar tal fenómeno.

Ante ello, la potestad exclusiva del Estado de ejercer el uso de la fuerza conforme al marco constitucional, es desafiada por esos actores que intentan disputar el poder del Estado, logrando de forma progresiva mantener una presencia territorial en el país. Y es que, la aspiración de estos grupos llega hasta el control de las mismas instituciones que han sido encargadas de su combate mediante la corrupción y el soborno.

B. La creación y mantenimiento de una estructura organizada criminal, supone un incremento significativo del peligro para los bienes jurídicos de los habitantes de una nación y de la misma configuración democrática de los Estados modernos. Por ende, su combate –principalmente mediante el Derecho penal– está más que justificado.

a. Por ello es que, en la actualidad, dentro de las medidas que se han adoptado dentro del ámbito penal material se encuentran la modificación de tipos penales o la introducción de algunos nuevos; la reelaboración dogmática de algunas categorías de la teoría del delito, en especial de la autoría y la participación; y la creación de tipos de peligro abstracto que conlleven el castigo por la mera pertenencia a una agrupación criminal.

b. En el ámbito procesal se destacan como medios de investigación, justificados por las dificultades inherentes a la recolección de elementos de prueba, técnicas especiales como el uso del agente encubierto y la entrega vigilada, o el uso de tecnología como las cámaras de video, el tratamiento sistematizado de datos personales, entre otros.

c. Mientras que en la organización del sistema penal en general se destacan la instauración de órganos especializados de la persecución –unidades élites de la policía o del Ministerio Público fiscal– como de juzgamiento –competencias judiciales especializadas–.

d. No pueden dejarse de lado las importantes transformaciones que acaecen en el Derecho internacional, cuyos aportes van relativizando el principio de territorialidad y soberanía, y fortaleciendo la cooperación internacional para el



enfrentamiento, sin restricciones locales, de este tipo de criminalidad, aún invocándose la aplicación del principio de *jurisdicción universal* en estos casos”.

#### INADMISIBLE EL USO DE MECANISMOS PARA-JURÍDICOS QUE IMPLIQUEN NEGOCIACIONES CON EL CRIMEN EN GENERAL

“C. Tales medidas, tanto de corte legal como logístico e instrumental, se insertan en el marco de lo que la noción del Estado Constitucional de Derecho conlleva, en particular del respeto al imperio de la ley y su aplicación.

En tal sentido, es procedente señalar que la misión tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal dentro de este ámbito, parten de la base de asegurar los valores fundamentales consensuados dentro del marco de la Constitución y el afianzamiento de la identidad normativa de la sociedad conforme la aplicación de la pena en aquellos casos en que se ha realizado un delito.

Desde tal perspectiva, no resulta aceptable dentro del marco del respeto de la Constitución y la ley, la formulación de acuerdos de no persecución criminal o el establecimiento de alguna prerrogativa para dispensar la aplicación de las disposiciones jurídicas para quien las viole, pues ello pone en entredicho el mismo ordenamiento jurídico y el ejercicio de fidelidad al Derecho que todo ciudadano debe tener en relación con este último.

En otras palabras, no resulta admisible desde las bases del Estado Constitucional de Derecho, el uso de mecanismos para-jurídicos que impliquen negociaciones con el crimen en general, y menos con el crimen organizado, bajo las condiciones de reducir los índices delincuenciales a cambio de beneficios que no encajan en el marco normativo penitenciario que informa la finalidad de la pena –art. 27 Cn.–; o a cambio de dejar sin efecto la vigencia y aplicación de la legislación penal”.

#### CONDICIONES NECESARIAS PARA LA CREACIÓN DE JURISDICCIONES CON COMPETENCIA ESPECIALIZADA PARA CONOCER DEL CRIMEN ORGANIZADO

“3. Ahora bien, en relación con la creación de órganos judiciales para el sólo conocimiento de los delitos atinentes al ámbito del crimen organizado, debe señalarse que la prohibición establecida en el art. 190 de la Cn. responde fundamentalmente al respecto del principio de igualdad del art. 3 Cn., pero también al ámbito de la jurisdiccionalidad y de los principios concatenados alrededor de ella –independencia, imparcialidad, idoneidad y objetividad–; con la consecuencia de evitar en materia penal juzgamientos privilegiados o juzgamientos agravados, sea en razón de la persona o en razón de los delitos.

Ello no significa que no puedan crearse jurisdicciones con competencias especializadas en razón de la materia, como acontece en el caso de los tribunales militares o de la justicia penal juvenil. Sin embargo, la creación de cualquier jurisdicción para el referido conocimiento de la criminalidad organizada, desde una perspectiva constitucional debe cumplir ciertas condiciones:

A. Que la tarea de impartir justicia esté a cargo de jueces nombrados conforme a los parámetros constitucionales y legales, pertenecientes al órgano judicial

y sean nombrados de acuerdo a los mecanismos de selección que garanticen su capacidad y mérito –idoneidad técnica y objetiva–.

B. Que dentro de su función sean respetados los antedichos principios de juez natural como una forma de garantizar su independencia e imparcialidad, así como los diferentes principios que informan el proceso constitucionalmente configurado, con el fin de asegurar un procedimiento de solución de conflictos que garantice los derechos constitucionales tanto del imputado, como de la víctima y los demás sujetos procesales.

C. Que el ámbito de su competencia sea estrictamente delimitado conforme al principio constitucional de *legalidad procesal*, a fin de evitar una manipulación arbitraria del procedimiento. En otras palabras, no puede existir una *indeterminación de las reglas de competencia* que faculte sustraer arbitrariamente una causa del juez a quien corresponde conocer, para tramitarla en otro tribunal donde el accionante pueda considerar como probable una decisión favorable a sus intereses.

En tal sentido, *las reglas de competencia en su tenor literal deben ser sumamente claras en orden a evitar que el inicio de un procedimiento penal penda de una interpretación subjetiva tanto del accionante como del juez que conoce*. Y es aquí donde el tema se conecta con la idea de la legalidad procesal y sus requerimientos que ha señalado el Fiscal General en su intervención –ley procesal penal *previa, clara y precisa*, con respeto del principio de reserva de ley formal–.

D. Que tal seccionamiento de la competencia se encuentre justificado en razón de la materia, exige una evaluación conforme a parámetros objetivos y razonables como la división equitativa de la carga judicial, la especialización de la materia y los requerimientos reales que requiere la sociedad en el ámbito de la administración de justicia. El único límite para tales normas procesales es que no deben implicar de forma expresa o encubierta un tratamiento desigual, que a la vez sea injustificadamente riguroso en cuanto a sus consecuencias, particularmente en el caso de las que imponen las normas penales”.

#### CARACTERÍSTICAS DEL CRIMEN ORGANIZADO QUE HABILITAN LA COMPETENCIA ESPECIALIZADA EN LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA

“4. La LECODREC brinda un concepto de *crimen organizado* que pese a lo escueto de su redacción, puede ser objetivamente delimitado interpretativamente en orden a las características de generalidad y precisión semántica que debe tener la formulación normativa para señalar la competencia. Tal delimitación debe comprender los siguientes elementos: (a) grupo compuesto de dos o más personas; (b) estructurado; (c) que exista durante cierto tiempo; y (d) actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos.

Si bien es cierto, que tal disposición hace referencia a la confabulación de dos o más personas para la realización de un solo delito, gramaticalmente cuando se utiliza el término “organización”, ella requiere dentro de una concepción adecuada y estricta del término, que los miembros de la misma actúen dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles

jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que aseguren la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado.

En consonancia con lo anterior, es posible comprender la plenitud de tales requisitos, en orden a evitar dificultades probatorias, tomando como base un *concepto de crimen organizado orientado a las consecuencias*, en cuya esencia dos o más personas programen un proyecto, un plan o propósito para el desarrollo de la acción criminal, sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, bastando únicamente un *principio de organización de carácter permanente*. En este último sentido, ha de requerirse judicialmente una especial continuidad temporal o durabilidad que vaya más allá del simple u ocasional consorcio para el delito.

Queda descartado entonces, dentro del programa normativo del inc. 2° del art. 1 de la LECODREC –pese a que una lectura fraccionada del texto lo señale–, la mera confabulación aislada para cometer un solo delito o la mera coautoría en la ejecución de un solo delito o aún de varios sin permanencia o continuidad de esa conjunción de personas o sin al menos el principio de una composición organizacional estable, que se proyecta más allá de sus miembros.

Por las consideraciones expuestas *supra*, cuando la referida ley especial establece el actuar concertadamente con el propósito de cometer aunque sea un solo delito, debe entenderse como condición ineludible la existencia de una estructura u organización cuyo orden interno puede ser regularmente piramidal, de estructura claramente jerárquica, dentro de la cual los órganos decisivos no son los mismos que los ejecutivos.

En otros términos, los agentes encargados de ejecutar el delito no participan en la conformación del objeto de la organización ni en la selección de los objetivos, son sencillamente instrumentos reemplazables, sujetos a un código de comportamiento y penalización en el caso que la infrinjan, sin poder alguno para entorpecer el plan o de interrumpirlo, como acontece en la simple coautoría.

Por otra parte, debido a la envergadura de los daños sociales que tal tipo de criminalidad comporta para una nación y para su sistema político, institucional y económico, la creación de órganos especializados de investigación y de juzgamiento como una opción que el legislador ha considerado adecuada para su combate, está suficientemente justificada en orden a su libertad de configuración legal y dentro del marco de fines que preside la formulación de la política criminal nacional.

Corresponde por consiguiente, descartar la inconstitucionalidad de los tribunales penales con competencia especializada en materia de *crimen organizado*, por ser objetivamente determinable su ámbito de conocimiento y encontrarse justificada su creación, de acuerdo con valoraciones político-criminales que el legislador ha considerado oportunas, en razón de la gravedad y complejidad de tal tipo de delincuencia.

Sin embargo, desde las perspectivas de la seguridad jurídica, el Legislativo no debe utilizar conceptos jurídicos indeterminables objetivamente o simples elementos agravantes como criterios que delimiten las competencias “es-

pecializadas”; por el contrario, es exigible que se denoten con cierta claridad y contundencia los elementos de la realidad que delimiten previamente al juez que deberá conocer los asuntos de criminalidad organizada. La prohibición de fuero atractivo resultaría burlada ante el uso de criterios dispares o imprecisos que dejen un margen de arbitrariedad al aplicador; y de nada serviría respetar superficialmente el mandato de legalidad –y sus garantías de generalidad y abstracción–, cuando la ley misma da lugar a su aplicación arbitraria, mediante cláusulas ambiguas o imprecisas, o sobre aspectos relevantes del delito que solo pueden tenerse por acreditados fehacientemente hasta el final del proceso –como *v. gr.* las agravantes–.

Es decir, lo que se impone sobre la adecuada definición de la competencia es utilizar el sistema de *numerus clausus* o enumeración taxativa para fijar los delitos que entrarían en conocimiento de esta jurisdicción con competencia especializada y que se relacionen con el *modus operandi* de estas organizaciones”.

#### DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA

“5. El segundo término utilizado por la ley para fijar la competencia, y que corresponde analizar es qué se entiende por *delitos de realización compleja*.

En este ámbito, la ley fija como tales –de acuerdo con el inc. 3° del art. 1 LECODREC – los delitos de homicidio simple o agravado; secuestro y extorsión, siempre y cuando se cumpla *alguna* de las circunstancias siguientes: (a) hayan sido realizado por dos o más personas, (b) que la acción recaiga sobre dos o más víctimas, o (c) que su perpetración provoque alarma o conmoción social.

Es evidente que el término *realización compleja* el legislador lo ha delimitado a tres figuras delictivas, cuya naturaleza jurídica no se modifica en modo alguno cuando –de acuerdo con su simple tenor literal– comprenda en su amplitud a la mera coautoría o al número de titulares de bienes jurídicos individuales que resulten afectados.

Este sentido interpretativo no justificaría de forma satisfactoria la creación de órganos específicos para la sustanciación de tales hechos, pues no se muestra criterio alguno de especialización –particularmente de la materia– que permita la diferenciación con la jurisdicción penal ordinaria. Al contrario, por ser delitos cuya comisión, investigación y juzgamiento es frecuente, supone una disminución en los ingresos para unos –la jurisdicción penal ordinaria– y sobrecarga de trabajos para otros –jurisdicción penal especializada–.

Adicionalmente a lo anterior, tal definición legislativa de “complejidad delictiva”, se muestra relativamente distanciada de la caracterización que en el ámbito científico penal se considera como complejo; y esto sería por la naturaleza del delito –criterio sustantivo– o por las dificultades probatorias que entraña su investigación –criterio procesal–.

Los denominados “delitos complejos” se definen como aquellos en los que *la acción típica se integra por dos conductas constitutivas de delitos autónomos* –robo con homicidio por ejemplo, art. 129 núm. 2° C.Pn. –. En tales casos, esas figuras delictivas son reunidas por el legislador en un sólo tipo delictivo, en virtud de una determinada relación de conexión que, de acuerdo con una valoración

político-criminal, merece ser penado de una forma más grave que a las que corresponderían al concurso ideal impropio o medial de delitos.

En cuanto a la complejidad en materia procesal, esta se relaciona con las dificultades probatorias que entraña la persecución de los denominados delitos *no convencionales*, estos son *aquellos que generan un enorme daño social, concreto o potencial, para el desarrollo político, social y económico de la población en general, y en los que se afectan prioritariamente intereses colectivos y difusos*.

Dentro de tales, destacan los delitos socio-económicos cuya ejecución se realiza en el marco de la vida económica de un país o en estrecha relación con el referido medio, y en los que la instrumentalización de personas jurídicas es una constante para su comisión.

Dentro del ámbito de la no convencionalidad, se relacionan –y se mencionan sin pretensión de exhaustividad– los delitos contra el medio ambiente, fraudes fiscales, monopolio, oligopolio, competencia desleal, defraudaciones bancarias, fraudes al consumidor, y delitos que afectan a la Administración Pública, en particular la corrupción pública –malversación, cohecho, peculado, negociaciones ilícitas–.

Pero también, dentro de este apartado quedan una variedad de delitos clásicos –por ejemplo estafa– cuyas modalidades de comisión se han diversificado mediante el uso de instrumentos tecnológicos –delincuencia informática –.

En estos casos, su mera incorporación al Código Penal o la modificación sancionatoria que se les pueda dispensar resulta insuficiente para su castigo; así, en ocasiones resulta necesario que el diseño de enjuiciamiento penal responda al grado de complejidad técnica que conlleva su realización”.

#### INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE COMPLEJIDAD CONTENIDO EN LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA

“6. La LECODREC no se refiere al concepto sustantivo de complejidad, ni al procesal; sino que se trata de una interpretación *sui generis* que fija la competencia acerca de hechos que no necesariamente revelan desde el inicio o dentro de su diligenciamiento, dificultad probatoria alguna.

Pese a ello, es posible efectuar una interpretación sistemática del referido inc. 3° en relación con el inc. 2° del mismo art. 1 LECODREC, entendiendo *que es aplicable como criterio de competencia si el homicidio simple o agravado, secuestro o extorsión es realizado por una organización criminal de las características descritas en el inciso primero*.

Desde esta perspectiva, cuando se ejecuta de manera planificada cualquiera de los delitos antes citados, mediante una organización de naturaleza permanente, con cierto nivel de jerarquización y en los que existe una disociación entre los que deciden y ejecutan, tal reparto de funciones, generará fuertes dificultades para las instancias públicas de persecución, requiriendo para ello –por ejemplo– el uso de los denominados métodos extraordinarios de investigación para su efectiva comprobación.

Aunado a lo anterior, esa participación organizada y plural de varias personas dentro de la actividad criminal, es susceptible de ocasionar dificultades

probatorias en relación con la individualización del rol o papel de cada uno de los intervinientes, lo que constituye una dificultad inherente al fenómeno asociativo, en cuanto a que tal organización tiende a difuminar las responsabilidades individuales de sus integrantes.

Este razonamiento, se refleja igualmente en el considerando II del D.L. 190, emitido el 20-XII-2006, que contiene a la LECODREC, cuando señala que "...en la actualidad, los delitos más graves que se cometen tanto en el ámbito nacional como internacional, revisten las características del crimen organizado o son de realización compleja. En consecuencia, es necesario regular un procedimiento especializado que con mayor celeridad y eficacia sancione tales hechos, así como establecer jueces y tribunales que atiendan con exclusividad este tipo de delitos, a los que se les deben brindar garantías y seguridad para minimizar la posibilidad de algún tipo de presión que ejerzan las estructuras de criminalidad organizada".

En síntesis, la *realización compleja* a que hace referencia la ley se relaciona con las dificultades probatorias que acaecen cuando los hechos descritos en el inc. 2° son realizados por organizaciones delictivas, y en los que la determinación de la autoría criminal presenta varias dificultades probatorias derivadas de los rasgos propios del colectivo criminal, tales como la multiplicidad de personas, rangos dentro de la organización, responsabilidades asignadas a mandos medios y miembros, relaciones entre integrantes de la cúpula decisoria y los ejecutores, operaciones delictivas concretas planeadas y realizadas, etc".

#### ALARMA O CONMOCIÓN SOCIAL NO PUEDE UTILIZARSE COMO CRITERIO PARA DELIMITAR LA COMPETENCIA ESPECIALIZADA

"7. Corresponde analizar el criterio de la "alarma o conmoción social" regulado en el inc. 3° del art. 1 LECODREC. Tal término denota, dentro de la doctrina procesal penal, la reacción o conmoción que ante la opinión pública causa la ejecución de determinado delito, y a la que se intenta dar cabida en la valoración judicial, ya sea como un dato a tomar en cuenta en la imposición de consecuencias penales, o para decretar una medida cautelar como la detención provisional.

En su esencia, la alarma o conmoción social no es más que una de las tantas concepciones derivadas de la finalidad preventivo-general que preside a la justificación de la pena, y cuyos efectos se intentan trasladar al ámbito del Derecho Procesal Penal en orden al tratamiento que debe recibir el sindicado que mediáticamente puede ser considerado peligroso, por la forma y lugar de ejecución del delito o por la condición de la víctima.

Pero en la materia concreta sujeta a examen por esta Sala, y particularmente de la competencia de órganos jurisdiccionales especializados, es absolutamente inaceptable la utilización de la "alarma o conmoción social" para delimitar la competencia de los tribunales que, además, sustancian un proceso penal notablemente distinto al resto, pues se podría incurrir en el uso preventivo general del término, para brindar una especie de remedio o "castigo" previo respecto de una persona que aun se presume inocente.

En primer lugar, por ser un concepto *vago, indeterminado e impreciso* sujeto a las interpretaciones subjetivas más variadas de quien realiza el concreto

ejercicio de la acción, lo cual en una materia tan delicada puede desembocar en una manipulación arbitraria del sistema de justicia penal. Pero también, porque la alarma o conmoción social es un concepto que se relaciona *ex post* a la realización delictiva y el cual se hace depender de la mayor o menor difusión que la *noticia criminal* tenga a efectos mediáticos.

Por tanto, ello es totalmente incompatible con una materia que debe ser fijada legalmente *previamente* y de forma general, y no es aceptable cualquier manipulación *a posteriori* independientemente de la indignación o el reproche social que cause. Por consiguiente, debe declararse inconstitucional como criterio determinante de competencia.

La falta de actualidad de este criterio de “alarma o conmoción social” y los problemas aplicativos que derivan de su ambigüedad, han llevado a que la legislación procesal penal actualmente vigente haya dejado de utilizarlo como elemento determinante en la imposición de la detención provisional, como lo contemplaba el código anterior en los arts. 292 n° 2 y 294 inc. 2° C. Pr. Pn. derogado”.

#### CREACIÓN DE JURISDICCIONES ESPECIALIZADAS QUE REÚNAN LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALMENTE ESTABLECIDOS NO CONTRADICEN LA PROHIBICIÓN DE FUERO ATRACTIVO

“8. En resumen, el art. 190 Cn., en el cual se prohíbe el fuero atractivo, no supone una prohibición en relación con la creación de tribunales con competencia especializada que ostenten las características antes dichas. Pero de ella sí se colige el rechazo a cualquier intento de crear tribunales excepcionales establecidos de manera formal o encubierta, que puedan implicar para sus destinatarios un tratamiento procesal discriminatorio, en los que no se observe por parte de sus titulares el estándar de garantías contemplados en la Constitución y el Derecho Internacional convencional vigente.

Consecuentemente, *corresponde descartar la pretensión de inconstitucionalidad del inc. 3° del art. 1 LECODREC, por los otros motivos expuestos por el demandante, al admitir ellos una interpretación conforme, de acuerdo con lo prescrito en los párrafos precedentes”.*

#### EFFECTO ESTIMATORIO DE LA SENTENCIA INTERPRETATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA

“9. Ahora bien, lo anterior tiene notables consecuencias, en relación con otras disposiciones de la misma ley, que toman como base una premisa contraria a la descartada mediante la interpretación conforme del art. 1 de la LECODREC.

Y es que, si bien las sentencias interpretativas poseen –en principio– un valor desestimatorio, en cuanto a la validez del objeto de control, también debe reconocerse que entrañan la afirmación de la inconstitucionalidad de, al menos, una de las normas posibles que encierra el enunciado legal.

A. Todas las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad, cualquiera que sea el tenor de su fallo, tienen una eficacia de ordenación gene-

ral, esto es, un valor configurador del sentido de los enunciados constitucionales –y de los legales, cuando proceda– que se proyecta, con efecto vinculante sobre el conjunto de los aplicadores del Derecho y, de modo cualificado, sobre los jueces –Sentencia de 8-IV-2011, Hábeas Corpus 59-2009–.

En efecto, la inconstitucionalidad advertida es descartada –vía interpretación– por el mismo tribunal, pero la sentencia también fija cuál será el entendimiento de la disposición enjuiciada para que se considere conforme con la Constitución.

Estas sentencias tienen, cualquiera que sea la formulación de su fallo, un alcance materialmente estimatorio, en la medida que, de modo directo o indirecto, excluyen o niegan la constitucionalidad de una norma deducible del enunciado legal.

*B.* Pues bien, en el presente caso se ha afirmado que la prohibición de fuero atractivo –en materia penal– pretende evitar juzgamientos privilegiados o agravados, sea en razón de la persona o de los delitos. En ese contexto, se establecen ciertas condiciones para que la creación de cualquier jurisdicción encargada del conocimiento de la criminalidad organizada, cumpla con las disposiciones constitucionales, tales como la idoneidad técnica y objetiva de los juzgadores, y el principio del juez natural en la determinación –previa, clara y precisa– de los criterios de competencia.

En consecuencia, se ha recalcado que –respetando el principio de legalidad procesal– se debe evitar la manipulación arbitraria del proceso penal, mediante la indeterminación de las reglas de competencia que busquen sustraer una causa del juez a quien corresponde conocer, para tramitarla en otro tribunal donde el accionante pueda considerar como probable una decisión favorable a sus intereses.

En ese sentido, y para el caso de los delitos de crimen organizado, esta Sala entiende que su delimitación debe comprender todos los elementos siguientes: (a) que se trate de un grupo compuesto de dos o más personas; (b) que esté estructurado; (c) que exista durante cierto tiempo; y (d) que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos. Sin embargo, también se ha agregado que para su adecuada interpretación concurren las características de estructura jerárquica, posibilidad de sustituir a sus miembros y existencia de un centro de decisión.

Mientras que por realización compleja se ha descartado su uso autónomo o independiente y se ha anclado a las concreciones del primer concepto, es decir, entendiendo que es aplicable como criterio de competencia si el homicidio simple o agravado, secuestro o extorsión, es realizado por una organización criminal con las características descritas en el inciso primero.

En efecto, se descarta la inconstitucionalidad de los tribunales penales con competencia especializada en materia de crimen organizado, porque su ámbito de conocimiento está objetivamente determinado por ley en razón de la gravedad y complejidad de tal tipo de delincuencia.

*C.* Asimismo, en relación con lo anterior, también se ha inferido a partir de los principios constitucionales en juego, que ni los sujetos procesales ni el juez pueden definir de forma discrecional la sede encargada de dirimir el conflicto



penal, sino que ella debe estar previamente determinada por la ley; por lo que no resulta admisible constitucionalmente que el órgano acusador fije la competencia judicial en cada caso concreto”.

FISCALÍA TIENE LA ATRIBUCIÓN DE DETERMINAR INICIALMENTE LA COMPETENCIA ESPECIAL PARA LOS DELITOS CONTENIDOS EN LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA

“D. Ello implica una conexidad material entre la variante interpretativa descartada por esta sentencia del art. 1, y el art. 4 frase primera LECODREC, como se expone a continuación.

a. La atribución concedida al Fiscal General de la República toma como base normativa la indeterminación de los criterios de competencia reinterpretados en esta sentencia. Y siendo que el principal efecto de esta decisión ha sido aclarar la indeterminación legislativa para no atentar contra la prohibición de fuero atractivo –art. 190 Cn.–, la interpretación conforme a la Constitución que se ha expresado sobre el art. 1 LECODREC debe extenderse al art. 4 de la misma, en la medida que atribuye al Fiscal General de la República la calificación sobre si determinado asunto queda comprendido o no dentro del margen de actuación competencial de los tribunales especializados en crimen organizado.

En ese sentido, para preservar la normatividad del art. 4 LECODREC frase primera, sin que se vulneren los parámetros interpretativos plasmados en la presente decisión, *se debe entender que la potestad concedida al Fiscal General de la República de decidir sobre la procedencia inicial del conocimiento de los delitos a los que se refiere la ley por los tribunales comunes o especializados, está sujeta en última instancia a la decisión que adopten los tribunales. Y ello sin que estos estén obligados a desarrollar toda la fase de instrucción para hacer el análisis sobre su competencia.*

*Es decir, que se admite el ejercicio de dicha atribución por la Fiscalía, siempre y cuando los jueces preserven la última palabra para calificar si son competentes o no, según la concurrencia de los elementos determinantes que acrediten mínimamente que se está en presencia de un delito realizado por el crimen organizado y si es de realización compleja; todo ello conforme a los términos prescritos en la LECODREC y en esta sentencia.*

b. En todo caso, queda a salvo la atribución constitucional de la Corte Suprema de Justicia de solucionar los posibles conflictos de competencia que entablen los distintos tribunales penales, según las particularidades de cada caso –art. 182 ord. 2° Cn”.

#### ORALIDAD COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL PROCESO PENAL

“V. La última cuestión controvertida que queda por resolver, es la relativa a la regulación de la “prueba testimonial de referencia”, contemplada en la LECODREC.

Al respecto, el actor sostuvo que su utilización dentro del referido procedimiento especializado violenta las reglas del debido proceso, pues este tipo de

testigo no puede ser valorado judicialmente de forma “concluyente” ya que no le consta de vistas y oídas los hechos. Por tanto, una condena no puede basarse en sus deposiciones.

1. Resulta notorio que la pretensión del demandante se orienta a desvirtuar en general la admisibilidad de los testigos de referencia dentro del proceso penal, con un especial énfasis en los arts. 11 y 12 Cn. Ello conduce a la idea del *juicio penal conforme a la Constitución*, cuyos argumentos esenciales han sido descritos en diferentes fallos pronunciados por esta Sala –por ejemplo, en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003–.

Así, en la sentencia de 24-X-2005, Inc. 2-2005, se sostuvo que el modelo constitucional del juicio penal supone una configuración triangular entre el acusador, el defensor y el juez. Es –por tanto– una estructura *triádica* propia de los modelos acusatorios o próximos a dicho modelo, donde el juez se encuentra rígidamente separado de las partes y su decisión sujeta a un contradictorio oral y público.

Al tener tal estructura la idea del *juicio*, como punto culminante del proceso penal en el que se produce y valora el material probatorio ofrecido por los diferentes sujetos procesales así como los alegatos de los mismos, adquiere la forma de un debate oral, público, contradictorio y continuo. De forma tal que los principios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración disciplinan cada una de los actos procesales que se desarrollan desde su apertura hasta la finalización con el dictado de mérito (absolutorio o condenatorio).

En relación con el tema puesto a conocimiento de esta Sala, conviene reconocer que la *oralidad* es un principio fundamental del procedimiento –como acontece en las diferentes audiencias previstas en el Código Procesal Penal– que regula la forma sustancial en que se tramitará el expediente penal y particularmente, el modo en que serán producidas las decisiones jurisdiccionales durante la vista pública. De ahí que el resto de principios tales como la intermediación, la concentración y la publicidad adquieren desarrollo. Tal reconocimiento de la oralidad como principio, no desconoce su entendimiento como un mecanismo natural de comunicación entre los diversos intervinientes dentro del ámbito del debate penal y como un instrumento que permite el ingreso de información y discusión de cada elemento probatorio que se introduce.

La *intermediación* permite la interacción de los distintos intervinientes del juicio con la autoridad judicial, lo cual obviamente supone su presencia y participación activa. Pero más allá, también informa el ámbito de la recepción de prueba, en el sentido que los juzgadores analizarán los datos probatorios que se produzcan de forma continua en su presencia –principio de concentración o continuidad– y exclusivamente y sobre ellos tendrá fundamento la sentencia –principio de *identidad física del juzgador*–.

La *contradicción* implica al menos cuatro facetas o dimensiones en relación con los diferentes sujetos procesales; quienes tienen la posibilidad de: (a) ser oídos por el tribunal; (b) de ingresar pruebas; (c) de controlar la actividad judicial y de la parte contraria, y (d) de refutar los argumentos que puedan perjudicar su teoría del caso.

Tales enfoques tienen una clara relación con la presunción de inocencia y el derecho constitucional de defensa, en la medida que únicamente la convicción

judicial de los actos de prueba producidos por el debate, y que hayan podido ser apreciados y discutidos en igualdad de oportunidades por las partes pueden desvirtuar el *status* de inocencia del imputado.

Por otra parte, el desarrollo y práctica del principio constitucional de defensa impone la necesaria confrontación de la prueba –sea de cargo o de descargo– de forma oral. Así, *la prueba en un proceso penal de naturaleza acusatoria o con una tendencia pronunciada hacia el mismo, cualquiera que sean medios o su modalidad, estaría siempre expuesta a control del juez y de las partes que intervienen.*

En tal sentido, la prueba testimonial se encontrará sujeta por regla general a una modalidad adversativa para su producción, en la que exista la posibilidad tanto del acusador como del imputado de poder confrontar la deposición que realicen los testigos de la parte contraria –el denominado *contrainterrogatorio*– tal y cual lo disponen los incs. 3° y 4° del art. 209 C. Pr. Pn.

Y es esa idea de contradicción o confrontación la que aparece estipulada en diferentes instrumentos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el art. 14 número 3 letra e) que toda persona tiene derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 número 2° letra f) el: “...derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

#### EXCEPCIONES CONTENIDAS EN LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA RESPECTO A LA PRUEBA DE REFERENCIA SON CONSTITUCIONALES

“2. De conformidad con lo anterior, la prueba testimonial válida en orden a las garantías constitucionales antes citadas, comprende las declaraciones efectuadas por una persona que ha conocido, mediante la percepción de sus sentidos, los hechos que constituyen el objeto de un proceso y sobre los cuales expone su *dicho de viva voz* ante el juez y las partes.

Se trata entonces, de conocimientos adquiridos mediante una percepción sensorial de lo acontecido, y que puede tener relevancia en relación con el hecho delictivo, a las circunstancias que lo agravan o de quienes han participado. Se descarta –por tanto– su presentación a estrados como testigos a quienes no sean capaces de aportar elementos útiles en relación con los hechos interrogados.

Dentro de este ámbito es que tiene sentido el análisis de la denominada “prueba testimonial de referencia”, la cual puede ser entendida como *toda afirmación o aseveración realizada por alguien que no estuvo presente al momento de los hechos y que por ende no los conoce de forma directa o personalmente, sino a través del relato de terceros o de otros mecanismos probatorios.*

Es clara, entonces, la diferencia entre los testigos presenciales del evento y los que su conocimiento del hecho o las circunstancias derivan de otras fuentes.

En todo caso, a los efectos de garantizar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, todos los testigos –presenciales o no– de los hechos investigados deben estar sujetos al control judicial y de las partes. En tal sentido se expresa el art. 220 C.Pr. Pn., cuando establece que: “[p]or regla general, no será admisible la práctica de prueba testimonial de referencia, salvo que sea necesaria y confiable”.

Sin embargo, tal regla admite determinadas excepciones como las prescritas en el art. 10 LECODREC, cuando establece su admisibilidad si se produce: (a) muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo presencial a rendir su declaración personalmente en la vista pública; (b) operaciones especiales encubiertas; (c) retractación de la víctima o del testigo para controlar la credibilidad de éstas, y (d) manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de la víctima de quien las efectuó o de un tercero en su caso.

3. Tales excepciones no pueden considerarse inconstitucionales, pues atienden al fin básico que informa al proceso penal salvadoreño, cual es el descubrimiento de la verdad material –Sentencia de 23-XII-2001, Inc. 5-2001–, y están limitadas a parámetros de razonabilidad que el mismo legislador establece como su *necesidad* y su *confiabilidad* (art. 220 inc. 1° C.Pr.Pn.) Aunado a ello, pueden establecerse otras garantías adicionales derivadas de los principios de juicio previo, defensa, inocencia, *legalidad* y *subsidiariedad*.

4. Es necesario aclarar también, que la regulación cuestionada no impone automáticamente una determinada relevancia probatoria, pues es el juez penal –juez natural– quien en última instancia debe valorar conforme a las reglas de la sana crítica su incidencia en la imposición de una sentencia condenatoria. Ello supone la estimación racional de todas las variables que han tenido lugar, tanto en relación con el testimonio de referencia como en la reconstrucción judicial de los hechos que han tenido lugar mediante la incorporación de otros elementos de prueba. Así lo establece claramente el art. 179 C.Pr.Pn., cuando manifiesta que: “[l]os jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código”.

Por lo tanto, se requiere de otras pruebas que corroboren sus manifestaciones, además de la obligación de informar por parte de ellos en su intervención judicial, cuál es la fuente mediante la que han adquirido tal conocimiento, quedando igualmente su información sujeta a los respectivos interrogatorios y contra-interrogatorios tanto de la parte que lo ofrece como de quien se vea perjudicado por lo que exponga, aún con todas las dificultades que la utilización de tal especie de testigos entraña.

5. En consecuencia, *la necesidad del descubrimiento de la verdad histórica como fin del proceso penal; el carácter excepcional que reviste la práctica procesal de utilizar testigos de referencia; la posibilidad de control judicial sobre la misma; la existencia de estipulaciones claras y razonables en orden a establecer el número taxativo de casos en que es posible su utilización; justifican declarar en la presente sentencia que no existe el vicio de constitucionalidad alegado*.  
(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 6-2009 de fecha 19/12/2012)

## LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

### PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN

“IV. 1. La exclusividad de la jurisdicción hace referencia a un aspecto interno del Estado, es decir, que establece un límite potestativo en relación con el territorio y los demás entes u órganos que lo integran –que carecen de las mismas características que el Órgano Judicial–, ya sea el Ejecutivo, el Legislativo o las entidades autónomas.

En ese orden de ideas, las normas que se refieren a la jurisdicción no reparten dicha potestad entre los tribunales nacionales y otros tribunales extranjeros que puedan o que pretendan tener jurisdicción para resolver el conflicto, ello porque *existen una serie de relaciones en las que, además de los elementos nacionales, se incluyen elementos reales, subjetivos o materiales que delimitan conexiones de posibles competencias hacia jurisdicciones extranjeras*; en consecuencia, las normas referidas a la potestad jurisdiccional se limitan a establecer cuándo un asunto debe ser del conocimiento de los tribunales salvadoreños, sin determinar cuándo debe o puede ser conocido por la jurisdicción de otro país.

Lo anterior debe precisarse puesto que, salvo algunas excepciones –normas de derecho internacional privado en relaciones internacionales en las que interviene El Salvador con otros Estados o instrumentos en los que el Estado interviene aceptando el sometimiento a una jurisdicción internacional–, las normas legales internas no efectúan un reparto de la potestad jurisdiccional, sino que establecen los alcances y límites de la misma dentro del territorio nacional.

En ese sentido, la jurisdicción tiene por objeto resolver los conflictos de relevancia jurídica que se promuevan dentro del territorio de la República; al ser una función pública, que deriva de la soberanía y que se encomienda para su ejercicio al Órgano Judicial establecido en la Constitución, debe reconocer como límite para su ejercicio el territorio de la República y de esa forma lo establecen las normas que regulan su ejercicio”.

### COMPETENCIA JURISDICCIONAL

“2. En una primera aproximación, la competencia jurisdiccional puede concebirse como un conjunto de procesos en que un tribunal puede ejercer, conforme con la Constitución y las leyes, su potestad jurisdiccional; entendida así, se constituye en una medida o límite al alcance de la jurisdicción, es decir, el marco o espacio que la ley señala para el ejercicio de la potestad jurisdiccional a cargo de cada órgano jurisdiccional, ya que resultaría inimaginable, además de adverso para el justiciable, que los juzgadores conocieran de todos los asuntos de manera simultánea *en el territorio nacional*, sin distinción alguna en razón de alguno de los criterios de distribución de la competencia, provocando así, que varios tribunales, o incluso todos ellos, pudieran conocer del mismo asunto en un mismo espacio de tiempo.

A. La competencia es una capacidad conferida a los jueces por la ley para conocer determinados asuntos de acuerdo con determinados criterios que,

en nuestro ordenamiento jurídico –Código Procesal Civil y Mercantil–, pueden clasificarse de la siguiente manera: (i) territorial, que principalmente atiende al domicilio o residencia del demandado e, incluso, a la voluntad de las partes, siempre que ello pueda ser comprobado *por instrumentos fehacientes* —art. 33 C.Pr.C.M.—; (ii) objetivo, que puede ser a su vez en razón de la materia o de la cuantía —art. 37 C.Pr.C.M.—; y, (iii) funcional, que atiende al grado de conocimiento, según la posición que ocupe en el Órgano Judicial, el Tribunal que conocerá del asunto —art. 38 C.Pr.C.M.—. Lo anterior sin dejar fuera los criterios especiales, los cuales no serán detallados en esta ocasión, por carecer de relevancia para la solución del caso”.

#### COMPETENCIA ES INDISPONIBLE SALVO LA TERRITORIAL

“B. De los criterios básicos de atribución de competencia expuestos, es importante establecer que la competencia por regla general es indisponible, y que el único criterio prorrogable o con posibilidades de ser dispuesto por las partes es el criterio territorial —art. 26 C.Pr.C.M.—, situación que también se establecía en los arts. 32, 38 y 130 del Código de Procedimientos Civiles derogado —C.Pr.C.—.

En ese sentido, se ha afirmado que, en materia de procedimientos, la legislación habilita a los Magistrados y Jueces a examinar el cumplimiento del requisito de su competencia, porque para ellos su observancia *no es dispositiva, salvo el caso de la competencia territorial*, que es disponible solo para las partes procesales —sentencia de 5-XII-2008, pronunciada en el proceso de Amp. 453-2007—.

C. Los criterios que se utilizan para fijar las reglas de competencia territorial se denominan fueros y se encuentran directamente relacionados con la persona del demandado, la voluntad de las partes –lo que se considera una cuestión de oportunidad con carácter dispositivo para las partes, que además impide al juzgador cuestionar la competencia territorial– y el objeto del litigio.

De los anteriores criterios, surge la posibilidad doctrinaria de agrupar los fueros en dos grandes grupos: los convencionales –por sumisión tácita o expresa– y los legales –establecidos con carácter obligatorio por la ley–.

En nuestro ordenamiento jurídico la competencia territorial puede agruparse en razón del: (i) domicilio del demandado; (ii) domicilio contractual —fuero convencional—; (iii) domicilio laboral, donde el demandado realiza su actividad laboral; y (iv) lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el proceso haya nacido o deba surtir sus efectos”.

#### FUERO CONVENCIONAL

“D. Interesa a los efectos de esta sentencia el fuero convencional, que en nuestro ordenamiento jurídico se establece en los arts. 33 inc. 2° y 46 C.Pr.C.M. referidos a la sumisión expresa y a la tácita, respectivamente; de igual forma se contemplaba en el art. 32 inc. 1° C.Pr.C. derogado.

En relación con la *sumisión tácita*, se afirma que constituye una ficción legal,

cuyo supuesto es que el demandado conteste la demanda ante juez incompetente o deje transcurrir el plazo señalado para dicha contestación sin denunciar su falta de competencia.

Ahora bien, el juez debe controlar de oficio el cumplimiento de aquellos presupuestos que se requieren para que, por una parte, no exista ningún tipo de obstáculo para la válida tramitación del proceso y, por otra, para que se dicte una sentencia de fondo.

E. Respecto de la *sumisión expresa* es preciso manifestar que tal figura posee un carácter extraprocesal, de índole contractual, es decir, que las partes deben someterse de manera anticipada —*pactum de foro prorogando*—, a través de un instrumento fehaciente, que haga fe de manera indiscutible de la voluntad de ambas partes para someterse al tribunal mutuamente elegido.

En ese orden de ideas, debe ser un acuerdo de voluntades expresamente declarado, bilateral, que no deje la posibilidad de dejar la sumisión de la competencia al arbitrio de una de las partes.

Otra cuestión no menos importante es el objeto de la *sumisión expresa*, que lo constituye la determinación *por razón del territorio* de los tribunales que conocerán del conflicto, es decir, que habrá designación del lugar, mas no de un tribunal u órgano jurisdiccional específico, y la razón de ello es porque el tribunal competente dependerá siempre en última instancia del *objeto*, la *naturaleza* o la *cuantía* del litigio, que son determinados en las normas objetivas de competencia que rigen en el territorio convenido por las partes.

Asimismo, no son plenamente admitidas las cláusulas de sumisión expresa genéricas o indeterminadas, es decir, que la sumisión debe referirse a un negocio o asunto específico sobre el cual tenga alcance la misma y consecuentemente a los aspectos incidentales que surjan derivados de ese asunto o negocio”.

## CONTRATOS INTERNACIONALES

“1. A. Nuestra legislación no posee una definición específica de contrato internacional, por lo que debemos atender —en principio— al concepto general y básico de contrato, y partir de tal definición para agregar los elementos extranjeros que generan en el contrato ese carácter internacional.

El pacto o acuerdo de voluntades se convierte en un contrato internacional, en tanto intervenga en la relación un elemento extranjero. Por lo tanto, un contrato es internacional si las partes del mismo tienen distinta nacionalidad; su domicilio, residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes; y, si el contrato tiene contactos objetivos o recae sobre bienes que están en conexión con otro Estado.

B. No obstante lo anterior, debe expresarse que aun cuando la presencia de un elemento extranjero en la relación contractual ha servido de presunción a favor de la calificación del contrato como internacional, ello no implica una determinación concluyente. Actualmente, la opinión mayoritaria considera que no es suficiente que uno de los elementos del contrato escape de la soberanía de un Estado para deducir que el contrato tiene carácter internacional. Es preciso, como lo señala la doctrina, corroborar la *relevancia jurídica* del elemento

extranjero y verificar si su trascendencia reclama o no una reglamentación internacionalizada.

C. Sin dejar de un lado lo anterior, lo relevante es que dichos contratos están potencialmente y en abstracto sometidos parcial o totalmente al derecho de uno o más ordenamientos jurídicos, aunque siempre pueden presentar el problema de la validez de cláusulas de elección de derecho extranjero aplicables a contratos cuyos elementos, o la mayoría de ellos, se encuentran localizados en un determinado país.

Aun cuando existen tratados o convenciones de Derecho Internacional que pretenden una legislación material uniforme aplicable a todos estos contratos, surgen problemas tales como compatibilidad con el derecho interno y diversidad de ordenamientos, lo que no permite la aplicación de una legislación de carácter universal en cuanto a la regulación aplicable a la totalidad de los contratos internacionales”.

#### PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

“2. En virtud de lo anterior, el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación constituyen un factor esencial de conexión en materia de contratación internacional, ya que de ello dependerá la legislación aplicable.

A. Así, sin importar si un contrato es interno o si está sometido a diferentes ordenamientos jurídicos, para su existencia debe predominar el consentimiento de las partes, debe contener un objeto que pueda ser materia de contrato —objeto lícito— y debe tratarse de una causa lícita. Lo evidente es que, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional, en los contratos prevalece la voluntad de las partes, por ello es esencial que exista un acuerdo bilateral entre los contratantes, por lo que la aquiescencia de los participantes en el contrato debe ser comprobable.

B. En el mismo sentido se pronunció este Tribunal en la sentencia de 25-VI-2009 pronunciada en el proceso de Inc. 26-2008, manifestando que entre individuos libres e iguales *solo puede haber una forma de relación contractual: la que se basa en el acuerdo de voluntades, como principal modo de ejercicio de la libertad de contratación —art. 23 Cn.—*.

Asimismo, se indicó que —como principio constitucionalmente reconocido— la contratación debe ser libre, es decir, ser el resultado de una decisión personal de los contratantes. *No es posible que el Estado pueda obligar a contratar, sobre todo dentro de las relaciones privadas*. Como todo principio, esta connotación admite excepciones de interpretación restrictiva en casos muy especiales de razonabilidad suficiente; sin embargo, en este ámbito *la autonomía de la voluntad* nos muestra al contrato como un reparto (o manera de distribuir cargas jurídicas) autónomo y como fuente no estatal de producción de obligaciones jurídicas.

C. Así, el principio de la autonomía de la voluntad consiste en la posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo, aún no reglamentadas expresamente por la ley; sin que el principio se reduzca a permitir la celebración de contratos no tipificados, sino que se extiende a la *libertad que tienen los particulares para la determinación del contenido de los contratos* —siempre dentro del marco constitucional—.



El principio de autonomía de la voluntad reside en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. *Es así como en materia de contratos la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas*”.

#### LIBERTAD DE IMPONER LÍMITES A CONDUCTAS FUTURAS

“D. En ese orden de ideas, y siendo una de las principales formas de interacción voluntaria el intercambio interpersonal, es posible afirmar que la libertad de contratación es *la libertad de imponer limitaciones a nuestra conducta futura*, es decir, la posibilidad de regular y establecer restricciones de manera voluntaria, siempre dentro del marco constitucional.

Pero debe quedar claro que la libertad de contratación no es un derecho absoluto, pues en cuanto los actos de libertad o determinación de la propia conducta han de estar ordenados al bien común, la justicia, libertad e igualdad.

En un sistema racional y legítimo, el ordenamiento jurídico tiene que intervenir, estrechando la voluntad de los sujetos con una regulación pertinente, para su desarrollo práctico y con función social de las ideas que iluminan el derecho contractual: proteger al contratante contra la lesión a su propia voluntad.

E. En ese orden de ideas, esta Sala ha señalado que los aspectos que ofrecen el derecho a la libre contratación son: (i) el derecho a decidir si se quiere o no contratar, esto es, el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; (ii) el derecho a elegir con quién se quiere contratar; y (iii) el derecho a determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes –sentencia de 13-VIII-2002, pronunciada en el proceso de Inc. 15-99–.

De tal manera que la libertad contractual implica que: a) ninguna de las partes del contrato puede imponer unilateralmente a la otra el contenido de las obligaciones que lo conforman, pues el contrato debe ser fruto de un acuerdo previo entre las partes; b) las partes tienen la facultad de autodisciplinarse, aunque sin lesionar normas jurídicas imperativas; y c) las partes están facultadas para concluir contratos con finalidades prácticas incluso no previstas por la ley.

F. Consecuente con lo anterior, *es imperativo el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, dentro del cual está comprendido el que la ley que rige la relación contractual pueda ser elegida libremente por las partes, por lo que es posible deducir que de esa forma –con base en la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación– se determina la ley aplicable al contrato y a sus efectos.*

Resultan interesantes los ejemplos que se encuentran en diversos tratados y convenciones internacionales que, aun cuando El Salvador no forma parte de ellos a través de la adhesión y la ratificación de los mismos, son ilustrativos y consagran principios de aplicación universal, en relación con el tema que nos ocupa.

Una muestra importante de la aplicación de la autonomía de la voluntad se encuentra en el sistema legal europeo, por ejemplo, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 –Convenio de Roma– prescribe la libertad de elección de los sujetos contratantes para escoger la ley aplicable,

en el art. 3.1: "los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato".

De igual forma, la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales –CIDACI– establece en su art. 7 que: "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo". En esta Convención se encuentran los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado sobre los Contratos Comerciales Internacionales –Principios UNIDROIT–.

Los principios UNIDROIT no son un convenio internacional, ni un instrumento multilateralmente vinculante, y sus enunciados son dispositivos para las partes contratantes, ya que pueden excluir su aplicación, e incluso, modificar o derogar sus reglas; pero son un invaluable aporte que colabora con soluciones prácticas en los conflictos derivados de las relaciones comerciales internacionales; en ese sentido, tienen el carácter de *lex mercatoria*.

Los referidos principios postulan la idea de la libertad de contratación en los siguientes términos: "Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido" –art. 1.1–. Asimismo, en todo el instrumento, la autonomía de la voluntad juega un papel central, pero también se establece en el art. 1.4 el respeto a las normas de carácter imperativo.

El amplio juego de la autonomía de la voluntad que se encuentra en los referidos instrumentos internacionales, deviene en una regla de Derecho Internacional Privado reconocida en la mayoría de ordenamientos jurídicos, la cual es aceptada por tratados diseñados para unificar reglas de conflicto en relación con los contratos internacionales, sin dejar de un lado que la autonomía de la voluntad se basa también en la eficiencia económica, que demanda seguridad y previsibilidad de las transacciones comerciales internacionales, de forma que debe ser posible determinar que son las partes las que están en la posición más adecuada para elegir la ley aplicable a su contrato".

#### CLÁUSULAS DE FORO CONVENCIONAL O DE ELECCIÓN DE FORO

"3. A. Ahora bien, el acuerdo que determina la elección de una jurisdicción directa a la cual someterse en caso de un conflicto a raíz de un contrato internacional es llamado por la doctrina "*cláusula de elección de foro o cláusula de foro convencional*" —que en la esfera internacional se conocen como "*cláusulas de elección de foro internacional*"—, por medio de la cual las partes indican en forma expresa una jurisdicción en particular o un tribunal que, de acuerdo con la ley del lugar en el que se encuentran, es competente en razón del territorio, en cuyo caso es la autonomía de la voluntad la que efectúa una especie de derogación de la competencia de un tribunal y, a su vez, sirve de fundamento a la elección de otro.

B. Los beneficios de tal elección son múltiples: previsibilidad y seguridad jurídica en los contratos internacionales; posibilita el cálculo de las eventualidades que rodean el negocio, lo que permite elegir el foro que más favorezca a los intereses de todos los participantes en el contrato; permite superar carencias legales en los casos en los que un sistema legal no ofrece las garantías mínimas que permitan un proceso adecuado en los negocios internacionales; y, en última instancia, las partes son los beneficiados o perjudicados con el negocio en el que intervienen, en consecuencia, corresponde a ellas ser los guardianes de sus intereses, siempre y cuando se mantengan dentro del marco constitucional y legal.

4. Por otra parte, es indiscutible la existencia de una diversidad de ordenamientos jurídicos, de tal manera que la voluntad de las partes es una herramienta valiosa para seleccionar conexiones preexistentes que ayudan a localizar un contrato en un sistema legal determinado.

Por ello, un elemento para otorgar la posibilidad a las partes de determinar la ley aplicable, o de establecer una cláusula de foro convencional, se establece a través de una serie de conexiones que debe tener el contrato con el sistema legal elegido para poder ser adscrito al mismo. Así, se han propuesto la ley del lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, *lex causae*), la ley del lugar de la ejecución (*lex loci executionis*), la ley de la nacionalidad de las partes, la ley del domicilio del deudor, la ley donde se encuentra ubicado el objeto (*lex rei sitae*), la ley que rige el arbitraje (*lex arbitri*).

Estos puntos de conexión que se eligen pueden ser personales —domicilio, nacionalidad—, territoriales —lugar de celebración, lugar de ejecución, etc.— o reales —lugar en el que se encuentra la cosa—.

#### LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

“5. No obstante lo anterior, no hay duda de que la autonomía de las partes posee límites. Y es que, resulta ser una voluntad jurídica, es decir, aquella que el legislador reconoce como apta para producir consecuencias tendentes a la realización de los valores sociales, y esta voluntad jurídica es la facultad de intención que no excede el ámbito de coordinación de intereses que instrumentan el tráfico comercial.

A. En efecto, la autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse. La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y desconociendo los excesos de la misma.

B. Por ello, un límite a esta autonomía es no actuar en exceso y otro es la imposibilidad legal de renunciar a aquello que a cada sujeto le corresponde.

Asimismo, la mayoría de sistemas legales determinan que las partes no tienen ninguna facultad para prescindir —por su elección de ley aplicable al contrato— de las reglas imperativas consideradas de orden público o características del foro y, esencialmente, de la Constitución en nuestro caso particular.

Y es que, en materia contractual, existen normas de naturaleza pública, de carácter imperativo, que prevalecen sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Se trata de normas que pueden ser de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme al ordenamiento jurídico interno.

C. La autonomía de la voluntad permite a las partes determinar las cláusulas del contrato –autonomía material–, y elegir el orden jurídico aplicable, pero esta autonomía tiene límites en el respeto a las normas de orden público. Es decir, la elección de la ley aplicable tiene que ser hecha de buena fe, no ser ficticia y tener ciertos puntos de contacto suficientemente objetivos como para ligar el negocio jurídico a un sistema legal diferente de aquel en el que se originó –elementos extranjeros–.

Así, para que las partes de un contrato internacional puedan –en virtud de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación– elegir la ley aplicable al contrato es también preciso que el ordenamiento jurídico que les autoriza a contratar permita dicha elección.

D. En el mismo orden de ideas, una cláusula de elección de foro a favor de una jurisdicción extranjera debe hacerse en forma expresa e independiente, y debe basarse en *una interpretación constitucional de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación*, para evitar la vulneración a otros derechos, tales como la protección jurisdiccional —Sentencia de 12-XI-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 40-2009—.

6. Para finalizar, es preciso afirmar que la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, en cuanto al contenido de los contratos y la elección de un foro convencional, operan generalmente en materia civil y mercantil –cuestiones de índole patrimonial–, exceptuando aquellas que, aun en estas materias, se reservan a la determinación realizada por el ordenamiento jurídico. Así, se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico supuestos que deben someterse de manera exclusiva a la jurisdicción salvadoreña –art. 21 C.Pr.C.M”.

#### COMPETENCIA TERRITORIAL PERMITE LA ELECCIÓN DEL FORO CONVENCIONAL SI ASÍ SE DISPUSO CONTRACTUALMENTE

“1. En cuanto al art. 399-A C. Cm. –como ya afirmó–, dicha disposición constituye una norma que determina con carácter especial la competencia en razón del territorio, en el caso de conflicto en el que intervenga el agente representante o distribuidor

A. En ese sentido, tal como se dijo en el considerando II de esta resolución, la jurisdicción es una potestad exclusiva del Órgano Jurisdiccional por las características que éste posee –imparcialidad e independencia–, pero dicha exclusividad se establece en relación con otros Órganos del Estado que se encuentran en el mismo territorio, y que tienen características diversas al primero.

Así, las normas que hacen referencia a la jurisdicción establecen los límites y alcances de la misma dentro del territorio del Estado y, como consecuencia de ello, no distribuyen la jurisdicción entre nuestros tribunales y otros con potestades también jurisdiccionales pero dependientes de la soberanía de otros Esta-

dos que pudieran entrar a conocer de un conflicto, en la medida en que también poseen conexiones con el mismo.

B. En ese orden de ideas, la competencia como medida de la jurisdicción, por regla general, es indisponible, pero *tratándose de una competencia en razón del territorio, se habilita su prórroga permitiendo incluso la elección del foro –foro convencional–, en el caso de que las partes así lo dispongan de manera fehaciente y siempre que el asunto a tratar no sea de aquellos que corresponden con carácter exclusivo a la jurisdicción nacional o a un determinado tribunal establecido por la ley”*.

#### CARÁCTER ILUSTRATIVO Y REFERENCIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

“3. Por su parte, en los contratos internacionales, al igual que en aquellos de carácter interno, priva el derecho a la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad –material y litigiosa–, siempre y cuando éstos no excedan los límites constitucional y legalmente establecidos referidos al respeto a las normas imperativas y de orden público, así como a otros derechos en juego en la relación contractual.

A. La primacía de la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad derivan, además de nuestro ordenamiento jurídico, de instrumentos internacionales de los que, aun cuando El Salvador no es Estado parte, debemos reconocer su carácter *ilustrativo* y como referencias en la interpretación de los derechos constitucionalmente establecidos, porque no es posible mantener a nuestro sistema legal aislado de la comunidad internacional en la que se encuentra inmerso y con la que guarda estrechas relaciones de carácter cooperativo, social, comercial y cultural”.

#### JURISDICCIÓN CONTRACTUAL INTERNACIONAL ESTA SUJETA A LO CONVENIDO POR LAS PARTES SIEMPRE QUE EL ORDENAMIENTO INTERNO LO PERMITA

“B. Por otra parte, dentro de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad se encuentra la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a su contrato, así como el establecimiento de una cláusula de foro convencional, en la que las partes elijan —en razón del territorio— el tribunal que conocerá una posible controversia, lo que es viable siempre que el ordenamiento jurídico interno lo permita, que se haya expresado de manera fehaciente —es decir que no haya duda del acuerdo mutuo y libremente pactado—, y que existan puntos de contacto suficientes como para ligar el negocio jurídico a un sistema legal diferente de aquel en el que se originó.

4. Con todo lo anterior, y contrario a los fundamentos del tribunal requirente, se advierte que la norma inaplicada no establece la imposibilidad de que, en un contrato internacional en el que intervenga el agente representante o distribuidor, las partes decidan qué ley es aplicable y ante qué jurisdicción se someten en caso de conflicto, sino que regula un presupuesto de la competencia en razón del domicilio, refiriéndose a relaciones jurídicas que se desarrollan dentro

del territorio, presuponiendo que no existe un pacto previo en el que se haya establecido el conocimiento de tribunales extranjeros y que todos los elementos vinculados en la relación jurídica contractual son nacionales o internos —en las que jurisdicción y ley aplicable no son disponibles—.

En ese sentido, se debe interpretar que en la estructura prescriptiva de la disposición inaplicada no se deduce la imposibilidad de que otra jurisdicción extranjera intervenga para resolver los conflictos contractuales que surjan en una relación jurídica de carácter internacional en la que intervienen elementos extranjeros y es posible la aplicación de otra jurisdicción con conexiones con el asunto o negocio. Claro está que dichas conexiones deben ser comprobables y el acuerdo que prorroga la competencia o que determine la ley aplicable al contrato debe estar expresamente consignado, sin dejar duda sobre el mutuo consentimiento de las partes intervinientes en el mismo.

En efecto, se advierte que el tribunal requirente no hizo el adecuado esfuerzo interpretativo para el caso concreto, en virtud de que todos sus argumentos se centran en una supuesta inconstitucionalidad respecto de asuntos que no son deducibles de la disposición inaplicada, y que pueden perfectamente resolverse en sede ordinaria mediante la aplicación de las cláusulas contractuales.

Por tanto, se concluye que *el art. 399-A C. Cm. no contradice el art 23 Cn., pues admite una interpretación en el sentido de que dicha disposición no implica la determinación de la competencia en casos de contratos con elementos internacionales, cuando las partes han convenido inequívocamente someterse a otra jurisdicción*". (Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad /Sentencias Definitivas, referencia: 121-2007 de fecha 02/03/2012)

## LIMITACIÓN DE DERECHOS

### DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES Y OBJETO DE REGULACIÓN DE LA LEY

“III 1 Una notable característica de los derechos fundamentales es que, tratándose de barreras frente al legislador, su plena eficacia está también necesitada de colaboración legislativa. Más en general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae inevitablemente consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos -Sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006-.

A. Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador no es una amenaza para los derechos fundamentales, sino que también puede operar como garantía de los mismos a través de la reserva de ley y la determinación de competencias, procedimientos y garantías normativas.

En efecto, frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales -Sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004-.

Esta vinculación positiva al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es preferible que estas cuestiones sean abordadas de manera general por el legislador.

Desde esta perspectiva, las normas que consagran derechos fundamentales desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que los desarrollan. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que *intervienen* en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde el punto de vista formal, la respuesta a esta interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y de procedimiento prescritas por la Constitución y, en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene”.

#### AFECTACIÓN NEGATIVA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“2. Como se advierte, la atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental al objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad es un presupuesto tanto para valorar las posibles violaciones a la reserva de ley por limitación de derechos, como para la aplicación del principio de proporcionalidad.

La idea de afectación negativa tiene una extensión destacable, pues comprende las *desventajas* que una norma *pueda producir en un derecho*, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar el ejercicio del mismo. Para que se produzca esa desventaja resulta necesario que, entre la norma y la afectación del elemento fundamental al derecho, medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa.

En otros términos, es pertinente que la norma sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la posición o elemento esencial en el derecho afectado -afectación normativa-, o bien, que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones que habilita el derecho o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado -afectación fáctica-.

*Una disposición guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental, si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma que le afecta* -Sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006-.

En conclusión, toda ley -en sentido material- que afecte de manera negativa a una norma o una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerada como una limitación a ese derecho y por tanto, susceptible de ser controlada por las supuestas infracciones a la reserva de ley o al principio de proporcionalidad, si la fuente es adecuada constitucionalmente”.

#### DOTACIÓN DE CONTENIDO MATERIAL A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN NORMATIVA O CONFIGURACIÓN

“3. En efecto, la catalogación de una disposición como una intervención negativa en un derecho fundamental no implica automáticamente su inconstitucionalidad,

sino sólo presupone que contra dicha norma pueden hacerse valer las garantías y los mecanismos de protección materiales de los derechos fundamentales. Por ello es importante señalar las diferencias entre regulación y limitación de derechos.

A. La regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales -a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga-, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello.

El establecimiento de condiciones para el ejercicio de un derecho forma parte de la libertad de configuración del legislador, y no crea derechos, así como tampoco es el cumplimiento de tales condiciones en un caso concreto lo que hace surgir el derecho en la práctica. El derecho existe independientemente de tales condiciones ya que éstas lo único que hacen es regular las formas para su ejercicio”.

#### LIMITACIÓN IMPLICA MODIFICACIÓN DE OBJETO O SUJETOS COMO ELEMENTOS ESENCIALES

“B. La limitación de un derecho fundamental es un caso específico de regulación que se caracteriza por las siguientes propiedades: es directa, instituye una disciplina general del derecho o, aún siendo parcial, afecta alguno de sus elementos sustanciales o de sus aspectos esenciales. La limitación o restricción de un derecho implica la modificación de su objeto o sujetos -elementos esenciales del derecho fundamental- de forma que implica una obstaculización o impedimento para su ejercicio, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional.

A diferencia de la regulación, la limitación sólo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa”.

#### SIMPLE REGULACIÓN NO INCIDE DIRECTAMENTE SOBRE SU ÁMBITO Y LÍMITES

“C. La simple regulación –por el contrario– afecta elementos no necesarios al derecho y no incide directamente sobre su ámbito y límites, o se refiere sólo a algunas condiciones para facilitar sus modos de ejercicio. La simple regulación se presenta en aquellos casos que resulta palmario que el legislador ha disciplinado sólo algunos aspectos aledaños al derecho, de manera poco intensa o ha afectado sólo algunas acciones habilitadas por el derecho sin que deje de ejercerse”.

#### RESERVA DE LEY

“A. En este contexto surge la "reserva de ley", que es una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación



con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos. Esta preferencia hacia la Ley surge de los principios que rigen a dicho órgano, v. gr.: la democracia, el pluralismo, la contradicción, el libre debate y la publicidad, que le proporcionan una legitimación reforzada que el órgano legisferante ostenta respecto de los demás órganos estatales y entes públicos con potestad normativa —Sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 24-2003—.

En ese sentido, la reserva de ley —aunque no opera de la misma forma en los distintos ordenamientos jurídicos— es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos —Sentencia de 25-XI-2011, Amp 150-2009—.

En términos normativos y respecto de ciertas materias, una "reserva" implica la conjunción de tres normas: (i) una atribución de potestades a un órgano determinado, que puede traducirse en una obligación constitucional de desarrollo —Sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004—; (ii) el establecimiento de una prohibición dirigida a los restantes, que no deben dictar decisiones sobre la materia o área reservada; y (iii) la prohibición de que el órgano titular de la reserva la delegue en otro órgano (art. 86 Cn.) —Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010—.

#### RECONOCIMIENTO DE POTESTADES NORMATIVAS A DIVERSOS ÓRGANOS ESTATALES Y ENTES PÚBLICOS

“B. Ahora bien, en el sistema constitucional salvadoreño, la reserva de ley no está constituida por un único objeto, sino que se mueve en diferentes ámbitos, formando un conjunto heterogéneo de aspectos relacionados con el patrimonio, la libertad, la seguridad y la defensa.

Es por ello que el establecimiento de las materias reservadas depende, en buena medida, de la claridad con que se haya expresado el constituyente al respecto. Sin embargo, no puede entenderse que cada vez que el constituyente utiliza el vocablo "ley", manda a regular la materia respectiva mediante decreto de contenido general emanado de la Asamblea Legislativa, ya que ello implicaría desconocer las potestades normativas que la misma Constitución reconoce a otros órganos estatales y entes públicos.

Por ello, únicamente cuando el texto constitucional alude a "decreto legislativo" podría concluirse, sin equívocos, que se está ante un caso expreso de reserva de ley. En los demás casos en que el constituyente utiliza el término "ley", la determinación de si se está ante un caso implícito de reserva de ley, o si la materia respectiva puede ser regulada por cualquier órgano o ente público con potestad normativa, corresponde hacerla a esta Sala, como intérprete máximo de la Constitución.

Para ello, se puede acudir a los principios informadores de la labor legislativa, la interpretación integral y profunda de cada precepto —en conexión con los valores y principios básicos de la Constitución—, la regulación histórica de la materia, así como las coincidencias doctrinales —Sentencia de 15-III-2002, Inc. 30-96—.

Con base en lo anterior, tal como se sostuvo en la sentencia de 6-IX-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 27-99, esta Sala ha determinado que se encuentran reservados a la ley –v. gr.– el establecimiento de los impuestos, la expropiación, el Derecho Administrativo Sancionador, *la limitación a los derechos fundamentales*, la configuración esencial del proceso jurisdiccional y las regulaciones relativas al mantenimiento tanto de la paz social como de la seguridad; así como los supuestos que habilitan al Estado a privar de la libertad –vía pena de prisión– o a afectar el patrimonio –vía pena de multa–.

#### CONCEPCIÓN ABSOLUTA O EN SENTIDO ESTRICTO DE LA RESERVA DE LEY

“C. Una vez que se identifica por cualquier vía que una materia, de acuerdo a la Constitución, está reservada a ley, debe analizarse el grado de pureza que incorpora la reserva específica. En este sentido, la reserva de ley puede funcionar de dos maneras: como "reserva absoluta" y como "reserva relativa".

a. La reserva en sentido estricto o *absoluta* implica que la ley —en sentido formal— regula por sí misma toda la materia reservada, de tal suerte que queda completamente exenta de la acción del Ejecutivo y de los entes autónomos y, en consecuencia, de sus productos normativos. En estos supuestos, los acuerdos ejecutivos o municipales no podrán entrar a regular las materias reservadas, ni tampoco, desde otra perspectiva, el legislador podrá librarse de regular la materia reservada. De acuerdo a esta doctrina, la reserva absoluta *crea* una obligación al legislador de regular él mismo la totalidad de la materia”.

#### RESERVA DE LEY RELATIVA

“b. Pese a ello, la reserva de una materia a la ley no supone siempre la prohibición total de acceso a ella de otros entes con potestades normativas, ya que, en algunos supuestos, la reserva de ley puede admitir la colaboración de dichos entes, lo cual implica la existencia de una reserva *relativa*.

Desde esa perspectiva, la reserva *relativa* implica que la ley —decreto legislativo— 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 normación.

Ahora bien, debe aclararse que la norma remitida debe respetar los límites establecidos por la ley formal en la colaboración normativa, pues si estos límites no se respetan se produce una violación a la reserva de ley, lo cual resulta inadmisibles porque una regulación normativa independiente y no claramente subordinada a la ley supondría una degradación de la reserva formulada expresa o tácitamente por la Constitución.

Ahora bien, también es cierto que si la ley que incorpora la reserva debe contener una cierta regulación de la materia —al menos su "núcleo"— para no incurrir en una deslegalización de la materia reservada a ley, el Legislador no se hace cargo de su potestad constitucional de desarrollar la materia respectiva y habilita en blanco a una fuente constitucionalmente inadecuada”.

## TÉCNICA AUTORIZATORIA ADMINISTRATIVA

“2. Dentro de este esquema, resulta pertinente analizar si la técnica autorizatoria administrativa es una materia que debe ser desarrollada solamente por la ley, si admite colaboración normativa infralegal o si no es materia exclusiva del Legislador.

A. En la Sentencia de 3-XII-2002, dictada en el proceso de inconstitucionalidad 14-99, se explicó que la técnica autorizatoria es una forma de incidencia en la esfera jurídica de los particulares, en el sentido que el ente con potestades normativas regula el ejercicio de determinadas actividades que les son propias, y que sólo podrán llevarlas a cabo previa intervención de la Administración, encaminada a constatar el cumplimiento de las condiciones materiales, formales y procedimentales previstas al efecto por el ordenamiento jurídico.

Dichas condiciones persiguen, en rigor, un fin de carácter público: se recurre a ellas para proteger determinados intereses colectivos, según la naturaleza de las actividades de que se trate. Por ello, la técnica autorizatoria lleva ínsita la posibilidad de que la Administración Pública haga cesar el ejercicio de las actividades reguladas en los casos en que no exista la autorización debida. También comprende la facultad de aplicar las consecuencias de la inobservancia de las condiciones estipuladas para el ejercicio de la actividad autorizada, ya sea mediante la suspensión, no renovación, cancelación o revocación de la autorización, permisos o licencias. De lo contrario, no se alcanzaría el fin que persigue la disposición que instituye la autorización en cada caso”.

## DIFERENCIA ENTRE TÉCNICA AUTORIZATORIA Y POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

“B. Por otro lado, en la Sentencia citada, también se explicó que la técnica autorizatoria debe diferenciarse de las actividades administrativas de sanción.

La potestad sancionadora de la Administración está, en efecto, relacionada directamente con aquella capacidad del Estado de ejercer un control social coercitivo y se caracteriza, entonces, por normar sanciones frente a conductas constitutivas de infracción, es decir, conductas ilegales de los administrados por atentar contra los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en los cuales se concreta el interés general.

En estos términos, la sanción administrativa es un mal infligido como consecuencia de una actuación que constituye el supuesto hipotético de la infracción y que consiste, básicamente, en la privación de un bien o de un derecho, la imposición de una obligación o, incluso, el arresto del infractor.

Por su lado, y como ya se expuso, la técnica autorizatoria está en relación directa con el ejercicio de actividades que requieren intervención estatal y se caracteriza por establecer, en términos generales, los requisitos y *las condiciones de dicho ejercicio*. Esta técnica de intervención, además, abarca el control del despliegue de la actividad del particular, de tal suerte que dentro de su cobertura material se incluye la potestad de *ejecutar las consecuencias del incumplimiento de aquellos requisitos y condiciones, para contrarrestar el estado de ilegalidad del administrado*.

La diferencia, pues, entre una y otra está en su génesis: la potestad sancionatoria surge —generalmente— ante las conductas del administrado tipificadas previamente como ilegales; en cambio, la técnica autorizatoria se crea para regular el ejercicio de derechos o actividades que normalmente competen a los administrados, para lograr que aquél se realice apegado al interés común y sin lesionar derechos de terceros”.

#### PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR APLICAN A LAS CONSECUENCIAS GENERADAS POR LA TÉCNICA AUTORIZATORIA

“C. Habiendo explicado, en líneas generales, la técnica autorizatoria administrativa y su diferencia con la potestad sancionadora de la Administración, es menester hacer una acotación.

Se dijo que la técnica autorizatoria, dentro de su cobertura material, abarca la fiscalización de la actividad del particular, lo que puede traducirse en la suspensión, no renovación, cancelación o revocación de la autorización respectiva. Ahora bien, en el desarrollo normativo, al ejercicio irregular de la actividad autorizada a veces se atribuyen consecuencias que reúnen las características de una sanción administrativa.

En tales casos, aun cuando la consecuencia se haya generado en el marco de la técnica autorizatoria, le serán aplicables los principios generales del derecho administrativo sancionador. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 3-XII-2002, emitida en el proceso de inconstitucionalidad 14-99, se estableció que la multa merece un tratamiento diferente a las demás consecuencias jurídicas del incumplimiento, ya que en el art. 14 Cn. se encuentra expresamente tipificada como "sanción administrativa".

Especial mención merece la exigencia de que las consecuencias del incumplimiento de la actividad autorizada respeten el principio de reserva de ley cuando materialmente sean sanciones. Contrario a lo que sucede con la técnica autorizatoria clásica, la cual puede emanar de cualquier órgano con potestad normativa reconocida por el ordenamiento jurídico, pues no priva ni limita derecho alguno, sino que simplemente estipula los requisitos para el ejercicio de un derecho, sin ingresar un nuevo derecho en la esfera jurídica del particular.

Ello porque el derecho administrativo sancionador es materia reservada a ley en la medida que priva o limita un derecho fundamental; pero si no existe tal restricción —como en el caso de la técnica autorizatoria—, la materia puede ser objeto de regulación por parte de cualquier ente público con potestad normativa”.

#### PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE AL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

“1. La Constitución no indica expresamente cuáles son los criterios legítimos para restringir los derechos fundamentales. Sin embargo, no debe olvidarse que la Constitución tiene un sustrato ético-ideológico que le da unidad y sentido al resto de sus disposiciones y del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, los valores superiores del ordenamiento (la dignidad humana, la seguridad jurídica, la justicia y el bien común) son pautas válidas para

limitar los derechos. Ahora bien, no puede exigirse al legislador que cada uno de sus productos normativos esté orientado específicamente a la satisfacción de uno de esos valores; su libertad de configuración le permite perseguir cualquier fin legítimo que no esté proscrito en la Norma Fundamental o que no sea manifiestamente incongruente con su trasfondo filosófico.

2. A. En su tarea de limitar los derechos fundamentales, el legislador debe remitirse al conjunto de normas constitucionales, pues la Constitución conforma una unidad normativa que debe ser interpretada de forma armónica. Es decir, no se puede articular la limitación de un derecho constitucional, sin antes tomar en cuenta la existencia de otros valores, principios, derechos, deberes, etc. que reconoce la Ley Suprema. Para la solución de estas coordinaciones normativas nace doctrinalmente el principio de proporcionalidad.

Aunque el principio en cuestión no ha recibido una tipificación expresa en la Constitución salvadoreña, podemos deducirlo del art. 246 Cn., en el que se establece como un límite al desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales la prohibición de *alterar* los derechos y principios que en ellas se consagran, con lo cual el constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales se realicen.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad es una *herramienta interpretativa* que determina si un contenido constitucional ha sido alterado, o dicho de otro modo, es un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales —de poca densidad normativa— y las concreciones interpretativas que hace la ley sobre las mismas”.

#### CONJUNTO ARTÍCULADO DE LOS SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

“B. A su vez, el principio en comento aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

a. Según el subprincipio de *idoneidad*, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada a contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Por ende, la aplicación de este subprincipio consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido —la limitación— para fomentar esa finalidad.

Entonces, la idoneidad de una medida consiste en una relación positiva —de eficacia— con su fin inmediato, es decir, que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de rapidez, plenitud o seguridad.

Ahora bien, no debe olvidarse que el legislador, en la tarea de configurar el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución, dispone de un ámbito de apreciación fáctica muy amplio para adoptar las medidas normativas que considera más adecuadas. En ese sentido, no se trata de evaluar la efectividad de la limitación a nivel empírico, ni tampoco de imponer a la Asamblea Legislativa determinados medios —los que la jurisdicción constitucional estime más “adecuados”— para conseguir el fin propuesto; más bien, *el examen de idoneidad*

*debe circunscribirse a repudiar aquellas limitaciones que — incluso en abstracto— carecen de aptitud para cumplimentar la finalidad que las justifica.*

b. De acuerdo con el subprincipio de *necesidad*, entre varias medidas adecuadas para conseguir la misma finalidad, la medida legislativa examinada debe ser la menos gravosa para el derecho correspondiente. El examen de necesidad presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar la medida adoptada.

Por tanto, en esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato; y, en segundo lugar, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Si existe un medio alterno —aun hipotético— que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional.

Ahora bien, tal como ocurría con la idoneidad, la sede natural del juicio de necesidad es la libertad de configuración del legislador, ya que éste, previo a la emisión de la ley respectiva, ha tenido la oportunidad de estudiar varias medidas, consultar a los sectores afectados, discutir propuestas de las distintas fuerzas políticas, etc. Por ello, *se admitirá la necesidad de la limitación, a menos que aparentemente genere un daño gratuito para el derecho en cuestión.*

c. Mediante el último subprincipio —*proporcionalidad en sentido estricto*— se determina si la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia del fin perseguido —partiendo de la idea fundamental de que no es posible trazar relaciones de jerarquía entre las normas constitucionales—.

En ese sentido, mediante este test se trata de verificar si las ventajas que se obtienen mediante limitación al derecho fundamental logran compensar los sacrificios que aquella implica para sus titulares. Básicamente, consiste en un juicio de ponderación entre el derecho afectado y el otro principio o derecho que fundamenta la intervención negativa.

En líneas generales, puede decirse que mientras más intensa sea la intervención legislativa en el derecho fundamental, mayor peso tendrá éste en el juicio de ponderación; y del mismo modo, que mientras más efectiva sea la medida legislativa para la consecución del fin inmediato, mayor peso habrá que otorgársele a éste en la ponderación. Es decir, *si la afectación al derecho es mayor que los frutos alcanzados con la medida, ésta resulta desproporcionada y deberá declararse inconstitucional”.*

#### LIMITACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES DEBE RESPETAR SU CONTENIDO ESENCIAL

“3 A Finalmente, la ley que limita, además de orientarse a un fin legítimo y de ser razonable, debe respetar *el contenido esencial* del derecho —principio que también dimana del art. 246 inc. 1° Cn.—. Es decir, ninguna intervención legislativa, por muy efectiva que sea para la realización de un principio constitucional, puede sacrificar la esencia del derecho fundamental limitado. En estos casos, el juicio de proporcionalidad deviene en superfluo, pues una intervención que destruye de raíz el núcleo de un derecho, no puede justificarse con principio alguno.

Por otro lado, debe examinarse si tras la intervención legislativa, el derecho limitado sigue siendo reconocible como derecho fundamental, esto es, como derecho que se encuentra al mismo nivel que los otros derechos y principios reconocidos en la Constitución y que, por tanto, no puede ser desplazado permanentemente por el legislador ordinario.

B. La Constitución no delimita el contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que se limita a enunciarlos genéricamente, pero ello no significa que aquél contenido sea indeterminado. Al contrario, cada derecho incluye un conjunto de facultades que permiten identificarlo en abstracto bajo esa denominación, en un determinado momento histórico, el cual, en ningún caso, puede ser alterado por los poderes públicos que intervienen en los derechos. Así, al aplicar o interpretar los derechos, todos los poderes públicos deberán adoptar una postura en cuanto a su contenido esencial.

Sin embargo, corresponde a esta Sala –como intérprete supremo de la Constitución– la labor de definir el contenido esencial de los derechos, para lo cual deberá basarse en las convicciones generalmente admitidas entre los juristas, adecuándolas a las peculiaridades de nuestro sistema jurídico, y respetando el pluralismo ético, ideológico y político”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 60-2005AC de fecha 21/09/2012)*

## **MAGISTRADOS SON FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

NECESARIA LA EXIGENCIA DE UNA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL PRECISA PARA EL DESEMPEÑO DE LOS CARGOS

“B. Así, debe resaltarse que los funcionarios públicos están llamados a cumplir una función propia, institucional, de servicio a los intereses generales con objetividad.

Ello implica que en el ejercicio de su función han de obrar con criterios no partidistas o particulares, sino objetivos e impersonales, cumpliendo las leyes y la Constitución -art. 235 Cn.- en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz, al servicio del interés general.

En ese sentido, la designación de funcionarios debe hacerse con la finalidad de garantizar que las personas electas sean las más idóneas para cumplir con las atribuciones u obligaciones asignadas -según un determinado cargo público-, para realizar el interés general y para hacer efectivos los derechos fundamentales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la garantía de una mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos reside en la profesionalidad de los funcionarios públicos y de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública. En razón de ello, para el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas, es necesaria la exigencia de una cualificación profesional precisa para el desempeño de los cargos correspondientes, lo que implica que los requisitos de acceso al cargo garantizan la profesionalidad mediante la utilización de criterios de moralidad y competencia, lo que hace posible el nivel de confianza requerido en cada caso por la naturaleza de la función.

C. En consecuencia, el régimen de los funcionarios públicos postula las garantías del ejercicio independiente de las funciones de cada institución, pero delimitadas por la legalidad y racionalidad que impone el interés general que subyace en la competencia que se atribuye; pues, ciertamente, el Pueblo, a través de la Constitución, concede cada competencia a sus delegados o representantes para la consecución material de un bien constitucionalmente prescrito como relevante -v. gr. administrar justicia, crear políticas públicas, satisfacer necesidades básicas, fiscalizar el gasto público, ejercitar la acción penal, desarrollar procesos electorales-

Esa racionalidad se persigue y garantiza a través del carácter personalista del Estado -art. 1 Cn.-, el principio de constitucionalidad y legalidad -arts. 86 inc. 1° y 235 Cn.-, la primacía del interés general sobre el particular -art. 246 inc. 2° Cn.-, el ejercicio de la Soberanía por parte del pueblo -art. 83 Cn.- y el carácter pluralista del sistema político -art. 85 inc. 2° Cn.-.

Según el carácter personalista del Estado -art. 1 Cn.-, los funcionarios públicos ejercen sus funciones en beneficio de la persona humana y sus derechos fundamentales, pues aquella es el objeto y fin de toda actividad estatal, es decir, el elemento legitimador de esa actividad -Sentencia de I -IV-2004, Inc. 52-2003—.

Los principios de constitucionalidad y legalidad -arts. 86 inc. 1° y 235 Cn.- implican que toda actuación de los funcionarios públicos ha de manifestarse necesariamente como el ejercicio de un poder atribuido por norma jurídica, la que le construye y limita -Sentencia de 15-11-2002, Inc. 9-97—.

Según la primacía del interés general sobre el particular -art. 246 inc. 2° Cn.-, los funcionarios públicos deben ejercer a cabalidad las atribuciones y competencias que les han sido asignadas, pues estas constituyen un servicio a favor de los ciudadanos a quienes se deben, no siendo admisible, en consecuencia, los beneficios personales o de los entes encargados de su designación.

El ejercicio de la Soberanía por parte del pueblo -art. 83 Cn.- implica que, debido a que el pueblo está presente en las acciones del gobierno, lo que hace posible la incidencia de los ciudadanos en la vida del Estado, los funcionarios públicos ejercerán las funciones estatales en representación y beneficio del pueblo, cumpliendo las exigencias de cualificación profesional -Sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009-”.

#### REGIDOS POR EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

“IV. Dentro de las garantías constitucionales que buscan preservar ese equilibrio institucional en la distribución de atribuciones y competencias se encuentra la independencia judicial. Para lo que al presente caso interesa, debe resaltarse algunas de sus manifestaciones.

1. Primeramente, resulta imperativo referirse a la caracterización constitucional de la función jurisdiccional. Para ello, resulta determinante afirmar que el juez se halla sometido únicamente al ordenamiento jurídico, entendido no sólo como sujeción al imperio de la ley, sino también y principalmente a la fuerza normativa de la Constitución. A partir de ello se instauran los principios de independencia



e imparcialidad judicial, por medio de los cuales el juez se reviste de un estatus que proscribe la sumisión a cualquier género de instrucción o dependencia distinta al Derecho positivo -Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 462003—

En efecto, la función jurisdiccional, para calificarse como tal, requiere ser ejercida por órganos sometidos tan solo al Derecho, sin vinculación a los intereses específicos de los sujetos que ejercitan las competencias.

Y es que, si la jurisdicción se encomienda al Órgano Judicial no es por alguna característica esencial de aquélla, sino por ciertas cualidades que se garantizan a los Jueces y Magistrados. Así, cuando la Constitución proclama la independencia del juez, es obligado entender que tal consagración implica el establecimiento de los mecanismos que garanticen la ausencia de sumisión jurídica a otros órganos estatales, a la sociedad y a las partes en un proceso -Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99—.

2. La independencia judicial, precisamente, tiene por finalidad asegurar la pureza de los criterios técnicos —especialmente el sometimiento al Derecho— que van a incidir en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable que resuelve cada caso bajo juzgamiento.

*Específicamente a la función del control de constitucionalidad de las leyes, ejercido por un órgano técnico e independiente, hace referencia el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, según el cual: "Las leyes son el producto de políticas de partido. El control de su constitucionalidad es el producto de la interpretación independiente de la ley fundamental".*

*Dentro de ese esquema, la manera de designar a las personas que fungirán como funcionarios judiciales —ya sea como Jueces, Magistrados de Cámara o de CSJ— también incide en el ejercicio independiente de la función jurisdiccional. A pesar de que la demostración empírica resulte inadecuada en la línea argumental que se trae, no se puede obviar que la vocación de dicha afirmación es establecer la conexión entre el sistema de elección de jueces y magistrados con el grado de capacidad y profesionalismo de las personas electas, a fin de que el primero propicie al segundo.*

*Por tanto, la determinación de la composición de los órganos jurisdiccionales implica la existencia de procedimientos adecuados que transparenten los criterios de selección y objetiven el cumplimiento de los requisitos de ingreso con base en el mérito y capacidad profesional —elementos relacionados con las exigencias de moralidad y competencia notorias, que se abordarán posteriormente—, con el fin de asegurar el ejercicio imparcial e independiente de la judicatura, en cualquier nivel de la carrera judicial".*

#### ELEMENTOS QUE ROBUSTECEN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

"3. Aunado a lo anterior, y aunque no han sido previamente abordadas por la jurisdicción constitucional, es preciso retomar tres elementos esenciales, dinámicos y sucesivos que robustecen la independencia judicial: (i) la legitimidad derivada en el nombramiento de los Magistrados de la CSJ; (ii) la obligación legislativa de documentar la objetiva idoneidad de los candidatos a la Magistratura que resultan electos; y (iii) la inamovilidad de éstos por el periodo para el que fueron nombrados.

Dada la amplitud de los temas que contextualizan a cada uno de estos elementos, se abordarán por considerandos separados.

V. 1. A. Dado que en nuestro país rige un sistema de democracia representativa, el pueblo debe elegir a sus representantes por medio de elecciones periódicas y libres para atribuirles la facultad de tomar decisiones fundamentales. Estos delegados del pueblo se rigen por el marco jurídico establecido por el soberano y han de velar por los intereses de la comunidad que los eligió.

Por ello, la existencia de un gobierno democrático y representativo -art. 85 inc. 1° Cn.-demanda de quienes son elegidos como representantes del pueblo un compromiso, en el sentido que no actúan en nombre o a favor de grupos de poder o de sectores determinados, sino de todos y cada uno de los miembros que conforman la sociedad salvadoreña y que, por esa razón, se deben tomar en consideración la voluntad y los intereses de la totalidad de sus representados.

Todo este sistema se produce por las elecciones, que posibilitan que los ciudadanos ejerzan un control sobre los actos de sus representantes y reduce las posibilidades que estos procedan por su cuenta en forma arbitraria”.

#### LEGITIMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN INDIRECTA O DE SEGUNDO GRADO DERIVADA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

*“En El Salvador, las elecciones de los gobernantes se realizan por dos vías: (i) elección directa o de primer grado, en la que se elige a los representantes por medio de una votación directa -Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN y Concejos Municipales-, es decir, casos en que los electores participan de manera inmediata en la designación de los funcionarios del gobierno; y (ii) elección indirecta o de segundo grado, que implica que los ciudadanos designan a sus representantes, quienes a su vez eligen a otros funcionarios para el ejercicio de determinados cargos.*

La elección de segundo grado es antecedida por otra, en este caso de un cuerpo de elección popular, el cual cuenta con atribuciones para designar a otros representantes, siendo ésta clase de elección la relevante para el tema que ahora nos ocupa. La designación de funcionarios de elección de segundo grado -por tanto- puede realizarse: (i) por medio de nombramiento efectuado por el Presidente de la República; y (ii) mediante elección realizada por la Asamblea Legislativa. En la presente decisión solamente interesa abordar el segundo modo de designación de funcionarios.

*Además de reducir el número de electores mediante votaciones escalonadas en estratos o grupos cada vez más pequeños, este tipo de elecciones indirectas exige del Legislativo mejores criterios de selección y un mayor grado de reflexión en la designación de los funcionarios.*

*C. De ahí que la legitimidad de los funcionarios de elección indirecta deriva de los postulados de la democracia representativa, en el sentido que en la Asamblea Legislativa existe una pluralidad democrática en la que se encuentran representados los diversos sectores de la sociedad.*

Sobre las elecciones de segundo grado, este Tribunal ha expresado que los funcionarios que desempeñan estos cargos -a los que se accede en virtud de

haber sido electos por la Asamblea Legislativa- están investidos de poder de mando y de decisión, y les corresponde cumplir con las funciones públicas específicas para las que han sido elegidos dentro de las atribuciones y competencias que les confieren la Constitución y las leyes, con prevalencia del interés público o general sobre el interés particular.

El deber de obediencia para este tipo de funcionarios responde únicamente al principio de legalidad acorde con el de constitucionalidad, independientemente de los partidos políticos que hayan alcanzado el consenso para designarlos -Sentencia de 26-VI2000, Inc. 16-99-.

*Como se puede observar, los funcionarios de elección de segundo grado son también delegados del pueblo, aunque el pueblo se exprese en su elección por medio de sus representantes.*

*La elección de estos funcionarios se refiere al ejercicio de una función de la Asamblea Legislativa que le confiere legitimidad a la elección por su carácter plural y representativo. La legitimidad democrática no se pierde por la distinta forma de elección en que el electorado se manifiesta -ya sea directa o indirectamente-. Tampoco la relevancia de las atribuciones y competencias que a cada órgano se atribuyen se deslegitima en virtud del carácter derivado del nombramiento del órgano-persona que dirigirá la institución de que se trate. Precisamente, porque el poder es uno solo y se ejerce por medio de Órganos -tres de los cuales son igualmente fundamentales- que se controlan recíprocamente. Interpretar lo contrario significaría que la Asamblea es un supra poder, al cual el resto debe dejar de controlar simplemente por el modo de designación que prescribe el art. 131 ord. 19° Cn. Y es que resulta incoherente considerar que en el modelo constitucional republicano exista un primer órgano del Gobierno al cual estén subordinados los demás, pues ello desnaturalizaría el Estado Constitucional de Derecho, el principio fundamental de la división de poderes y el carácter republicano consagrado en la Constitución.*

*[...] En consecuencia, las elecciones de segundo grado deben hacerse en concordancia con el sistema democrático representativo y con respeto a la voluntad del electorado expresada en las urnas de la elección parlamentaria.*

*En resumen, el ejercicio constante del sufragio debe interpretarse sistemáticamente con los períodos de ejercicio de las atribuciones de los funcionarios de elección de segundo grado, que la Constitución también articula cronológicamente con los períodos legislativos. De lo contrario, el elector no tendrá esa capacidad de decisión que el derecho fundamental al sufragio le concede para otorgar legitimidad democrática mediante la representación política de los funcionarios de elecciones indirectas -art. 86 inc. 3° Cn.-”.*

#### DINÁMICA DEL PROCESO DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“3. En vista de que el parámetro de control propuesto en este proceso es el art. 186 inc. 2° Cn., es ineludible explicar la dinámica de las elecciones de segundo grado, concretamente la de los Magistrados de la CSJ, y precisar la finalidad de la disposición constitucional en cuestión.

Para llevar a cabo la labor antes mencionada, deben tenerse presente los siguientes aspectos:

A. a. Como primer punto, es necesario identificar la finalidad del art. 186 inc. 2° Cn. Al respecto, tal disposición constitucional fue modificada sustancialmente por medio de la reforma que se hizo a la Constitución a través del Decreto n° 64, de 31-X-1991, publicado en el D. O. n° 217, tomo 313, de 20-XI-1991.

*Por distintas circunstancias fácticas, de la reforma constitucional de 1991 no existe un documento semejante al Informe Único de la Comisión de Estudio del proyecto de la Constitución de 1983; sin embargo, las Consideraciones sobre las reformas constitucionales constituyen, en defecto de otro documento histórico oficial, un testimonio válido para realizar una interpretación teleológica de las disposiciones constitucionales resultantes de la reforma de 1991.*

Se desprende del documento aludido que las reformas constitucionales atinentes a la CSJ tenían como objetivo principal el fortalecimiento de la independencia de los miembros de dicho Órgano. Así, se hace ver que, previo a las reformas en cuestión, los Magistrados de la CSJ eran nombrados con el voto favorable de la mitad más uno de los Diputados electos -arts. 123, 131 ord. 19° y 173 inc. 1° Cn.-, lo cual permitía, en la práctica, el control de la CSJ por parte de los sectores mayoritarios representados en el Legislativo. Además, el período para el ejercicio del cargo de magistrado de la Corte era de 5 años, coincidente con el de Presidente de la República, y la Asamblea Legislativa podía, nuevamente con mayoría simple, acordar su no reelección.

En definitiva, la regulación de la Constitución de 1983, en su versión original, era deficiente en lo relativo a la independencia de los Magistrados de la CSJ. Las reformas de 1991 intentaron superar esas debilidades e instauraron mecanismos a fin de erradicar esas influencias indebidas de los Órganos Ejecutivo y Legislativo, y optimizar el principio de independencia judicial.

Así, se consagró la mayoría calificada tanto para la elección como para la destitución de los Magistrados de la CSJ -art. 186 inc. 2° frase 3ª Cn.-, y se amplió la duración del cargo a nueve años, con lo cual se posibilitó que el periodo no coincidiera con los períodos de la gestión presidencial, como era antes de la reforma constitucional de 1991”.

#### INTENCIÓN DE RENOVACIÓN PARCIAL DE LA CSJ CADA TRES AÑOS ES FORTALECER LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

“b. Volviendo al punto central del análisis, cabe preguntarse cuál es la finalidad del mecanismo de la renovación parcial de la CSJ cada 3 años. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las consideraciones sobre las reformas constitucionales relacionadas previamente establecen que dichas reformas estaban encaminadas a fortalecer la independencia judicial.

El art. 186 inc. 2° Cn. es una disposición relativa al Órgano Judicial que prescribe la elección y composición de los Magistrados de la CSJ, en relación con la cual el criterio gramatical y el teleológico son insuficientes para identificar, desde un punto de vista objetivo, la finalidad del art. 186 inc. 2° frase 1ª Cn., por lo que debe acudir al criterio sistemático.

Así, la disposición precitada debe interpretarse sistemáticamente, por una parte, con el principio de independencia judicial, una de cuyas garantías es la estabilidad en el cargo por el período para el que cada Magistrado es electo y, en su caso, designado; y, por otra, con el carácter de funcionarios de elección indirecta o de segundo grado de los Magistrados de la CSJ, en conexión con el principio de soberanía popular.

Tal consideración sistemática permite concluir que la finalidad de la renovación parcial es doble: por un lado, la de fortalecer la independencia judicial y, por el otro, la de asegurar en cada trienio la incidencia del Soberano en la elección de los Magistrados de la CSJ.

B. Esta doble finalidad de la renovación parcial prevista en el art. 186 inc. 2° Cn. también se encuentra concatenada coherentemente con el límite temporal que la Constitución ha establecido para que el Legislativo elija a los Magistrados de la CSJ (tres años). Para identificar ese límite cronológico es preciso relacionar los arts. 124 y 131 ord. 19° Cn. con el art. 186 inc. 2° Cn., disposición constitucional propuesta como parámetro de control en esta ocasión.

Como punto de partida, es necesario tener presente que en materia constitucional la interpretación literal y aislada no resulta ser la más apropiada, atendiendo a las características de la Constitución. A causa de lo apuntado, es forzoso reconocer la existencia de algunas otras pautas específicas para interpretar el texto constitucional —Sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006—, de entre las cuales interesa destacar el principio de unidad de la Constitución”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 23-2012 de fecha 05/06/2012)*

**RELACIONES:**

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 19-2012 de fecha 05/06/2012)*

## **MEDIO AMBIENTE**

### **REGULACIÓN DE LA SIEMBRA, PODA Y TALA DE EJEMPLARES ARBÓREOS TIENE INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD**

“El derecho de propiedad se encuentra reconocido en los arts. 2 inc. 1° y 103 inc. 1° Cn., y recae sobre toda cosa, material o inmaterial, útil, apropiable y dentro del comercio, que incluye la facultad de poder ocuparla, servirse de ella de cuantas maneras sea posible, y la de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificarla y disponer jurídicamente de ella.

Desde una perspectiva subjetiva, el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad asegura a su titular que no será privado ilegítimamente de su derecho —y las facultades que éste comprende— por parte de los poderes públicos o de los particulares.

Partiendo del supuesto de que los árboles cuya siembra, poda y tala se pretende regular se ubiquen en un inmueble de titularidad privada, es indudable que la previsión del art. 15 LEF incide sobre el derecho de propiedad —configurando o limitando—, ya que los árboles referidos, en principio, pertenecen al

propietario, y la regulación de la siembra, poda y tala de los mismos incide en la facultad de servirse de ellos, aprovechar sus productos o modificarlos”.

REGULACIÓN DE LA SIEMBRA, PODA Y TALA DE EJEMPLARES ARBÓREOS TIENE INCIDENCIA EN LA LIBERTAD ECONÓMICA

“A. Desde una perspectiva constitucional, la libertad económica es una manifestación más del derecho general de libertad, entendido como la *posibilidad de obrar o de no obrar*, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos, que constituye lo que se conoce como *libertad negativa* —según se dijo en la sentencia del 14-XII-1995, Inc. 17-95—.

En cuanto a la connotación que tiene la manifestación de tal libertad en el orden económico, se advierte que la misma se encuentra en relación directa con el proceso económico que vive un país. De ahí que son tres las grandes etapas de manifestación: la primera, referida a la iniciativa de *producción* de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; segunda, la *distribución* de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el *consumo o uso, utilización y aprovechamiento* de esos bienes o servicios.

Ahora bien, la libertad económica, en cuanto libertad jurídica, únicamente puede existir y operar con sujeción a límites constitucionales y legales, encaminados a asegurar su ejercicio armónico y congruente con los derechos de los demás, con el interés y el bienestar de la comunidad, con el medio ambiente, así como con los derechos de los trabajadores y de los consumidores en general — Sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006—.

En efecto, la libertad económica —al igual que los restantes derechos fundamentales— no puede ser considerada como un derecho absoluto y por lo mismo puede y debe ser objeto de regulaciones y limitaciones legales que no afecten el contenido esencial del mismo. En ese sentido, es importante señalar que es un error confundir libertad económica con la licencia y el desenfreno y creer que únicamente existe un derecho general de libertad, en donde la iniciativa privada puede ser absoluta e ilimitada.

Para lo que al presente caso interesa, si se puede partir del mismo supuesto anterior —que los árboles se sitúan en un inmueble de propiedad privada—, en este caso también es innegable que lo dispuesto en el art. 15 LEF se relaciona con la libertad económica, ya que la regulación de la siembra, poda y tala de ejemplares arbóreos incidiría en la posibilidad del dueño de producir bienes — como, por ejemplo, madera— para la satisfacción de necesidades humanas, sin la intervención del Estado”.

REGULACIÓN DE LA SIEMBRA, PODA Y TALA DE EJEMPLARES ARBÓREOS NO TIENE INCIDENCIA EN LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

“C. Por su parte, la libertad de contratación tiene reconocimiento constitucional autónomo en el art. 23 Cn., a partir del cual se proscribe tanto al Estado como a los mismos particulares negar u obstaculizar en la decisión de contratar

o no, sobre todo dentro de las relaciones privadas; precisamente porque, en este ámbito, la autonomía de la voluntad nos muestra al contrato como un reparto (o manera de distribuir cargas jurídicas) autónomo y como fuente de producción de obligaciones jurídicas.

En ese punto de ejercicio (reparto de cargas y beneficios jurídicos entre particulares), la autonomía de la voluntad resulta ser una voluntad jurídica, es decir, aquella que el legislador reconoce como apta para producir consecuencias tendentes a la realización de los valores sociales.

Este principio de la autonomía de la voluntad consiste en la posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo, aún no reglamentadas expresamente por la ley. Pero este principio no se reduce únicamente a permitir la celebración de contratos no tipificados en la ley, sino que sus efectos se extienden hasta la libertad que tienen los particulares para la determinación del *contenido* de los contratos, es decir, la libertad para el establecimiento de las obligaciones que de él derivan. Es en este sentido en el que revisten mayor relevancia las limitaciones que se establecen al principio de autonomía de la voluntad, pues las mismas están referidas más al contenido de las obligaciones contractuales que a la tipología del contrato que les da nacimiento.

El principio de autonomía de la voluntad, por tanto, consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin injerencias externas) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. Es así como en materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas; pero que también se complementa con la exigencia de la ley de que ciertos contratos revistan una determinada forma, en consideración a su importancia, y, aun más, que en algunos casos la forma sea elevada a solemnidad.

Asimismo, la autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobrea-bundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y no reconociéndola más que dentro de ellos.

Esta Sala ha señalado que los aspectos que ofrece el derecho a la libre contratación son: (i) el derecho a decidir si se quiere o no contratar, esto es, el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; (ii) el derecho a elegir con quién se quiere contratar; y (iii) el derecho a determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes (Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99).

Visto así, el derecho a la libertad contractual implica que: a) ninguna de las partes del contrato puede imponer unilateralmente a la otra el contenido de las obligaciones que lo conforman, pues el contrato debe ser fruto de un acuerdo previo entre las partes; b) las partes tienen la facultad de autodisciplinarse, aunque sin lesionar normas jurídicas imperativas; y c) las partes están facultadas para concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley.

Ahora, esta libertad, no obstante ser una actividad humana —y en cuanto humana, privada, es decir, librada a la iniciativa de los particulares—, puede es-

tar limitada (regulada) por razones de interés público y de distintos modos. Así, el Estado puede eventualmente alterar *ex post facto* los efectos de los contratos celebrados con anterioridad al pronunciamiento de una norma, puede establecer de forma obligatoria el contenido de los contratos (derechos y obligaciones), como sucede comúnmente con los servicios públicos, seguros, etc.; y puede, finalmente, imponer razonablemente a determinados individuos la celebración o no de un contrato, aún en contra de la voluntad de los interesados (Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99, Considerando VI 3).

A diferencia de los casos anteriores, este Tribunal considera que el art. 15 LEF no guarda ninguna relación con la libertad de contratación —como manifestación específica de la libertad económica—, ya que la regulación de la siembra, poda y tala de árboles no incide en el derecho del propietario de decidir si celebra o no un contrato, con quién contrata y cómo contrata. Ello no obsta a que la norma impugnada sí se relacione con la libertad económica, puesto que el contenido de ésta es mucho más amplio”.

#### TÉRMINO REGULACIÓN ABARCA TANTO LA CONFIGURACIÓN COMO LA LIMITACIÓN DE DERECHOS

“2. El art. 15 LEF —ya citado— dispone: "La regulación sobre siembra, poda y tala de árboles en zonas urbanas será de competencia exclusiva de la municipalidad respectiva".

Se explicó anteriormente que el término "regulación" utilizado en el art. 246 Cn. tiene un sentido amplio: abarca tanto "configuración" —dotación de contenido material a los derechos— como "limitación" —una obstaculización al ejercicio del derecho—.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha interpretado el art. 246 Cn. en el sentido que todos los órganos y entes públicos con potestad normativa reconocida por la Constitución pueden *configurar* los derechos, pero sólo la Asamblea Legislativa puede limitarlos. Desde luego, esta última exigencia —como se explicó— no es absoluta, ya que las fuentes del derecho jerárquicamente inferiores a la ley pueden colaborar con ésta en la regulación de aspectos complementarios o instrumentales.

Entonces, habría que preguntarse si el vocablo "regulación" ha sido empleado en el art. 15 LEF en un sentido amplio —abarcando configuración y limitación—, o si ha sido utilizado en un sentido restringido —como sinónimo de configuración—.

#### REGULACIÓN SOBRE LA SIEMBRA, PODA Y TALA DE ÁRBOLES EN ZONA URBANA ESTA REFERIDA A LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y LIBERTAD ECONÓMICA

“En cuanto a la primera posibilidad, hay que notar que aparte del precepto impugnado, no existe en la LEF otra disposición que se refiera a la regulación sobre la siembra, poda y tala de árboles en *zonas urbanas*. Ello significa que el art. 15 LEF agota el desarrollo normativo desplegado por el legislador respecto a tal materia.



Por tanto, si se toma el término "regulación" en su sentido amplio, resulta que la Asamblea Legislativa, mediante el art. 15 LEF y al no existir otra regulación, delegaría a los Concejos Municipales la "competencia exclusiva" —como dice la disposición impugnada— no sólo de configurar, sino también de *limitar* el derecho de propiedad y la libertad económica, lo cual sería inconstitucional, porque los municipios —de conformidad con el art. 246 Cn.— únicamente están facultados a "colaborar normativamente" con la ley en la *limitación de derechos*.

En cambio, si se asume que el término "regulación" ha sido empleado en el sentido restringido —como equivalente a "configuración de derechos"—, no habría violación al principio de reserva de ley, ya que los Concejos Municipales, como entes con potestad normativa reconocida por la Constitución —art. 204 ord. 6°—, están facultados por el mismo art. 246 Cn. para configurar derechos fundamentales.

La Asamblea Legislativa, como órgano emisor de la LEF, no aclara en su informe cuál es el sentido que le ha dado a la palabra "regulación" en el art. 15 LEF. Los Considerandos y el texto de la Ley tampoco nos ilustran al respecto. En ausencia, pues, de elementos fácticos, esta Sala debe, primeramente, interpretar la norma impugnada hasta donde su formulación lingüística lo permita, en forma tal que se respete y potencie la normativa constitucional —lo que en doctrina se conoce como "interpretación conforme a la Constitución" (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96). Y sólo si no es posible aplicar este criterio interpretativo, deberá admitirse la confrontación internormativa planteada por el actor y declararse inconstitucional el precepto cuestionado.

Pues bien, utilizando el criterio hermenéutico aludido, este Tribunal interpreta que el art. 15 LEF cuando dice que "[l]a regulación sobre siembra, poda y tala de árboles en zonas urbanas será de competencia exclusiva de la municipalidad respectiva", lo que quiere significar es que los Concejos Municipales pueden "configurar", es decir, dotar de contenido material a los derechos afectados por la siembra, poda y tala de árboles —derecho de propiedad y libertad económica—, mas no limitarlos, es decir, denegar su ejercicio.

Se ha insistido anteriormente que todos los entes públicos a los que la Constitución reconoce potestad normativa están habilitados para configurar los derechos fundamentales, siendo ése el caso de los Concejos Municipales, a los que el art. 204 ord. 6° Cn. faculta para crear disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto denominadas "ordenanzas municipales". Por tanto, *debe desestimarse este punto de la pretensión, ya que el art. 15 LEF admite una interpretación conforme al art. 246 Cn*".

#### DESESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIÓN

"3. A. Advierte esta Sala que, en el *proceso acumulado 3-2006*, el demandante solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 13, 15, 19 inc. 1°, 33 y 36 inc. 2° OPPARMSS *por su conexión* con el art. 15 LEF, por cuanto "la única razón de ser" de los primeros era la de "desarrollar o complementar" el segundo. Ahora bien, *habiéndose desestimado la inconstitucionalidad del art. 15 LEF, y habiendo planteado el actor la inconstitucionalidad de los arts. 13, 15, 19*

*inc. 1°, 33 y 36 inc. 2° OPPARMSS como una consecuencia directa y exclusiva de aquélla, por el principio de congruencia procesal, debe sobreseerse este punto de la pretensión.*

B. Hay que notar, empero, que estamos ante una acumulación de procesos, en los que parcialmente coinciden las normas objeto de control —los arts. 13, 15, 19 inc. 1° y 36 inc. 2° OPPARMSS— y el parámetro de control —el art. 246 Cn.—, pero la *argumentación* es diferente.

En el *proceso 60-2005* se alegó autónomamente que: (i) los arts. 13, 15 y 19 inc 1° OPPARMSS violan el art. 246 Cn., pues limitan el derecho de propiedad y la libertad económica, y (ii) el art. 36 inc. 2° OPPARMSS viola el art. 2 Cn. —derecho a la seguridad jurídica— y el art. 246 Cn. —pues contiene una limitación desproporcionada al derecho de propiedad y libertad económica—.

En cambio, en el *proceso 3-2006*, alega que los arts. 13, 15, 19 inc. 1°, y 36 inc. 2° OPPARMSS son inconstitucionales *como consecuencia* de que el art. 15 LEF es inconstitucional. Por tanto, tratándose de dos pretensiones con un fundamento material diferente, aunque se haya desestimado la inconstitucionalidad de los arts. 13, 15, 19 inc. 1°, y 36 inc. 2° OPPARMSS en el *proceso 3-2006*, es procedente examinar nuevamente la constitucionalidad de dichas disposiciones a la luz de los argumentos planteados en el *proceso 60-2005*".

#### PERMISOS PARA LA PODA Y TALA DE ÁRBOLES EN INMUEBLES DE TITULARIDAD PRIVADA

"C. Como se explicó, la regulación —en sentido amplio— sobre poda y tala de árboles en inmuebles de titularidad privada se relaciona de alguna manera con el derecho de propiedad y la libertad económica, ya que, por un lado, incide en las facultades del dueño de servirse, aprovechar y modificar dichos árboles, y por otro, en la posibilidad del dueño de producir bienes —como, por ejemplo, madera— para la satisfacción de necesidades humanas, sin la interferencia del Estado. Ahora bien, debe analizarse si las regulaciones contenidas en los arts. 13, 15 y 19 inc. 1° OPPARMSS son "configuración" —dotación de contenido material al derecho de propiedad y la libertad económica— o "limitación" —obstaculización al ejercicio de esos derechos—.

Según lo expuesto en el Considerando VI 1, los "permisos", es decir, las autorizaciones de la Administración a los particulares para el ejercicio de una actividad típica de su esfera, pero restringidas en razón de un fin público o interés colectivo, caen dentro la "técnica autorizatoria administrativa", la que —de acuerdo con lo sostenido por esta Sala anteriormente— constituye "configuración" de derechos fundamentales, mas no limitación. Ciertamente, los *permisos* de poda y de tala no son más que el establecimiento de condiciones para el ejercicio del derecho de propiedad y la libertad económica en aras de la satisfacción de otro principio constitucional la protección del patrimonio arbóreo, como manifestación del principio proteccionista del derecho al medio ambiente para los recursos naturales —Sentencia de 26-VI-2011, Inc. 37-2004—.

En sus informes, el Concejo Municipal de San Salvador —como autoridad demandada— justifica la emisión de las normas impugnadas argumentando que

las mismas tienen por objeto la protección de los "recursos renovables y no renovables", las "especies arbóreas plantadas", los "recursos existentes y futuros", el "patrimonio arbóreo" o los "recursos naturales".

#### PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE IMPLICA CIERTAS EXIGENCIAS A LOS PODERES PÚBLICOS

“Al respecto, en la Sentencia de 26-VI-2003, pronunciada en el proceso de amparo 242-2001, esta Sala expuso que la protección del medio ambiente es un principio constitucional consagrado en el art. 117 Cn., que comporta para los poderes públicos las siguientes exigencias: (i) el *principio proteccionista*, el cual tiene relación con las medidas preventivas que impidan el deterioro de los bienes ambientales cuya conservación se pretende —v. gr., la regulación de actividades clasificadas como contaminantes o la evaluación del impacto ambiental—; (ii) el *principio conservacionista*, que implica, en general, la retirada del mercado de algunos bienes naturales cuya utilización racional prácticamente se reduce al exclusivo ejercicio del derecho a disfrutar del medio —v. gr. los parques nacionales y los espacios naturales protegidos—; (iii) el *principio de restauración o sustitución de recursos*, que implica el fomento de las actuaciones encaminadas a regenerar los deterioros y degradaciones producidos en el medio ambiente a través de medidas represivas que sustituyan el uso irracional y contaminante de los recursos naturales por el saneamiento y recuperación de dichos espacios —v. gr., la sustitución de técnicas productivas e industriales contaminantes por técnicas no contaminantes—; y (iv) la *garantía de la utilización racional de los recursos naturales*, es decir, la generación de riqueza mediante la utilización de los mismos, procurando su protección, a fin que tal aprovechamiento beneficie no sólo a la presente sino también a las nuevas generaciones, así como al mayor número de habitantes”.

#### PERMISO PARA LA PODA Y TALA DE ÁRBOLES RESPETA LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y LIBERTAD ECONÓMICA Y PROTEGE LOS RECURSOS FORESTALES

“En cuanto a la relación del principio de la protección del medio ambiente con el derecho de propiedad y la libertad económica, en la misma Sentencia se señaló: “[E]l derecho al medio ambiente colinda con el ejercicio de otros muchos derechos y con intereses y bienes protegidos. Sin embargo, aun cuando la protección del entorno sea un interés de rango constitucional, su posición en el universo de bienes jurídicos no puede considerarse de rango superior, y ha de compaginarse en la inevitable ponderación con los demás. El reconocimiento del derecho al medio ambiente plantea dos problemas fundamentales. El primero es el de las relaciones recíprocas entre el derecho al medio ambiente y otros derechos constitucionales —en especial el de propiedad y el de libertad económica— y el segundo —derivado del anterior— es la necesaria ponderación entre derechos que habrá de hacerse en los casos concretos por el aplicador del derecho (entiéndase autoridades jurisdiccionales y no-jurisdiccionales). Asimismo, cabe resaltar también que corresponde al legislador llevar a cabo una previa y general ponderación que asegure la fuerza expansiva de los bienes jurídicos en tensión”.

Con base en los anteriores precedentes, se puede decir que el Concejo Municipal, al crear los permisos de poda y de tala en los arts. 13, 15 y 19 inc. 1° OPPARMSS, efectuó una "ponderación" entre el derecho de propiedad y la libertad económica —arts. 2 inc. 1° y 102 Cn.—, por un lado, y el principio de la protección del medio ambiente —art. 117 Cn.—, por el otro, llegando a una suerte de equilibrio entre los derechos y el principio en pugna. En efecto, al estatuirse un permiso para las actividades mencionadas, ni se obstaculiza el ejercicio de los derechos fundamentales respectivos, ni tampoco quedan desprotegidos los recursos forestales. Esto confirma lo dicho anteriormente: que las disposiciones impugnadas sólo "configuran" el derecho de propiedad y la libertad económica, mas no los limitan; pues una vez cumplidas las circunstancias que el permiso requiere para su otorgamiento, se pueden ejercer los derechos en cuestión.

Por lo dicho anteriormente, *debe desestimarse este punto de la pretensión, ya que los arts. 13, 15 y 19 inc. 1° OPPARMSS "configuran" el derecho de propiedad y la libertad económica, para lo cual el Concejo Municipal de San Salvador está habilitado como ente público al que la Constitución reconoce potestad normativa, de conformidad con el art. 246 —relacionado con el 204 ord. 5°—, ambos de la Cn*".

SUSPENSIÓN DE PERMISOS PARA PODA Y TALA DE ÁRBOLES ESTA INCLUIDA EN LA POTESTAD DE HACER CUMPLIR LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS PARA LA REALIZACIÓN DE DICHA ACTIVIDAD AUTORIZADA

"D. a. En relación con el art. 36 inc. 2° OPPARMSS el demandante sostiene que vulnera el principio de proporcionalidad —art. 246 Cn.—, en síntesis, porque establece una medida limitadora del derecho de propiedad y la libertad económica —la suspensión de los permisos concedidos— que carece de los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para lograr el objetivo perseguido —la protección de las especies arbóreas—.

Por su parte, el Concejo Municipal de San Salvador defendió la constitucionalidad de la norma cuestionada, manifestando: "[D]ado que el bien jurídico protegido es el medio ambiente o patrimonio arbóreo es dable sancionar la reincidencia con suspensión del permiso".

b. La prescripción contenida en el art. 36 inc. 2° lleva por título "sanción por reincidencia"; sin embargo, más allá de su nomenclatura y de la afirmación del Concejo en cuanto a que se trata de una "sanción", es necesario examinar detenidamente el tipo de norma que contiene la disposición impugnada.

Hay que traer a cuento que en esta Sentencia se ha insistido que la *técnica autorizatoria* comprende el control del despliegue de la actividad del particular, de modo que dentro de su cobertura material se incluye la potestad de ejecutar las consecuencias del incumplimiento de los requisitos y condiciones que se han requerido para el ejercicio de la actividad autorizada, a fin de contrarrestar el estado de ilegalidad del administrado, ya sea mediante la suspensión, no renovación, cancelación o revocación de la autorización misma.

En ese sentido, la suspensión de permisos prevista en la disposición impugnada no pertenece al campo de las potestades sancionadoras de la administra-

ción, sino que es una consecuencia derivada del ejercicio irregular de una actividad de los particulares —la poda y tala de árboles—, es decir que es un aspecto integrante de la denominada técnica autorizatoria.

Hay que recordar, por otra parte, que la técnica autorizatoria está fuera del ámbito de las materias reservadas a la ley, pues no es posible advertir alguna privación o limitación a derechos fundamentales, que es precisamente el presupuesto material que lleva a considerar al derecho administrativo sancionador como materia sujeta a reserva legal. En ese sentido, se tiene —como primer punto del análisis— que el Concejo Municipal, como ente público al que la Constitución reconoce potestad normativa —art. 204 ord. 5°—, estaba habilitado por el art. 246 inc. 1° Cn. para disponer la consecuencia jurídica establecida en el art. 36 inc. 2° OPPARMSS.

Ahora bien, habiéndose determinado que la consecuencia establecida en la disposición impugnada no constituye una limitación de derechos fundamentales, la argumentación utilizada por el demandante para demostrar la violación al principio de proporcionalidad no es idónea, según la construcción que de dicho principio ha elaborado esta Sala, pues dicha argumentación parte de la existencia, por un lado, de una intervención legislativa, y por el otro, de un derecho cuyo ejercicio se ve limitado en mayor o menor grado por dicha intervención.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la argumentación esgrimida por el demandante, orientada a demostrar la confrontación internormativa que éste plantea, forma parte del fundamento material de la pretensión. En consecuencia, una argumentación incoherente con el derecho o principio invocado —en este caso, el principio de proporcionalidad— lleva a considerar que la pretensión de inconstitucionalidad no ha sido configurada adecuadamente. Y no pudiendo esta Sala suplir tal defecto, pues ello supondría configurar de oficio el objeto procesal, *debe sobreseerse este punto de la pretensión*".

#### PERMISO PARA LA PODA Y TALA DE ÁRBOLES PUEDE SER REVOCADO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTIPULADAS

"c. Por último, el actor sostuvo que el art. 36 inc. 2° OPPARMSS violenta la seguridad jurídica —art. 2 Cn.—, lo que fundamentó del siguiente modo: "En el presente caso, en el supuesto que las autoridades municipales de San Salvador emitan un permiso conforme a la OPPARMSS, dicho permiso constituiría un acto administrativo favorable para el particular beneficiado con el permiso, por lo que, una vez consolidada tal situación jurídica, la misma no puede ser afectada por la misma administración municipal, bajo pretexto de efectos extensivos de una sanción por reincidencia, ya que ello supondría convertir a ésta en un mecanismo para dejar sin efecto —durante un año— otros permisos previamente concedidos y que ya ingresaron de modo definitivo en la esfera jurídica del particular".

Sobre dicho aspecto, este Tribunal nota que el demandante se equivoca cuando afirma que la suspensión de los permisos constituye una violación al principio de la intangibilidad de los actos favorables, pues —como se expuso en

la Sentencia de 27-XI2003, pronunciada en el proceso de amparo 421-2002– en la medida que "el acto de autorización opera sobre actividades y derechos de titularidad privada, sin incidir en el derecho mismo, sino sólo en la posibilidad de su ejercicio, [...] los mismos pueden ser objeto de revocación en sede administrativa en cualquier momento, siempre que se comprueba el incumplimiento de los requisitos que generaron en su oportunidad la citada autorización".

En ese sentido, la técnica autorizatoria permite al órgano o ente público establecer un régimen de consecuencias –impropiamente denominadas "sanciones"– que coadyuvan a la realización del fin público que protegen las disposiciones que instituyen la autorización en cada caso. Se trata de otro mecanismo –el más gravoso, desde luego– para encauzar la actividad regulada conforme a las condiciones estipuladas en la autorización respectiva.

Ahora bien, cabría preguntarse si es legítimo que el Concejo Municipal suspenda durante un año no sólo el último permiso concedido, sino también todos los concedidos anteriormente. Hay que insistir que las autorizaciones se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, es decir que se mantienen siempre y cuando los hechos y circunstancias que motivaron su otorgamiento no se alteren. A *contrario sensu*, en caso que la situación que originó el permiso se modifique o desaparezca, la Administración está facultada para aplicar la consecuencia jurídica que prevé el ordenamiento jurídico, ya sea la suspensión, no renovación, cancelación o revocación del permiso en cuestión.

Si bien es cierto que, de conformidad con los arts. 13 y 15 OPPARMSS, las causas que motivaron el otorgamiento de cada permiso pueden ser muy diversas, una vez se hayan concedido, la prohibición de realizar determinadas conductas –las que prevé el art. 33, y que constituyen el presupuesto del art. 36 inc. 2°, ambos OPPARMSS– pasan a integrarse al régimen de cada autorización. Por tanto, existe un sustrato normativo común entre los diversos permisos, aunque éstos se concedan en diferentes momentos y según criterios diferentes.

Y es que los efectos de una autorización como la estudiada –poda y tala de árboles– no pueden agotarse con el simple acto formal de su otorgamiento, pues así difícilmente se protegería la finalidad de dicho régimen autorizatorio –la protección de los árboles–. Al contrario, es plenamente coherente con dicha finalidad, que la autorización prolongue su vigencia mientras se ejecuta la actividad respectiva –la poda o tala–, creándose así un vínculo permanente entre el Concejo Municipal de San Salvador y el particular autorizado, encaminado a tutelar la finalidad en cuestión frente a los hechos que en el transcurso del tiempo puedan ocurrir y que eran difíciles de vislumbrar al momento de otorgar el permiso.

En consecuencia, *debe desestimarse este punto de la pretensión, pues la consecuencia jurídica establecida en el art. 36 inc. 2° OPPARMSS no violenta la seguridad jurídica, sino que se enmarca en el ámbito legítimo de la técnica autorizatoria administrativa, teniendo como finalidad la protección de los recursos forestales – concreción del principio de la protección del medio ambiente, consagrado en el art. 117 Cn.*"

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 60-2005AC de fecha 21/09/2012)*

## NORMATIVA DEROGADA

OBJETO DE CONTROL DEBE ENCONTRARSE VIGENTE AL MOMENTO DE CONOCER SOBRE SU SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD

"2. A. Así expuestas las consideraciones que anteceden, es de indicar que la pretensora demanda la inconstitucionalidad del Decreto n° 743, el cual contiene la reforma transitoria de los arts. 12 y 14 de la LOJ, por vulnerar el art. 133 ord. 3° Cn., en virtud de que sólo la Corte Suprema de Justicia tiene iniciativa de ley para solicitar a la Asamblea Legislativa la promulgación de leyes propias del Órgano Judicial.

Sin embargo –como se anotó–, mediante el D.L. n° 798 de 27-VII-2011, publicado en el D. O. n° 152, Tomo 392, de 18-VIII-2011, específicamente su art. 4, se derogó en su totalidad el cuerpo normativo impugnado en el presente proceso constitucional; razón por la cual resulta evidente que el objeto de control propuesto por el demandante ya no puede ser invocado.

B. Ante tal circunstancia, esta Sala se ve imposibilitada de emitir un pronunciamiento de fondo respecto a la normativa impugnada, ya que esta ha dejado de formar parte del ordenamiento jurídico.

Entonces, careciendo de finalidad el presente proceso ante la falta de un presupuesto jurídico de carácter fundamental para el proceso de inconstitucionalidad y dado que dicho acontecimiento sobrevino durante el examen liminar de la presente demanda, es procedente rechazarla *in limine* mediante una resolución de improcedencia.

3. Expuestas las razones que justifican el rechazo de la demanda, es preciso acotar que la ciudadana [...] solicitó la abstención de los magistrados que suscribieron las resoluciones de inaplicabilidad del Decreto 743 pronunciados en los procesos de Inc. con número de referencia 15-2011 y 38-2011, de conocer respecto de este proceso.

Con relación a dicho argumento, se debe tener en cuenta que ante la declaratoria de improcedencia de la presente demanda, iniciar el trámite de recusación de los magistrados carecería de razón de ser; ya que, el efecto principal del rechazo liminar –improcedencia– consiste en no entrar a conocer el fondo de la pretensión.

Por tanto, ante la ausencia de objeto sobre el cual pronunciarse, deberá declararse improcedente la solicitud de abstención esgrimida por la demandante". *(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 48-2012 de fecha 14/12/2012)*

## POTESTAD REGLAMENTARIA

FACULTAD IMPLÍCITA EN EL ÓRGANO COMPETENTE DE LA EJECUCIÓN O APLICACIÓN DE LA LEY

"IV. 1. En relación con lo anterior, es importante aceptar que la ley necesita con frecuencia de colaboración reglamentaria. Al respecto, la potestad regla-

mentaria ha sido reconocida como un medio indispensable para el cumplimiento de los fines de la Administración y como una exigencia inevitable ante la complejidad creciente de la dinámica social, a la que se responde mejor con la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria. La potestad reglamentaria es un poder de producción normativa, es decir, un poder para producir o crear disposiciones jurídicas abstractas y generales que vinculan a sus destinatarios y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano estatal o un ente público (Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 26-2008).

Dentro de sus distintas manifestaciones es pertinente referirse al reglamento de ejecución, que se dicta para detallar los aspectos accesorios y los medios técnicos que posibilitan la aplicación de una ley. Este tipo de reglamento puede y debe desarrollar los contenidos de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su finalidad. Es decir, cumple una función normativa complementaria, al interpretar el alcance o precisar las formas de aplicación de las disposiciones legales; derivar o constatar la habilitación legal de competencias inherentes o implícitas; disciplinar cuestiones técnicas o intensamente variables; definir medidas de escasa o nula incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos; o concretar principios generales del derecho, entre otros contenidos posibles, ya que las formas que adopta la colaboración normativa entre la ley y el reglamento son múltiples y heterogéneas (Inc. 26-2008, ya citada)".

#### RESERVA DE LEY COMO LÍMITE DE A LA POTESTAD REGLAMENTARIA

"2. Por supuesto, junto con sus alcances, el reglamento de ejecución tiene límites, entre los cuales se encuentra uno común a todo tipo de reglamento, pues deriva de la distribución de poderes normativos que realiza la propia Constitución. Se trata de la reserva de ley, como garantía institucional y como técnica de distribución de potestades reguladoras a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos. Esta preferencia hacia la Ley surge de los principios que rigen la integración y el funcionamiento de dicho órgano, es decir, la democracia, el pluralismo, la contradicción, el libre debate y la publicidad, que le proporcionan una legitimación reforzada respecto de los demás órganos estatales y entes públicos con potestades normativas. En una manifestación más precisa, la reserva de ley implica, en principio, la prohibición de que órganos distintos a la Asamblea produzcan normas sobre la materia reservada (Sentencia de 21-IX-2012, Inc. 60-2005)".

#### LIMITACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES ES UNA ACTIVIDAD VEDADA AL REGLAMENTO

"3. Una de esas materias vedadas al reglamento es la limitación de los derechos fundamentales y por ello se ha aclarado que los reglamentos sólo poseen facultad para regular derechos fundamentales, mientras que una limitación o restricción a derechos sólo puede efectuarse por una ley en sentido formal (Sentencia de 27-III-2001, Inc. 22-97). La regulación o configuración es la dotación



de contenido material a los derechos fundamentales, es decir, disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y la estructuración de sus garantías (Inc. 26-2008, ya citada). Por otra parte, la limitación o restricción de un derecho implica la modificación de su objeto o sujetos de forma que impide o dificulta el ejercicio de las acciones, propiedades o situaciones habilitadas por el derecho afectado (Inc. 60-2005, ya citada).

4. También existen otros límites que la jurisprudencia ha derivado de la subordinación –técnica y jerárquica– del reglamento de ejecución a la ley, en el sentido de que: a) el reglamento no se puede emitir más que para facilitar y asegurar la aplicación de la ley; b) dicho reglamento no puede entrar en contradicción con los preceptos de la ley; y c) el reglamento no puede suplir a la ley allí donde ésta no existe, aunque el Presidente de la República considere necesario regular un cierto contenido (Inc. 16-95, ya citada). Esto último, en armonía con la función de colaboración normativa antes expuesta, solo impide la creación reglamentaria de contenidos carentes de alguna cobertura legal o cuya necesidad no pueda fundarse, así sea implícitamente, en la función de facilitación de la ley que se desarrolla.

Lo anterior significa que, además de la reserva de ley, cuando se trata de reglamentos de ejecución la potestad reglamentaria está limitada por la vinculación instrumental o técnica del reglamento a la ley. La razonabilidad técnica del reglamento ejecutivo en relación con la ley significa que debe existir una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que diseña el reglamento para lograrlos, de modo que pueda aceptarse que los últimos están objetivamente dirigidos a facilitar o favorecer la consecución de los primeros (Sentencia de 15-III-2002, Inc. 30-96). Para verificar el respeto de dicha limitación es necesario determinar: a) la finalidad tanto de las disposiciones legales objeto de desarrollo, como de las reglamentarias en juego; b) la compatibilidad entre los fines de ambas; y c) la medida en que el contenido de la disposición reglamentaria impugnada facilita o asegura la implementación de la finalidad de la ley”.

#### PRINCIPIO DE INDELEGABILIDAD

“V. 1. Por otra parte, esta Sala ha determinado que el art. 86 inc. 1° parte final Cn. establece el principio de indelegabilidad de las atribuciones de los órganos del Gobierno, con base en que cada uno de ellos está investido de un conjunto de atribuciones constitucionales y legales que deben ser ejercidas en forma independiente, para evitar la concentración del poder y garantizar el respeto a los derechos de las personas. Esto significa que el conjunto de las atribuciones jurídico-políticas y jurídico-administrativas comprendidas en la competencia de cada órgano es –en principio– improrrogable, es decir, no puede ser transferido por su titular a un órgano distinto (Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003). De lo contrario, la posibilidad de delegación podría soslayar la distribución de poder pretendida por el reparto constitucional de las competencias de cada órgano.

Sin embargo, también se ha reconocido que entre unidades administrativas de un mismo órgano, o entre un órgano del Gobierno y un ente descentralizado,

la delegación puede operar como un medio técnico para optimizar el desempeño de la Administración Pública, en términos de eficiencia y eficacia (Sentencia de 20-I-2009, Inc. 84-2006). En tales casos, se trata de la aplicación de un principio de distribución y especialización de funciones o labores que, junto con otros beneficios, favorece la gestión técnica de los asuntos, desconcentra su atención por los niveles superiores de cada órgano y reduce los tiempos de respuesta de la Administración. La condición de validez de esa delegación es que esté prevista en una disposición con el mismo rango que la que ha otorgado la competencia delegada, esto es, una ley en sentido formal (Sentencia de 14-XII-2011, Amparo 517-2009).

2. Asimismo, en relación con las potestades normativas o reguladoras se ha admitido que, al lado de la potestad del Presidente de la República de decretar reglamentos ejecutivos –art. 168 ord. 14° Cn.–, cabe el despliegue de potestades normativas por parte de otros funcionarios del Órgano Ejecutivo, quienes limitadamente dentro de su estricto ámbito de competencia y con mayor nivel de concreción que el de los reglamentos ejecutivos –un nivel casi aplicativo–, pueden prestar colaboración a estos o a la ley, a través de la emisión de decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones de organización interna (Sentencia de 31-VII-2009, Inc. 78-2006). Sobre esto conviene enfatizar que, como ya se indica en el precedente citado, la potestad reguladora subordinada a la reglamentación ejecutiva de una ley tiene un ámbito específico de eficacia personal, que es el de la organización interna o la ordenación de las actividades o funciones de los servidores de la Administración Pública.

Este criterio de la eficacia personal interna de los instrumentos normativos subordinados al reglamento tiene importancia respecto a la posibilidad de transferir o delegar la competencia reglamentaria a ese tipo de fuentes normativas, aunque sea dentro del propio Órgano Ejecutivo. Como ya se dijo, el reglamento de ejecución sí está destinado a los particulares, precisamente porque su objeto es desarrollar y facilitar la aplicación de una ley de carácter general. Además, en ese tipo de reglamentos, el alcance de su colaboración normativa con la ley y su consiguiente eficacia personal externa se basan en la legitimidad política directa del Presidente de la República, mientras que *los instructivos, instrucciones o circulares se fundan en el poder jerárquico, de mando o de supervisión que tiene un funcionario sobre el servicio que administra. De las significativas diferencias de fundamento y alcance de esos tipos de fuentes se deriva que el reglamento no puede remitir su función de desarrollo o instrumentación técnica de la ley a un instructivo, que por definición carece de eficacia directa sobre los particulares*”.

#### RESERVA DE LEY FORMAL COMO LÍMITE A SU EJERCICIO

“1. La jurisprudencia reseñada es consistente en la idea de que el reglamento no puede regular lo que la ley debe. Es decir que, la opción constitucional de reservar la regulación de ciertas materias a la ley formal constituye un límite infranqueable para el ejercicio de la potestad reglamentaria. El reglamento que incorpora disposiciones que solo la ley formal debe contener excede su campo de acción normativa e invade el espacio de regulación que corresponde al Le-

gislativo. En consecuencia, una de las vías para establecer si un reglamento cumple con el principio de separación e independencia de poderes (art. 86 inc. 1° Cn.) –específicamente en el ejercicio de poderes normativos– es la calificación del contenido de la disposición reglamentaria impugnada, pues si este corresponde a una materia reservada a la ley formal quedará claro que el reglamento ha excedido su función (art. 168 ord. 14° Cn.) y ha invadido la competencia normativa de la Asamblea Legislativa (art. 131 ord. 5° Cn.)”.

#### INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 29 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA POR INVASIÓN DE COMPETENCIA NORMATIVA

“En el art. 29 RELAI efectivamente se añaden, a los casos de información reservada previstos en el art. 19 LAI, otras “causales de reserva”: la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, la seguridad nacional, la seguridad política y el interés nacional. Esta constatación resulta de la simple comparación entre ambas disposiciones y así lo admite también el informe de la autoridad demandada. No es necesario descifrar el alcance de estas expresiones, todas sin duda indeterminadas, porque basta con reconocer su función. Como se advirtió en el considerando III, los supuestos de información reservada operan como razones para impedir el acceso de las personas a la información pública o, en otras palabras, para *limitar* el ejercicio de ese derecho fundamental.

Esta caracterización de los motivos de reserva agregados por vía reglamentaria es la clave para resolver el alegato de inconstitucionalidad planteado, pues como ya se dijo, las limitaciones a los derechos fundamentales configuran un caso típico de materia sujeta a la actividad reguladora de la Asamblea Legislativa mediante ley formal. La tesis de la autoridad demandada –que al no decirse expresamente en la ley que las únicas causas de reserva tenían que provenir de su texto, se entiende que la ley dejó claramente abierta la posibilidad de introducir motivos específicos de reserva– es una comprensión invertida de la relación entre ley y reglamento en materia de limitaciones a derechos fundamentales. Al regular estos derechos, son las excepciones a su ejercicio las que necesitan previsión legal expresa, no la prohibición para la creación reglamentaria de otras limitaciones. Ningún reglamento o instrumento normativo distinto a la ley formal puede crear o imponer limitaciones al derecho de acceso a la información.

En armonía con este régimen constitucional de las limitaciones a los derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19-IX-2006, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párrafo 89, al referirse a las leyes que limitan el derecho de acceso a la información pública, dijo que: “no es posible interpretar la expresión leyes [...] como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.” De igual modo, ese mismo tribunal aclaró que: “la expresión “leyes” [...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (*La*

palabra “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986).

Con base en lo anterior, en vista de que la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, la seguridad nacional, la seguridad política y el interés nacional limitan el derecho de acceso a la información pública sin estar comprendidas en una ley formal, la disposición reglamentaria que establece en forma originaria o innovadora dichas causas de reserva excede el ámbito reglamentario e invade la competencia normativa del Legislativo y por ello se debe declarar su inconstitucionalidad.(...)”

#### INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIÓN DEL ART. 2 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

“Y dado que esta Sala ha reconocido la procedencia de una extensión de la inconstitucionalidad a otras disposiciones, cuando estas tengan una dependencia lógica con los artículos impugnados, en cuanto se limitan a aplicarlos o concretarlos y pierden su objeto o sentido sin ellos (ej. Sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002), en este caso se observa que dentro de las definiciones que el art. 2 RELAI prescribe se incluyen las de “Seguridad nacional” y “Seguridad política”, con el único propósito de favorecer la aplicación de las causas de reserva inconstitucionales, razón por la cual *esta declaratoria se extenderá por conexión a dichas definiciones*”.

#### INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 73 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA POR INFRINGIR EL VÍNCULO DE RAZONABILIDAD TÉCNICA EXIGIDA EN EL ART. 168 ORD. 14 CN

“Al respecto, la interpretación del art. 73 RELAI muestra que su contenido normativo: a) carece de un límite sobre las veces que puede utilizarse la potestad de rechazo o devolución de una terna; b) no restringe el alcance de ese rechazo, que puede ser parcial o total –ante las ternas de los 5 sectores proponentes o solo de alguno de estos–; c) puede aplicarse tanto al procedimiento de elección inicial de los comisionados como a los de su renovación periódica; d) tiene como único fundamento del rechazo el criterio – personal y subjetivo– del Presidente de la República, sin parámetros objetivos y controlables de justificación; y e) desactiva de facto el límite temporal que tiene el Presidente de la República para hacer el nombramiento, mediante la consecuente reposición de las elecciones y de las ternas rechazadas, ya que entonces el plazo transcurrirá únicamente a partir del recibo de una terna en la que, a criterio del Presidente de la República, alguno de los candidatos sea considerado apto para ocupar el cargo de comisionado.

Sobre esto último el Presidente de la República sostuvo que la propia LAI –en el art. 53 inc. penúltimo– prevé supuestos de incumplimiento del plazo de elección de nuevos comisionados, al regular la prórroga del período de los anteriores. Este argumento es inaceptable, porque la posibilidad legal de prórroga del desempeño de los comisionados cesantes no justifica la incorporación re-

glamentaria de supuestos que posterguen en el tiempo el nombramiento de los sustitutos. La prórroga citada tiene una patente orientación excepcional: fijado un plazo legal, su cumplimiento debe ser la regla y el atraso, una excepción. “Cualquier motivo” de atraso no es el que la Administración prefiera o provoque, sino el que ocurra fuera del control (por fuerza mayor o caso fortuito) de quien está vinculado al plazo. Además, como se ha dicho, la disposición reglamentaria comprende el procedimiento para la integración inicial del Instituto, cuando la prórroga del período de los comisionados cesantes es imposible y la disposición legal invocada se refiere a un supuesto distinto.

Todos estos elementos indican que la potestad de rechazo o devolución de una terna altera el diseño político o la distribución de poder contenida en el procedimiento legal de elección de los comisionados, al interferir con el nivel de participación e influencia ciudadana que la ley procura. Según la ley, el “control de idoneidad” del Presidente de la República se circunscribe o se ejerce únicamente respecto a la terna definida por los sectores sociales electores, que de esta manera condicionan o acotan el poder de elección del Presidente de la República. La potestad presidencial de rechazo o devolución de las ternas prevista en la disposición impugnada incide negativamente en o busca revertir el control ciudadano sobre el Presidente de la República, que persigue la ley. Por lo anterior, *el art. 73 RELAI infringe el vínculo de razonabilidad técnica que se exige en el art. 168 ord. 14° Cn. y así se declarará en esta sentencia, pues en lugar de facilitar la aplicación de la ley dificulta o entorpece la consecución de sus fines.*

Determinada la inconstitucionalidad del art. 73 RELAI por este motivo es innecesario analizar los demás alegatos de inconstitucionalidad expuestos por los demandantes contra esta disposición y por esto se sobreseerá respecto de ellos”.

#### INEXISTENCIA DE DELEGACIÓN CUANDO SE REFIEREN A ACTUACIONES DE CARÁCTER INTERNO QUE NO TRASCIENDEN EN FORMA DIRECTA SOBRE LA CONDUCTA DE LOS PARTICULARES

“3. Finalmente, tomando en cuenta la diferenciación entre reglamento e instructivo, según su fundamento, finalidad y alcance (considerando V), la clave para determinar si la remisión a un instructivo configura una delegación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República está en los términos de ese reenvío normativo. En otras palabras, si el objeto del instructivo es la ordenación de tareas, funciones o actuaciones del personal de la Administración, así como la disposición logística u operativa de sus recursos materiales y personales no existirá delegación. Pero si el objeto del instructivo se destina a la regulación complementaria de la ley, la definición de las atribuciones administrativas para su aplicación y la forma en que los particulares serán condicionados por su ejercicio, sí existirá delegación y por tanto inconstitucionalidad por infracción al art. 86 inc. 1° parte final Cn.

Todo instructivo, en la medida que define la actuación del personal de la Administración, puede tener una incidencia mediata sobre la atención y el servicio que reciben las personas, pero no puede convertir a estas en sujetos pasivos

directos de sus disposiciones. En el presente caso, hay que advertir que el art. 63 inc. 4° parte final RELAI remite al instructivo el procedimiento que seguirá el titular de la entidad convocante para nombrar a los empleados de la institución que integrarán la comisión encargada de gestionar la asamblea respectiva para la elección de las ternas. De modo que *esta disposición se refiere en efecto a actuaciones de carácter interno, que no trascienden en forma directa sobre la conducta de los particulares, por lo que se desestimará la pretensión en este punto*”.

#### INCONSTITUCIONALIDAD POR DELEGACIÓN INDEBIDA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA HACIA UN INSTRUCTIVO

“Por otro lado, el art. 75 RELAI remite al instructivo para que cada entidad convocante determine “los mecanismos por medio de los cuales dará cumplimiento a lo establecido en la ley y el presente reglamento”. Esta fórmula tiene una apertura o flexibilidad excesiva que claramente interfiere con el ámbito normativo propio de la potestad reglamentaria. Los “mecanismos” para “dar cumplimiento a lo establecido en la ley” son los medios o instrumentos –atribuciones administrativas y configuración de derechos incluidos– que el reglamento debe desarrollar para facilitar y asegurar la aplicación de la ley. Dentro de estos, la definición común de procedimientos, requisitos, plazos y demás condiciones para el registro, inscripción y exclusión de entidades electoras y candidatos; las formas de proceder ante los empates, votos nulos o el régimen de conducta durante las asambleas de elección y los medios de control de los particulares sobre las decisiones administrativas en cada uno de estos ámbitos, no pueden ser remitidos a uno o más instructivos.

La configuración o regulación abstracta y general de los derechos, como una forma de colaboración normativa con la ley y, generalmente, como contracara de la definición de las atribuciones administrativas dotadas de cobertura legal, corresponde al reglamento y no al instructivo, ni a otras fuentes internas de la Administración. Además, la remisión reglamentaria a tantos instructivos como administraciones competentes en la materia, para que estas definan la forma en que aplicarán la ley, no solo delega indebidamente la potestad reglamentaria, sino que además genera un riesgo de dispersión e inconsistencia normativa que atenta contra la función instrumental de facilitar y asegurar la aplicación de la ley. Por estas razones *se debe declarar inconstitucional el art. 75 RELAI*”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 13-2012 de fecha 05/12/2012)*

#### PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

##### PROCEDE DECLARAR SIN LUGAR CUANDO EXISTE UN ANTECEDENTE PREVIO CON IDENTIDAD DE OBJETO Y PARÁMETRO DE CONTROL

“2. Vistos los argumentos expuestos en la decisión de inaplicabilidad, es procedente recalcar que, en cuanto al argumento relativo a la supuesta violación del principio constitucional de exclusividad jurisdiccional por parte del inc. 2° del

art. 331 C.Pr.Pn. —así como de su antecesor el inciso segundo del art. 294 C.Pr. Pn. derogado— ya fue conocido y resuelto por esta Sala en la Sentencia dictada el 14-IX-2011 —Inc. 37-2007— y en la cual se retorna una consolidada doctrina jurisprudencial en la materia, que conviene recordar en forma sucinta: [...]

Existiendo entonces, y como se ha advertido en los párrafos precedentes, un procedimiento constitucional en idéntico sentido a lo expuesto en los argumentos de inaplicabilidad sostenidos por el Juez Tercero de Paz de Soyapango, es conveniente declarar sin lugar el presente proceso”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 84-2012 de fecha 05/10/2012)*

## PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

### APLICACIÓN Y CONTENIDO EN MATERIA FISCAL

"III. 1. Según el principio de capacidad económica, las personas deben contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado en relación con la aptitud económico-social que tengan para ello. Se trata de un principio que limita a los poderes públicos en el ejercicio de su actividad financiera, pero que, además, condiciona y modula el deber de contribuir de las personas. En ese sentido, puede afirmarse que el principio aludido actúa como presupuesto y límite de la tributación.

Legislativamente, la capacidad económica se puede percibir a partir de índices (patrimonio, renta) o por indicios (consumo, tráfico de bienes). Es decir, en su concreción normativa, opera el principio de *normalidad*, según el cual, cuando el Legislador configura una determinada situación como hecho imponible, atiende a un supuesto que normalmente es indicativo de capacidad económica.

En ese sentido, la capacidad económica es una exigencia del ordenamiento tributario globalmente considerado, así como de cada tributo. No obstante, respecto a las tasas y contribuciones especiales, que se rigen por el principio de beneficio, el principio de capacidad económica no se exige como en el caso de los impuestos.

2. Sobre este principio de capacidad económica también es pertinente mencionar que se proyecta en dos planos: vertical y horizontal.

En el plano vertical supone que existe un *porcentaje máximo* de los ingresos de cada contribuyente que puede ser legítimamente afectado por los tributos. Pero, más allá de dicho porcentaje, lo que el principio de capacidad económica resguarda, en definitiva, son el derecho de propiedad y la libertad económica frente a una tributación desmedida.

En el plano horizontal el principio en comento supone que el *cúmulo de tributos* que afectan a un contribuyente debe configurar un “sistema” regido auténticamente por el principio de capacidad económica.

En este plano, resultan contrarios a la capacidad económica, por ejemplo, los casos en que una misma riqueza (con independencia de la configuración legal de los hechos imponibles respectivos) se grava dos o más veces o, por el contrario, cuando una riqueza no sufre gravamen alguno”.

### TRES EXIGENCIAS QUE REPORTA SU CAPACIDAD OBJETIVA

“3. En el ámbito de la actuación del Órgano Legislativo, el principio de capacidad económica debe respetarse en la configuración de dos aspectos del tributo: la capacidad objetiva y la intensidad del gravamen. Para fundamentar la presente decisión interesa resaltar únicamente las tres exigencias que reporta el primero de ellos:

A. Si de conformidad con el principio de capacidad económica debe gravarse la riqueza disponible, entonces solo deben gravarse los *rendimientos netos*. Ahora bien, ello no impide que el Legislador, por razones de practicidad administrativa, utilice, por ejemplo, técnicas que se ajusten más o menos a dicha exigencia (por ejemplo, que solo permita la deducción de los gastos indispensables para obtener los ingresos gravados –si este fuera el hecho generador–). Así, por ejemplo, cuando se pretende medir la capacidad económica en función del patrimonio, lo racional es computar la totalidad del patrimonio neto, y no solo algunos bienes del activo, ni precisamente los más valiosos.

B. El gravamen debe cuantificarse en relación con un período impositivo determinado, a fin de, por ejemplo, evitar que la renta obtenida en un solo período se vuelva a gravar posteriormente o que se desconecten ingresos y pérdidas, y termine afectando la regla de que solo debe imponerse el neto objetivo –sentencia de 29-IX-2011, Inc. 10-2006–.

C. Asimismo, el gravamen debe recaer únicamente en rendimientos efectivos, no ficticios. Por ello, gravar la capacidad productiva, la riqueza probable o las utilidades puramente nominales, en algunos casos puede resultar contrario al principio en análisis.

En efecto, no toda situación económica posee aptitud para ser gravada con tributos, sino únicamente aquellas que ponen de manifiesto la existencia de recursos útiles que están disponibles a título definitivo”.

### CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LAS EMPRESAS SE CALCULA POR MEDIO DEL ANÁLISIS DE LOS BALANCES GENERALES

“3. Acotado lo anterior, es preciso señalar que el contenido normativo de la disposición impugnada, específicamente en relación con el concepto general de “activo” y su vinculación con el principio de capacidad económica, ya fue analizado por esta Sala en la sentencia de 27-VII-2012, Amp. 512-2010; asimismo, el concepto de “activo circulante”, fue abordado en sentencia de 22-X-2010, Amp. 785-2008; y al respecto, este tribunal consideró:

A. En la primera de las sentencias citadas se indicó que en el caso de los impuestos cuyo hecho generador lo constituye algún tipo de actividad económica –industrial, comercial o de servicio– realizada por comerciantes individuales o sociales –sujetos pasivos–, el legislador generalmente prescribe que la base imponible o la forma en la que se cuantifican monetariamente esos tributos es el *activo* de la empresa, por lo que la capacidad económica con la que cuentan dichos sujetos para poder contribuir se calcula por medio del análisis de los balances generales de sus empresas, los cuales muestran la situación financiera



de estas en una determinada fecha, mediante el detalle de sus activos, pasivos y capital contable”.

#### CAPITAL CONTABLE ES LA BASE IMPONIBLE DE UN IMPUESTO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE UN COMERCIANTE O EMPRESA

“Así –se señaló–, el *activo* se encuentra integrado por todos los recursos de los que dispone una entidad para la realización de sus fines, los cuales deben representar beneficios económicos futuros fundadamente esperados y controlados por una entidad económica, provenientes de transacciones o eventos realizados, identificables y cuantificables en unidades monetarias. Dichos recursos provienen tanto de fuentes externas –pasivo–, como de fuentes internas –capital contable–.

De tal forma –se añadió– el *pasivo* representa los recursos con los cuales cuenta una empresa para la realización de sus fines y que han sido aportados por fuentes externas a la entidad –acreedores–, derivados de transacciones realizadas que hacen nacer una obligación de transferir efectivo, bienes o servicios.

Por su parte –se acotó–, el *capital contable* –también denominado patrimonio o *activo neto*– está constituido por los recursos de los cuales dispone una empresa para su adecuado funcionamiento y que tienen su origen en fuentes internas de financiamiento representadas por los aportes del mismo propietario –comerciante individual o social– y otras operaciones económicas que afecten a dicho capital; de esa manera los propietarios poseen un derecho sobre los *activos netos*, el cual se ejerce mediante reembolso o distribución.

En otras palabras, el capital contable representa la diferencia aritmética entre el activo y el pasivo.

Por consiguiente –se concluyó–, para la realización de sus fines, una empresa dispone de una serie de recursos –activo– que provienen de obligaciones contraídas con terceros acreedores –pasivo– y de las aportaciones que realizan los empresarios, entre otras operaciones económicas –capital contable–, *siendo esta última categoría la que efectivamente refleja la riqueza o capacidad económica de un comerciante y que, desde la perspectiva constitucional, es apta para ser tomada como la base imponible de un impuesto a la actividad económica, puesto que, al ser el resultado de restarle al activo el total de sus pasivos, refleja el conjunto de bienes y derechos que pertenecen propiamente a aquel.*

B. Ahora bien, concretamente en cuanto al término “activo circulante” o corriente, en la sentencia de 22-X-2010, Amp. 785-2008, se dijo que *constituye una especificidad del activo en general y se entiende como el conjunto de aquellos bienes y derechos que están en rotación o movimiento constante y que son de fácil conversión en dinero en efectivo durante el ciclo normal de operación de una empresa, es decir, en un período de un año, verbigracia, caja, bancos, mercancías, documentos por cobrar, cuentas por cobrar, inversiones temporales, deudores diversos, etc.*

En ese sentido –se estableció–, aun cuando se trata de activos disponibles, de igual manera, *se grava el activo de la empresa sin haber realizado la deducción del pasivo correspondiente, de manera que “el activo circulante” no es un elemento revelador de una verdadera capacidad económica”.*

## EXISTENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA AL GRAVAR LA LEY EL ACTIVO CIRCULANTE DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

“IV. Consecuentemente, esta Sala dilucidará la inconstitucionalidad alegada a la luz de las acotaciones efectuadas en los dos apartados precedentes.

En efecto, se ha determinado que el principio de capacidad económica (art. 131 ord. 6° Cn.) actúa *como presupuesto y límite para la tributación*. A partir de ello se colige que el impuesto previsto en el art. 3 n° 47 TAGAM debía tomar en consideración el citado principio.

También se ha establecido que dicho precepto legal establece un tributo que grava el “activo circulante” de los sujetos obligados; sin embargo, aquel no es un elemento revelador de una verdadera capacidad económica y contributiva, pues se calcula sin haber realizado la deducción del pasivo correspondiente, de manera que incluye componentes que exceden del *capital contable* concernido, el cual, –en los términos expuestos en el apartado 3.A del considerando anterior–, es la *categoría que efectivamente refleja la riqueza o capacidad económica de un comerciante y que, desde la perspectiva constitucional, es apta para ser tomada como la base imponible de un impuesto a la actividad económica*.

Por consiguiente, el objeto de control *grava un elemento que no es revelador de capacidad económica, por lo que vulnera el principio de capacidad económica* previsto en el art. 131 ord. 6 Cn.; en consecuencia, *debe declararse la inconstitucionalidad del art. 3 n° 47 TAGAM.*”

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 15-2012 de fecha 10/10/2012)*

## PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

### VIGENCIA DE UNA NORMA DETERMINA SU APLICABILIDAD JURÍDICA

“3. A. Como un preámbulo a lo sostenido por esta Sala sobre el principio de irretroactividad de las leyes, v. gr. la sentencia de 29-IV-2011, Inc 11-2005, es procedente acotar lo siguiente:

Un requisito de la norma escrita es la *vigencia*, característica que implica la pertenencia *actual y activa* de una disposición en el ordenamiento jurídico, de manera que es capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho, toda vez que haya sido publicada y concluido su período de *vacatio legis*.

En otras palabras, la *vigencia* de las disposiciones es el intervalo de tiempo durante el cual una disposición jurídica pertenece al sistema y es susceptible de ser aplicada a los hechos que acontecen durante dicho intervalo. La cualidad de imponer en la realidad las consecuencias previstas en las disposiciones empieza desde el momento de su publicación o difusión oficial del cuerpo normativo que las contiene, más el lapso de *vacatio legis*.

A partir de tal suceso, y no antes, las disposiciones contenidas en las leyes se vuelven jurídicamente aplicables, vale decir, producen efectos normativos hacia el futuro”.

ÁMBITO TEMPORAL ABSTRACTO QUE CONTIENE LA DISPOSICIÓN DEBE COINCIDIR CON EL MOMENTO EN QUE ACONTECE LA ACCIÓN QUE HABILITA SU APLICACIÓN

“B. El principio de irretroactividad de las leyes figura como una concreción de la seguridad jurídica como valor fundamental. Sobre el mismo, es pertinente tener en cuenta que, ya sea de forma expresa o tácita, todas las disposiciones jurídicas se refieren a intervalos temporales, en su *supuesto* y en su *consecuencia*.

El momento en que acontecen los supuestos relevantes para un caso, es determinante para la aplicabilidad de las disposiciones del mismo. Así, *el ámbito temporal abstracto que contiene la disposición debe coincidir con el momento en que acontece la acción que habilitaría su aplicación*. De manera que todo lo que ocurra fuera de ese ámbito temporal debe considerarse irrelevante para tal disposición.

Por tanto, para establecer si determinada circunstancia de hecho es merecedora de la consecuencia jurídica prevista en una disposición, es necesario establecer en qué momento es realizada la acción y el intervalo de tiempo al que la primera se refiere”.

IMPLICA QUE EMISIONES NORMATIVAS FUTURAS NO PUEDEN CALIFICAR JURÍDICAMENTE LOS ACTOS O HECHOS PRETÉRITOS

“C. Ahora bien, en el sistema jurídico salvadoreño, uno de los criterios de aplicabilidad de las normas en el tiempo es el principio de *irretroactividad* de las leyes, consagrado en el art. 21 Cn.

Al respecto hay que subrayar que la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad absoluto o total; sino que sujeta la excepción a dicho principio a los casos de *leyes favorables en materia penal y en materias de orden público* —este último, declarado expresamente en la ley y avalado por la jurisdicción constitucional—.

*Como límite al legislador, la irretroactividad implica que las emisiones normativas futuras no pueden calificar jurídicamente los actos o hechos pretéritos de los individuos o instituciones públicas, de manera que se altere la regulación que correspondería aplicar, según el ordenamiento que estuvo vigente en el momento en que aquélla tuvo lugar o se consumó.*

*Desde este punto de vista, la retroactividad se verificaría en la afectación o modificación de situaciones jurídicas consolidadas; es decir, en la traslación de consecuencias jurídicas a un momento anterior a la vigencia de la nueva ley.*

De ahí que, en definitiva, para comprobar si una ley es o no retroactiva, sea determinante verificar, primero, si las situaciones iniciadas en el pasado son reguladas por la nueva ley; y segundo, *si las consecuencias de ésta se extienden a esas situaciones consumadas.*

D. En conclusión, ninguna ley es retroactiva stricto sensu si solamente se refiere a hechos pasados —por ejemplo, el derecho intertemporal, en la sucesión de normas procesales—. Lo determinante es calificar si pretende extender las consecuencias jurídicas del presente a situaciones de hecho que se produjeron en el pasado —Sentencia de 6-VI-2008, pronunciada en el proceso de Inc. 31-2004—”.

## IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN ANTE ERROR EN EL DERECHO INVOCADO

“IV. En función de lo antes expuesto es procedente realizar el juicio de admisibilidad de la pretensión planteada por las demandantes. Para ello, resulta oportuno acotar lo siguiente:

1. Al examinar los sujetos normativos propuestos como *término de comparación*, los cuales se obtienen sobre la base de las disposiciones impugnadas, es dable inferir que existe una *brecha temporal* entre las normas contrastadas a fin de cotejar a los mismos.

Y es que, tal como se apuntó oportunamente, las demandantes extraen un grupo de sujetos normativos —considerados discriminados—, a partir de la integración de los arts. 184 inc. 1° y 104 letras a), b) y c) LSAP; disposiciones que pertenecen al ordenamiento jurídico desde la emisión de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones en el año de 1996. Mientras que, por el contrario, *los sujetos normativos supuestamente beneficiados*, nacen como resultado de la creación del art. 184-A LSAP, disposición que, según Decreto Legislativo n° 100, de 13-DC- 2006, entró en vigencia en el año 2006.

A raíz de la circunstancia evidenciada, la parte actora pretende que los *sujetos* extraídos de una norma jurídica construida a partir de la integración de los arts. 184 inc. 1° y 104 LSAP y que forma parte de un régimen transitorio, sean favorecidos mediante un beneficio que fue creado —con posterioridad— por otra disposición transitoria en un ámbito temporal completamente distinto.

Dicha situación refleja un conflicto de leyes en el tiempo, pues en realidad lo que se busca es aplicar el supuesto de hecho acontecido en el art. 184-A LSAP —beneficio de pensión vitalicia y no recálculo—, disposición vigente a partir de septiembre de 2006, a supuestos de hecho acaecidos con anterioridad a su vigencia.

En razón de lo anterior, es dable señalar que la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, se ha hecho encallar a partir de una probable afectación al *principio de igualdad* en la creación de la ley —art. 3 inc. 1° Cn.—; sin embargo, al examinar los argumentos que evidencian el contraste normativo bajo la óptica de los arts. 184 inc. 1°, 104 letras a), b) —derogado— y c) y 184-A LSAP, se advierte que debido a la consecución temporal de las disposiciones impugnadas, los sujetos comparables se extraen a partir de momentos temporales distintos, producto de la vigencia de dos disposiciones jurídicas en espacios temporales diferentes.

2. En concordancia con lo expuesto, la evidencia de una circunstancia como la previamente anotada, dirige el examen de constitucionalidad a la vulneración de otro principio constitucional, como el principio de irretroactividad de las leyes —art. 21 Cn.—; en efecto, el conocimiento del proceso se dirigiría a dotar de carácter retroactivo a una disposición legal con base en una supuesta vulneración a la igualdad, circunstancia que se traduciría en una contravención a las excepciones impuestas por el constituyente en el art. 21 Cn. y por consiguiente en una contravención a la misma Constitución.

Por tanto, al examinar los argumentos propuestos por la parte actora, tanto en el escrito de subsanación como en la demanda, esta Sala verifica que no

obstante las deficiencias inicialmente apuntadas han sido subsanadas, el análisis de la controversia propuesta revela un nuevo obstáculo que imposibilita la tramitación del presente proceso constitucional; en consecuencia, la demanda deberá ser declarada improcedente”.

(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 17-2012 de fecha 07/12/2012)

## PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD VÍA REMISIÓN DE INAPLICABILIDAD

### EFFECTOS Y PROCEDIMIENTO DEL CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR

"I. 1. En relación con las reformas efectuadas a la Ley de Procedimientos Constitucionales (L.Pr.Cn.) mediante el Decreto Legislativo n° 45, de fecha 06-VII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 143, Tomo n° 372, de fecha 7-VIII-2006, esta Sala ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el proceso de inconstitucionalidad, en cuanto a plazos, informes, traslados y demás, deberá desarrollarse de acuerdo con el contexto normativo que aporta el Título II de la L.Pr. Cn.; por otro lado, una de las finalidades de esa reforma es la unificación de los criterios que derivan de la aplicación del control difuso a través del concentrado.

Para una mejor comprensión de lo apuntado, es necesario señalar que el proceso de inconstitucionalidad tiene como finalidad verificar si existe contradicción entre las disposiciones impugnadas y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control y emitir un pronunciamiento de carácter general y obligatorio, en caso de que las primeras efectivamente vulneren derechos, principios o garantías consignados en las segundas –efecto *erga omnes*, art. 183 Cn.–. Por su parte, el control difuso, en cuanto a la aplicación de una disposición o cuerpo legal, solo tiene efecto en un caso específico juzgado por un tribunal ordinario –efecto *inter partes*, art. 185 Cn.–.

Los anteriores controles de constitucionalidad no son excluyentes entre sí, lo que implica que su interrelación se desarrolla en torno al control abstracto de las disposiciones inaplicadas en un determinado proceso, con independencia de los efectos que dicha inaplicación produzca para las partes.

Por las razones expuestas, sería inadecuado crear un procedimiento especial o particular para el proceso de inconstitucionalidad iniciado vía remisión de inaplicabilidades que declaran los tribunales de la República. Por ello, para declarar de forma general y abstracta la constitucionalidad de las disposiciones inaplicadas, se debe seguir el procedimiento establecido en los arts. 7, 8 y 9 de la L.Pr.Cn”.

### PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROCEDENCIA

“2. Aclarado el punto anterior, debe verificarse si la declaratoria de inaplicabilidad remitida en esta ocasión reúne los presupuestos mínimos, prescritos por los arts. 77-A y 77-C de la L.Pr.Cn., para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad, entendiendo por tales requisitos: (i) la relación directa y principal

que debe tener la disposición inaplicada con la resolución del caso –es decir, la relevancia del art. 350 inc. 2° CPP como disposición aplicable al caso concreto–; (ii) la inexistencia de pronunciamiento, por parte de esta Sala, con respecto a la disposición inaplicada –que, para el presente caso, no existe–; (iii) el esfuerzo del juzgador, previo a la inaplicación, de interpretar la disposición conforme a la Constitución; y, finalmente, (iv) la relación de la disposición inaplicada, la norma o principios constitucionales supuestamente vulnerados y las razones que sirven de fundamento a la inaplicación.

Es en relación a estos dos últimos requisitos que se efectuarán las puntualizaciones siguientes:

Ante un caso de atipicidad, el juzgador requirente, dictaminó la inaplicación de la disposición secundaria anteriormente relacionada, argumentando de una forma sumamente escueta que contradice “la potestad de Juzgar sin más límites que los que expresamente le determine la Constitución y la Ley”.

De lo anterior se deduce, que el parámetro de control relacionado es el art. 172 Cn., relativo al ámbito de la garantía jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho Penal y Procesal Penal; pero no se expresa en el líbelo de su decisión las razones de tal restricción –en cuanto al dictado de un sobreseimiento por parte de los Jueces de Paz en determinados casos– y la supuesta afectación de su independencia e imparcialidad, como garantías inherentes a la función judicial, ni con lo relativo al principio del juez previamente determinado por la ley. Al contrario de ello, únicamente resuelve la inaplicación *sin exponer claramente un contraste argumentativo entre la disposición constitucional inferida y la norma secundaria controvertida*.

En otras palabras, no se tiene un contenido mínimo de justificación que permita evidenciar a esta Sala, siquiera de forma somera, la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. Por ende, se incumplen dos de los presupuestos mínimos para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad, a saber: por un lado, el previo intento de hacer una interpretación conforme de la disposición inaplicada, y por otro lado, la relación de la disposición inaplicada, con la norma o principios constitucionales supuestamente vulnerados y las razones que sirvieron de fundamento a la inaplicación, todo ello de acuerdo con lo estipulado en los arts. 77-A, 77-B y 77-C de la L.Pr.Cn”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Interlocutorias - Sin Lugar, referencia: 73-2011 de fecha 11/01/2012)*

#### EXAMEN DE LOS MISMOS MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADOS EN OTROS PROCESOS IMPLICA UN DISPENDIO PROCESAL

“La inconstitucionalidad del art. 71 LERARD por la supuesta violación a la igualdad se conoció en las sentencias de 4-IV-2008 y 3-X-2011, Incs. 40-2006 y 11-2007, respectivamente.

A. Así, en la sentencia pronunciada en el proceso Inc. 40-2006 se estableció que el art. 71 LERARD no contradice al art. 3 –igualdad en la formulación de la ley–, pues la denegación de beneficios penitenciarios forma parte de la libertad de configuración penal reconocida al legislador; y la denegación de medidas sus-

titutivas se fundamenta en la incidencia que el supuesto contenido en esa disposición tiene sobre el peligro procesal requerido para la detención provisional.

En efecto, dicha sentencia determinó que no existe tal contradicción de la referida disposición con el principio de igualdad, en la medida que la particular gravedad de los delitos a que se refiere la LERARD, justifica la denegatoria de ciertos beneficios penitenciarios, particularmente al referirse a un bien jurídico de alta importancia social como es la salud de las personas.

Adicionalmente, se sostuvo que dicha ponderación está igualmente justificada en relación con la prohibición de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional; pues cuando el legislador advierta que se encuentra ante los atentados más graves a bienes jurídicos esenciales —vida, libertad y propiedad, etc.— o se encuentre en presencia de delitos relativos al crimen organizado, está justificado establecer una regla normativa que no permita sustituir una medida cautelar por otras.

B. Asimismo, en la sentencia pronunciada en la Inc. 11-2007 ya citada, se dijo que en el art. 71 LERARD no existe la supuesta violación a los principios de igualdad y de resocialización, en la medida que la concesión del referido sustitutivo penal en los delitos relativos al narcotráfico, es factible siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el art. 77 C. Pn.; operando la prohibición de su concesión, cuando se muestre imprescindible el cumplimiento de una pena de prisión a fin de evitar una ulterior reiteración delictiva del condenado.

En ese sentido, existe una imposibilidad de pronunciarse en el presente proceso sobre los motivos de inaplicabilidad relacionados con la violación al principio de igualdad, pues existe una identidad argumental sobre los mismos con los ya dilucidados en sentencias desestimatorias, pronunciadas en los procesos de Inc. 40-2006 y 11-2007”.

#### OBJETO DE SOBRESEIMIENTO CUANDO SE FUNDAMENTA EN UNA INAPLICABILIDAD QUE YA FUE DECIDIDA POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

“4. Por otro lado, la inconstitucionalidad del art. 34 LERARD por violación a la prohibición de doble sanción por un mismo hecho también fue conocida y resuelta en la sentencia de 9-X-2007, Inc. 27-2006.

Sobre el particular esta Sala afirmó que el legislador tiene un ámbito de libre configuración en la modulación de la sanción de acuerdo con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor, según las consideraciones político-criminales que estime convenientes. Por ello, los diferentes ilícitos penales cuentan con penas diversas y que se adecuan —entre otras razones— al valor del bien jurídico protegido, la intensidad del ataque, la intención revelada por el agente y aún a la gravedad del resultado.

Esta consideración puede generar el establecimiento de una escala de pena significativamente distinta entre los tipos de delitos, y puede conllevar la imposición de la pena privativa de libertad junto con la multa como pena principal conjunta, sin que ello sea inconstitucional *per se*.

La admisibilidad de ello únicamente requiere que se expongan justificaciones razonables de acuerdo con la necesidad de su regulación. Así, en cuanto a

la regulación de dicha dupla sancionatoria en la LERARD, el órgano productor de la ley sostuvo que ello se hacía de conformidad con ciertas finalidades de tipo preventivo-general, en la medida que los delitos relativos al narcotráfico se ejecutan mediante el concurso de redes criminales altamente organizadas nacional e internacionalmente. Adicionalmente, que la exasperación del rigor sancionatorio en tal ordenamiento, radica en la gravedad que las actividades relacionadas al tráfico de drogas reportan a la salud individual y social.

Sin embargo, la Sala manifestó que en relación con los tópicos concernientes a la proporcionalidad y la resocialización, existe una orientación constitucional de la ejecución de las penas –y en particular de la pena privativa de libertad– a la reeducación y reinserción del condenado, e igualmente proscribire los fines preventivo-generales que pretendan prevalecer sobre la dignidad humana.

Desde esta perspectiva –se afirmó–, si se entiende la resocialización como el proceso encaminado a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir procurando evitar la reincidencia, todas las penas –conforme con el mandato contemplado en el inc. 3º del art. 27 Cn.– deben ir enfocadas a esta finalidad desde el momento de su creación y aplicación.

Así, particularmente en el caso de la multa, cuando aparezca como pena conjunta con la de prisión, no debe generar efectos desocializadores ni desproporcionados en el sentido de constituirse en un obstáculo insalvable para la reincorporación del penado a la comunidad en el caso de su impago.

Las anteriores consideraciones son predicables –sin embargo– no para los delitos y la cuantificación de sus penas en particular, sino para la regulación contemplada en el art. 76 del C. Pn., cuyo tenor literal establece que la pena de multa no podrá ser sustituida –en el caso de que aparezca como pena conjunta–, aún cuando la pena privativa de libertad se cambie por otra medida restrictiva de derechos.

En consecuencia, el primer contraste aludido con respecto a la violación al art. 27 Cn. por la pena conjunta (prisión y multa) que establece el art. 34 LERARD, no es deducible de esta disposición aislada, sino de su imposibilidad de sustitución que puede generar los efectos lesivos en el fin resocializador de toda sanción punitiva. Y ello es objeto de otro contraste constitucional, también dilucidado ya por la misma sentencia estimatoria.

Por tanto, debe sobreseerse el presente proceso en relación con la inconstitucionalidad del art. 34 LERARD, por la supuesta violación al art. 27 Cn., pues ya existe un pronunciamiento al respecto”.

#### INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN DEL ART. 71 DE LA LERARD CON EL ART. 77 DEL C. PN

*“C. En el caso sometido a análisis en aquella oportunidad se dijo que la prohibición establecida en el art. 71 LERARD, debe ser interpretada sistemáticamente con los requisitos de motivación establecidos en el 77 C. Pn., particularmente en lo que se refiere a lo innecesario del cumplimiento completo de una pena de prisión en aras de evitar una recaída en el delito de quien resulte favorecido con su aplicación.*

*De no cumplirse los mismos, de acuerdo al examen judicial, la concesión tiene que ser denegada como acontece en los casos donde la ejecución comple-*



*ta de la pena de prisión se muestre adecuada de acuerdo al interés general de aplicación de la ley penal y se requiera ineludiblemente la estancia en prisión a efectos preventivo-especiales.*

Desde esta perspectiva, el juez deberá ponderar la libertad personal del condenado y la protección de la seguridad colectiva, armonizando ambos fines en la procedencia o no de la aplicación de la suspensión, a fin de establecer, si de acuerdo a las particularidades del caso, se requiere la ejecución de la pena privativa de libertad; particularmente en materia de drogas, en donde existe un explícito interés legislativo en disuadir toda actividad encaminada a la posesión o al tráfico ilícito.

Por tanto, en relación a los supuestos que pueden resultar comprendidos dentro del art. 71 LERARD, *deben relacionarse aquellas situaciones donde la libertad condicional o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no garantice de forma suficiente el control de la libertad personal de quien resulte condenado, y en los que exista un alto pronóstico de reiteración delictiva –v. gr. decida nuevamente dedicarse al comercio de drogas–.*

En caso contrario, si considera que la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional, no están en condiciones de neutralizar ese peligro de proclividad delictiva, está habilitado a ejecutar la pena de prisión en consonancia con la prescripción establecida en el art. 71 LERARD.

Por lo anterior, se declaró que el art. 71 inc. 1° LERARD no contradice el art. 3, en relación con el 27 Inc. 3° Cn., si se integra normativamente con los requisitos establecidos en el 77 C. Pn., particularmente en lo relativo al inciso primero.

*D. Como puede advertirse, los términos del análisis constitucional realizado en la Inc. 11-2007 coinciden con los actualmente expuestos como violación al principio de necesidad de las penas.*

Al igual que en el presente caso, el examen de constitucionalidad realizado en la Inc. 11-2007 determinó que la exigencia legal de cumplimiento completo de la pena de prisión en los delitos relativos a las drogas, no es inconstitucional siempre y cuando se entienda que el juez debe integrar dicha disposición con el deber de motivación prescrito en el art. 77 C. Pn.; y por tanto, pueden existir supuestos en los que no se exija el cumplimiento completo de la condena impuesta. En ese sentido, al haberse afirmado que dicha disposición no debe ser de aplicación automática y que puede prescindirse del cumplimiento de la pena completa con la debida motivación, este tribunal advierte que el contraste constitucional planteado por la violación al principio de necesidad de las penas también debe sobrepasar en el presente proceso”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, 70-2006AC de fecha 16/11/2012)*

## **PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

OBJETO DE CONTROL SUBSISTE CUANDO LA NORMA DEROGADA ES CONTEMPLADA EN UNA NORMA ULTERIOR

"II. Expuestos los argumentos del Juez Cuarto de lo Mercantil, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa y la opinión del Fiscal General de la Repú-

blica, deben hacerse algunas consideraciones sobre las modificaciones al objeto de control, en la medida en que pueden alterarse las premisas argumentativas en que descansa la impugnación del art. 161 del C.Pr.C.

Dicha disposición se encontraba contenida en el Decreto Ejecutivo S/N de 31-XII-1881 en el D. O. correspondiente al 1-I-1882, reformado por Decreto Legislativo sin número de 22-III-1888, publicado en el Diario Oficial n°. 97, Tomo 24 de 26-IV-1888. Y *fue derogado* mediante Decreto Legislativo n° 712 de 14-XI-2008, publicado en el Diario Oficial n° 224, Tomo n° 381, de 27-XI-2008 que promulgó el Código Procesal Civil y Mercantil.

Ante ello, esta Sala debe analizar si dicha circunstancia constituye motivo de terminación anormal del presente proceso, dada la inexistencia –por derogación– del objeto de control o si, por el contrario, conforme a la similitud de contenidos normativos con el actual Código, verificar el traslado del juicio de constitucionalidad hacia éste.

1. A. En una primera acotación, debe tenerse en cuenta que el proceso de inconstitucionalidad persigue un resultado eficaz que se traduzca en una modificación de la realidad material: la invalidación de la disposición que, como consecuencia del examen del contraste, resulte disconforme con la Constitución por vicio de forma o de contenido.

Ahora bien, tal como se acotó en el auto de improcedencia de 31-VII-2009 Inc. 94-2007, cuando se verifica un cambio o derogación en la legislación impugnada dentro de un proceso de inconstitucionalidad, generalmente, se altera la tramitación de éste. Ello porque la resolución del proceso no es ajena a las eventuales modificaciones operadas por el legislador sobre la norma sometida a control de constitucionalidad.

En efecto, la pretensión constitucional, su tramitación y el pronunciamiento que la decide guarda una estrecha relación con la disposición o acto impugnado y su pertenencia al ordenamiento jurídico; pues, en efecto, si la pretensión carece de objeto al desaparecer tal disposición o acto, la eficacia de la eventual sentencia de inconstitucionalidad estaría siendo también alterada por no existir los elementos normativos sobre los cuales se emite el fallo.

B. Ante tal situación, esta Sala optaba por sobreseer el proceso de inconstitucionalidad, pues se sostenía que el pronunciamiento de fondo sólo puede tener eficacia cuando la disposición impugnada se encuentre vigente, vale decir, mantiene su capacidad de producir los efectos imperativos propios de las disposiciones jurídicas. Bajo esta idea, se determinaba el desplazamiento del objeto de control, y sobreseía el respectivo proceso de inconstitucionalidad, pues los motivos de impugnación resultaban alterados, aun cuando el cambio era solamente formal o en menor medida.

C. Ahora, a partir de las sentencias de 16-VII-2004 y 1-IV-2004, Incs. 27-2001 y 52-2003 respectivamente, se examina la trascendencia de la reforma en los términos de impugnación propuestos por el actor -ya no en la literalidad de la disposición controlada-, de manera que, si el cambio de redacción no arroja una alteración en la estructura normativa, la pretensión se mantiene y se lleva el proceso hasta su conclusión con sentencia de fondo. *Lo mismo ocurre cuando una nueva regulación completa deroga expresamente las disposiciones impug-*

*nadas, y se examina la continuidad de los términos de impugnación en el nuevo cuerpo normativo.*

En ese sentido, si bien una reforma implica la alteración de la estructura lingüística de la disposición, puede no incidir en la norma derivada que se sitúa en uno de los extremos del contraste que se está conociendo en un proceso de inconstitucionalidad. Asimismo, *una disposición puede ser derogada expresamente ante la emisión de una nueva regulación completa, pero ésta puede retomar la norma impugnada y pervivir el contraste aludido.* En ambos casos, el proceso de inconstitucionalidad se mantiene hasta concluir mediante sentencia de fondo que decida la constitucionalidad de la norma”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, referencia: 124-2007 de fecha 05/12/2012)*

## PROCESO DE JACTANCIA

### CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CARGA PROCESAL

“1. La pretensión de jactancia se define como aquella concedida a una persona para demandar en juicio a otra que hace alarde de tener derechos contra él (v. gr. afirmar que es acreedor del demandante) y que, al considerar que la obligación es inexistente o diversa, se pretende compeler al demandado para que ejercite dichos derechos en el proceso correspondiente o bien *guarde silencio* (deje de jactarse) y se vea impedido de realizar su reclamo con posterioridad (improponibilidad objetiva).

Al respecto, el art. 256 CPrCyM establece que –mediante el trámite de las diligencias preliminares– puede obtenerse la *determinación judicial de la jactancia del acreedor con el fin de imponerle plazo perentorio para el planteamiento de su pretensión.*

El fundamento del proceso de jactancia se halla en la necesidad de certeza imperante en toda organización social; ahora bien, la certidumbre jurídica que se busca con estas diligencias no se refiere a la titularidad de los derechos que –según el actor– fueron objeto de jactancia por el demandado, sino simplemente a si éste afirmó ser titular de un derecho de crédito más allá que lo sea o se considere serlo.

Desde esta perspectiva, el proceso de jactancia muestra dos niveles de profundidad. En lo inmediato, el objeto de la jactancia misma es saber si ésta existió o no; mientras que, en lo mediato, constituyen objeto de este proceso los derechos que fueron, a su vez, objeto de jactancia y el descrédito y la lesión al honor sufrida por el actor como consecuencia de aquella.

Con respecto al demandado, se encuentra en una situación jurídica de carga procesal (de comparecer) y en caso de no cumplir será requerido por el tribunal a imponer su demanda dentro de un plazo establecido por la ley procesal pertinente, con apercibimiento de tenerse por improponible la demanda presentada vencido dicho plazo.

Si el demandado no comparece, o habiendo comparecido se niega a realizar la manifestación que le requiere el tribunal en el sentido de si son, o no ciertos los

hechos alegados por el actor, en este caso, la ley establece una *presunción de respuesta afirmativa*, atribuyendo a su silencio el mismo valor que la respuesta afirmativa expresa.

Ahora bien, debe recordarse que el sentido de las normas de presunción es establecer una verdad procesal (o una verdad en el proceso), es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen por tanto, puntos de partida y de llegada en el proceso decisorio.

Sin embargo, la aceptación de una regla de presunción supone aceptar también su derrotabilidad para un caso particular. *El razonamiento presuntivo es típicamente un razonamiento derrotable: si se cuenta con más información es posible rechazar la conclusión*".

#### DILIGENCIAS PREPARATORIAS COMO PROCESO PARA DETERMINAR LA JACTANCIA DEL ACREEDOR

"2. El actual C.Pr.C.M. establece que la vía procedimental a instaurar para lograr la determinación judicial de la jactancia del acreedor es la prevista para la adopción de diligencias preliminares o preparatorias.

Las diligencias preparatorias tienen por objeto procurar, a quien ha de ser parte en un futuro juicio, el conocimiento de hechos o informaciones que le son indispensables para constituir regularmente el proceso y que no podría obtener sin la intervención de la jurisdicción.

Se trata de un proceso anterior a otro y relevante para el mismo en cuanto adelanta la producción de elementos que han de integrarlo, por razones de oportunidad y conveniencia. Su propósito es la realización de fines y de actos posteriores, precisamente el concepto de instrumentalidad explica el calificativo de preparatorias.

Para deducir fundadamente una pretensión procesal, toda persona necesita conocer una serie de datos que por ejemplo, eviten que la demanda pueda dirigirse contra un sujeto equivocado, o que recaiga sobre un objeto litigioso inexistente o no totalmente delimitado, por carecer del conocimiento certero de los hechos en que pueda fundar la petición de tutela jurisdiccional de sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Por ello, estas diligencias preparatorias no tienen lugar por imposición de la ley (no son presupuestos procesales de ulteriores procesos o de ulteriores etapas del proceso) sino por conveniencia de las partes.

Pero si, llegado el momento definitivo de plantear el pleito ante los tribunales, no le hubiese sido posible obtener alguna de las tales informaciones, pese a haberse esforzado razonablemente en conseguir utilizando las vías adecuadas al efecto, podrá entonces acudir al tribunal competente para que sea éste quien, antes de la iniciación formal del pleito, acuerde la práctica de las diligencias preliminares dispuestas en la ley en orden a la consecución de ese concreto fin de "preparar" un determinado proceso.

Si bien es cierto la finalidad básica o genérica de las mismas es preparar el proceso ulterior, no lo es menos que cada una de dichas diligencias persiga un objetivo particular, que abarca desde la terminación de la capacidad o legitima-

ción pasiva, a la constatación de la preexistencia o posesión de bienes que serán objeto de la futura demanda.

No cabe negar por consiguiente, que dichas diligencias ostentan tanto una clara finalidad positiva (preparar el futuro proceso para que éste sea eficaz, para facilitar su desenvolvimiento o para iniciarlo con éxito), cuanto una finalidad negativa (constatar con los nuevos datos o informaciones obtenidos que no procede interponer ese ulterior y eventual proceso)”.

#### INSTAURADO COMO UN VERDADERO PROCESO JURISDICCIONAL A PESAR DE ESTAR INCORPORADO COMO UNA DILIGENCIA PRELIMINAR

“3. En el actual C.Pr.C.M. la jactancia se incluye dentro de las diligencias preliminares; sin embargo, *la finalidad no es tanto preparar o facilitar un proceso posterior, sino también y principalmente la eliminación de la incertidumbre jurídica sobre quien sufre la jactancia de otro.*

Ahora bien, independientemente de la elección legislativa de incorporar a la *jactancia* como una diligencia preliminar, es indudable que se trata de *un verdadero proceso jurisdiccional* –arts. 259 y 260 C. Pr. C. M.–; puesto que en el trámite de las diligencias preparatorias o preliminares: (i) interviene la autoridad jurisdiccional; (ii) existe un enjuiciamiento (tanto para determinar la admisibilidad o no de la solicitud de las diligencias preliminares, cuanto para determinar el fundamento o la oposición); (iii) por tanto, existe una controversia o contradicción de tesis entre demandante y demandado –no sobre el fondo del objeto de un proceso futuro, sino sobre la procedencia o improcedencia de las diligencias acordadas–; y (iv) el juez puede llegar a ordenar que se ejecute lo juzgado (cuando el resultado de las diligencias es desobedecido por la persona requerida al efecto).

Un proceso preparatorio, aclaratorio o como se le quiera adjetivar, no pierde su estructura procesal contradictoria, a pesar de que no se resuelva la controversia que el solicitante de las diligencias pretende preparar y, en su caso, someter a los tribunales en un proceso civil ulterior.

En efecto, debe tenerse presente que siempre se trata de un *proceso donde se dilucida judicialmente un interés legítimo insatisfecho*, directamente enlazado con otro derecho fundamental del solicitante: la protección jurisdiccional, que –como se apuntó– comprende el derecho de acudir a los tribunales para interponer ante ellos una pretensión (que, se sobreentiende, el actor haya podido tener la oportunidad de fundamentar adecuadamente)”.

#### IMPROPONIBILIDAD EFECTO DE LA INACTIVIDAD DEL JACTANCIOSO EN EL PROCESO NO ANULA EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

“B. Lo anterior implica que si el demandado no toma alguna actitud al interior del proceso como oponerse a la pretensión del actor –que es la determinación judicial de la jactancia del acreedor– ya sea porque no comparece al proceso o porque, habiendo comparecido, se niega a realizar la manifestación que le requiere el tribunal, se tendrá por cierta la jactancia y se procederá a la fijación de un plazo para que el acreedor plantee la demanda correspondiente o dicha demanda se tornará en improponible.

En ese sentido, la improponibilidad se constituye como un obstáculo para continuar con el trámite del proceso, lo cual no ha de reputarse *per se* como un impedimento inconstitucional. Y es que debe aclararse que cuando el legislador impone requisitos o condiciones que entrañen obstáculos del *derecho de acceso a la jurisdicción*, su legitimidad constitucional no es cuestionable, siempre y cuando los mismos obedezcan a finalidades razonables de tutela e intereses constitucionalmente protegidos y *deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencias exigible a los justiciables*.

C. No es reconocible —entonces— una supuesta lesión del derecho a la protección jurisdiccional cuando quien denuncia la violación no quiere defender sus derechos por los medios que el ordenamiento procesal le brindaba, porque ello iría en desmedro de los derechos de la otra parte al avalar la indiligencia o pasividad de quien asistió sin reaccionar oportunamente.

Así, en el trámite de la determinación judicial de la jactancia, al demandado se le concede un plazo para que formule su oposición, convocándose posteriormente a una audiencia en la cual podrá argumentar su respectiva posición —art. 260 C.Pr.C.M.—.

Asimismo, si se advierte por el juzgador la inactividad del demandado en las diligencias de jactancia (no comparece al proceso o habiendo comparecido no realiza ninguna manifestación al efecto de oponerse), se prevé una presunción de respuesta afirmativa, que es derrotable. Además, se fija un plazo para que se plantee la demanda contra el supuesto deudor y al no verificarlo así, la demanda que interponga el presunto jactancioso será rechazada por improponible.

En virtud de lo anterior, se advierte entonces que la previsión contenida en el art. 261 ord. 6° C.Pr.C.M. no anula el derecho de acceso a la jurisdicción del acreedor de forma automática y arbitraria ya que: a) dicho obstáculo —la improponibilidad— impuesto por el legislador goza de una justificación o de un fundamento constitucionalmente atendible, cual es preservar la certeza jurídica en el sujeto que sufre la jactancia, y b) porque guarda la debida *proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables*, es decir, se ha hecho de conocimiento del acreedor demandado el inicio de las diligencias de determinación judicial de jactancia y se le ha otorgado la oportunidad de oponerse a las mismas —art. 260 C.Pr.C.M.—.

En ese sentido, al admitirse que los sujetos involucrados tengan una pareja oportunidad de criticar mutuamente sus respectivas aserciones, en el trámite de las diligencias de jactancia se está frente a la estructuración funcional de un proceso constitucionalmente configurado en el cual se garantiza el derecho de audiencia y defensa de ambas partes, y la consecuencia jurídica que derivan de la inacción del “jactancioso” —la improponibilidad— es el resultado eventual que se produce por la falta de diligencia o interés del demandando, por no atender sus respectivas cargas procesales.

En ese sentido, se puede constatar que, en relación con la seguridad jurídica, derechos de audiencia y defensa, no existe la inconstitucionalidad alegada en la actual regulación de las diligencias de jactancia, en tanto que el legislador ha desarrollado un proceso que cumple con los estándares constitucionales mínimos, para asegurar a ambas partes contendientes sus respectivas oportunida-

des de refutación procesal. Y, en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción por el resultado negativo ante la inacción del demandado –la improponibilidad de su eventual demanda, con base en los derechos en los que se jactaba– es producto de su propia inactividad y posee una justificación constitucional legítima de preservar la seguridad jurídica y honor de quien sufre la jactancia –derechos fundamentales con igual peso e importancia constitucional que los del jactancioso–.

Por lo expuesto, la norma cuestionada en el presente proceso no contraría los arts. 2 inc. 1º, 11 y 12 de la Constitución y así debe declararse en la presente sentencia”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, referencia: 124-2007 de fecha 05/12/2012)*

## RECURSO DE REVISIÓN

OBJETO DE CONTROL SUBSISTE CUANDO LA NORMA DEROGADA ES CONTEMPLADA EN UNA NORMA ULTERIOR

“A. Es necesario aclarar que durante la tramitación de este proceso dicha disposición ha sido derogada por el actual Código Procesal Penal (D. L. 733/2008), situación que podría dar lugar al sobreseimiento por falta de objeto de control sobre el cual pronunciarse, porque el artículo inaplicado ya no forma parte del ordenamiento jurídico vigente a esta fecha –validez como pertenencia–. Sin embargo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo, Inc. 27-2001, de 16-VII-2004; Inc. 30-2001, de 16-VII-2004; Inc. 52-2003, de 1-IV-2004; e Inc. 94-2007, de 31-VII-2009), el proceso de inconstitucionalidad debe continuar hasta sentencia de fondo si a pesar de ser derogada expresamente, la disposición impugnada es retomada en la nueva regulación con la misma estructura normativa.

En efecto, si la nueva regulación deroga completa y expresamente a la disposición impugnada, pero vuelve a contemplar la misma estructura normativa en algunos de sus artículos, los términos de impugnación adquieren continuidad material en el ordenamiento jurídico y, por tanto, el reproche constitucional señalado por el demandante o tribunal requirente se mantiene y debe ser resuelto. Esto es así porque no puede permitirse que las contradicciones constitucionales se sustraigan del examen de esta Sala, al propiciar un fraude a la jurisdicción constitucional mediante la trasposición de la disposición cuestionada.

B. En el presente caso, la disposición inaplicada ha sido regulada en similares términos en el inc. 1º del art. 491 del Código Procesal Penal actualmente vigente –C.Pr.Pn.–, pues también dispone que el recurso de revisión sea resuelto por el tribunal que pronunció la sentencia. Entonces, dado que existe coincidencia entre la disposición inaplicada del estatuto procesal penal anterior y la replicada en el actual, corresponde realizar el control de constitucionalidad respecto de la que actualmente pertenece al ordenamiento jurídico.

C. Adicionalmente a lo expuesto, como en otra variedad de procesos de esta misma naturaleza, en el auto de admisión se enfatizó que el examen que esta Sala realiza mediante los requerimientos judiciales originados por el ejercicio del

control difuso, no se convierte bajo ningún concepto en un recurso o revisión de la resolución o de sus fundamentos, y tampoco se trata de un nuevo juzgamiento sobre los hechos que dieron lugar a la tramitación del juicio penal promovido en dicho tribunal. Por tanto, los medios impugnativos que pudieran incoarse en contra de las resoluciones judiciales de inaplicación conservan su procedencia, cumplidos que fuesen los presupuestos legales para tal efecto”.

#### NECESIDAD DE EVIDENCIAR LA CONFRONTACIÓN INTERNORMATIVA APRECIADA POR EL DEMANDANTE

“Esta sala observa que la fórmula empleada por el tribunal requirente parece indicar que hace referencia a la imparcialidad judicial como una de las garantías del juicio previo, esta como género o continente (“más extenso”) de aquella, pero sin intentar ninguna confrontación directa entre la regla de competencia que inaplica y el art. 11 Cn. aludido. La intención de la referencia a la presunción de inocencia es más difícil de reconstruir, porque la disposición inaplicada se refiere a una persona declarada culpable por sentencia definitiva firme, es decir, cuyo estado de inocencia ha sido ya superado.

De modo similar ocurre con la cita del art. 17 Cn. que en lo pertinente para el caso regula la prohibición de abrir juicios fenecidos, pero que en el mismo inciso y en forma expresa e inmediata reconoce la validez constitucional de la revisión en materia penal. Como lo expresa el Fiscal en su opinión, utilizando un argumento sistemático puede concluirse que el propio art. 17 Cn. descarta que el conocimiento y decisión de la revisión de la sentencia sea un caso prohibido por la primera parte del inc. 1° de esa misma disposición constitucional. Además, la resolución del tribunal requirente omite cualquier otra posibilidad hermenéutica de contradicción normativa. Por lo antes expuesto, en vista de que en relación con los arts. 11, 12 y 17 Cn. no se ha argumentado la relevancia de esas disposiciones constitucionales como parámetro de control ni su eventual confrontación internormativa con el artículo inaplicado, se sobreseerá respecto de ellos el presente proceso”.

#### PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

“La *imparcialidad* consiste en que el juez aplique el derecho por las razones que el derecho proporciona y no por influencias extrajurídicas derivadas del proceso –de la interacción del juez con las partes procesales o con el objeto de decisión–. En tal sentido, se ha dicho que la imparcialidad es una “regla excluyente de segundo orden”, es decir, la regla de seguir las reglas sin influencia de la pasión, el interés o la ideología, de modo que las normas jurídicas constituyan el único móvil legítimo de las decisiones judiciales. Las razones de la decisión (los argumentos que la justifican) deben coincidir entonces con los motivos –en sentido psicológico– de la decisión (las causas que la explican).

De lo anterior se deriva que la imparcialidad tiene una dimensión ética o deontológica irreductible, pues la verificación de la conformidad entre los móviles de la decisión judicial y las razones del derecho abre un panorama complejo y controvertido sobre el alcance del control del poder ejercido por los jueces. En



este contexto, la mejor garantía de cumplimiento del principio es el compromiso personal de cada juzgador con una práctica permanente de autocontrol, de la capacidad para mantenerse a distancia y resistente ante las influencias ajenas al derecho sobre su decisión. Por supuesto, ello no significa que la eficacia del deber de imparcialidad quede librada a la conciencia inescrutable de cada juez.

El ordenamiento jurídico comprende supuestos específicos en los que se estima que la imparcialidad judicial resulta afectada, junto con ciertas cláusulas abiertas o generales que –en armonía con la estructura normativa de principio que tiene la imparcialidad– permiten una adaptación casuística futura a nuevas circunstancias que podrían dañar la confianza social en que los jueces deciden por las razones del derecho y no por motivos ajenos a este. Sin embargo, dicha apertura no puede ser aprovechada para utilizar en forma estratégica o abusiva los posibles riesgos de parcialidad judicial, a modo de eludir el conocimiento y la decisión de ciertos asuntos que, en aplicación de las reglas de competencia fijadas válidamente por la ley, corresponden a cada juez”.

#### OBJETIVIDAD DEL JUEZ IMPLICA UNA INTERSUBJETIVIDAD EN SUS RAZONES Y DEL MÉTODO PARA JUSTIFICARLAS

“2. Entre los supuestos específicos regulados por la ley, la jurisprudencia de esta sala ha reconocido que el art. 16 Cn. se fundamenta en el principio de imparcialidad (Sentencia de Inconstitucionalidad 11-97, de 16-VII-2002). Para ello se determinó que la *instancia* implica un examen fáctico pleno o una amplia oportunidad de discusión y decisión sobre el fondo del conflicto enjuiciado, lo que debe considerarse junto al dato de que la estructuración del proceso mediante instancias sucesivas persigue una finalidad de control sobre las actuaciones previas. En tales circunstancias, es plausible dudar de la influencia que la decisión de una instancia anterior, como relación del juez con el objeto procesal, puede tener sobre la función de control que se espera de la instancia siguiente.

Según se entiende de su formulación y del esquema de análisis aplicado en la sentencia antes mencionada, la determinación de la existencia de un motivo para desconfiar de la imparcialidad del juez implica un examen comparativo sobre el alcance de las decisiones judiciales en cuestión, para establecer si ambas son el resultado de una actividad procesal que pueda calificarse como instancia. De modo similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el mero hecho de que un juez haya tomado decisiones previas no puede considerarse por sí mismo como justificación de las dudas acerca de su imparcialidad, sino que lo que importa es el alcance y la naturaleza de esas decisiones en relación con el objeto del proceso (TEDH, *Asunto Morel contra Francia*, de 18-X-2000, párrafos 45-47; *Asunto Jasinski contra Polonia*, de 20-XII-2006, párrafos 55-56; *Asunto Ekeberg y otros contra Noruega*, de 31-X-2007, párrafo 34; y *Asunto Gómez de Llano y Botella contra España*, de 22-X-2008, párrafo 64).

Según esto, parece claro que el art. 16 Cn. no prohíbe cualquier tipo de intervención judicial repetida dentro de un mismo proceso, sino solo una que reproduce la consideración completa, sustantiva o de fondo de su objeto de decisión. De hecho, buena parte de la eficiencia de la tramitación procesal se basa

en que el mismo juez, en un solo proceso, decida varias veces, para avanzar a las fases siguientes o para resolver objeciones o reparos sobre lo actuado. En estos casos, la imparcialidad exige una capacidad intelectual de autocrítica o de contrastación reflexiva de las propias opiniones, de acuerdo con toda la información relevante en cada oportunidad para decidir. El juez debe extremar, respecto de sí mismo, el rigor analítico y las pruebas de refutación de sus puntos de vista.

Cuando el resultado de ese filtro metodológico autoimpuesto indique un cambio de criterio, el juez debe estar abierto a la rectificación y atento al esfuerzo argumentativo excedente que ella le demanda. Ciertamente, esta labor implica tensiones intelectuales que pueden ser difíciles de superar, pero la aptitud y la disposición para lograrlo son inherentes al perfil profesional que la Constitución requiere de todo juez. Las referencias a una “asepsia mental” y una “pureza valorativa” del juez son deshumanizantes idealizaciones del ejercicio de la jurisdicción, quizá solo explicables por el enorme peso de una tradición doctrinaria y jurisprudencial empeñada en la reproducción de una falsa conciencia del poder de los jueces. Los jueces, como seres humanos –con personales historias y concepciones del mundo–, serán siempre vulnerables ante un desmesurado estándar de pureza o asepsia valorativa, hace tiempo abandonada como aspiración epistémica de la comprensión de la realidad.

Esto significa que el verdadero desafío de la imparcialidad es reconocer el efecto cosmético de esas ficciones y asumir la delicada tarea de demostrar, con actos y argumentos, que las inevitables expresiones de la radical humanidad del juez no han interferido con una solución fiel al derecho. Así, la demostración de la imparcialidad termina coincidiendo con la demostración de la racionalidad de la decisión y con la posibilidad de control externo de sus argumentaciones –para evitar, por otra parte, una simple racionalización disimuladora del criterio parcial o arbitrario–. La objetividad del juez es la intersubjetividad de sus razones y del método para justificarlas. La alternativa al credo del juez aséptico no es el cinismo o el escepticismo, sino la responsabilidad”.

#### RELACION CON EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM COMO GARANTÍAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

“3. Además del principio antes expuesto, de la definición de función jurisdiccional también se deriva como rasgo esencial la necesidad de que el conflicto se resuelva de una sola vez, garantizándose con ello la estabilidad y permanencia de la solución jurídica del caso, expresada en la decisión definitiva que concluye el proceso. Esto se garantiza bajo el instituto de la *cosa juzgada*. La cosa juzgada es una figura procesal que se conecta directamente con la función de juzgar de manera irrevocable un conflicto social sometido a la jurisdicción y garantiza la efectividad que el proceso confiere a los intervinientes del litigio.

Esto es, que vuelve inatacable la decisión final emitida por la autoridad judicial, una vez agotadas las instancias “recursivas” que el ordenamiento jurídico dispense al inconforme. En tal sentido, la cosa juzgada excluye la posibilidad de abrir nuevamente el mismo procedimiento o un nuevo proceso sobre idéntico asunto, de modo que impone la prohibición de que otro pleito se decida de

forma contraria a lo fallado. En otras palabras, se dota a la decisión judicial de una impronta que lo vuelve incontrovertible ante otro proceso futuro que busque modificar lo resuelto.

Puede decirse que la cosa juzgada no es más que un sello de definitividad que imprime el derecho a la conclusión de la actividad procesal regular y por ello es que se relaciona con el principio de seguridad jurídica, sin que sea posible la modificación de la sentencia que ha obtenido esa calidad. Sin embargo, hay que recordar que la cosa juzgada es una garantía de carácter individual, lo que supone la proscripción de que el Estado, con sus medios, efectúe esfuerzos repetidos para sancionar a un ciudadano que ya había sido anteriormente sancionado o procesado. De ahí la inescindible relación entre la cosa juzgada y la prohibición constitucional contemplada en el art. 11 Cn., que prohíbe el doble juzgamiento.

En efecto, esta relación entre ambas figuras jurídicas resulta claramente explicitada en la sentencia del 29-XI-2006, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso La Cantuta Vrs. Perú*, párrafo 9), que establece: “[l]a cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* sirven a la seguridad jurídica e implican garantías de importancia superlativa para los ciudadanos y, específicamente, para los justiciables. Ahora bien, la cosa juzgada supone que existe una sentencia a la que se atribuye esa eficacia: definición del derecho, intangibilidad, definitividad. Sobre esa hipótesis se construye la garantía de *ne bis in idem*: prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (material)”.

Ahora bien, desde una aproximación técnico-jurídica se distingue entre la cosa juzgada formal y la material. La primera se relaciona con la firmeza de las resoluciones y su consiguiente efecto preclusivo frente a cualquier recurso que se intente alzar contra el pronunciamiento judicial. Por su parte, la denominada cosa juzgada material implica un vínculo de naturaleza jurídico-pública, que obliga a la magistratura a no juzgar de nuevo lo ya decidido”.

#### SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

“4. En el ámbito del proceso penal, esto adquiere ciertas matizaciones. Así, cuando alguien ha sido perseguido y sancionado mediante una decisión jurisdiccional firme, este pronunciamiento no puede ser revisado o modificado en su perjuicio, aunque el procedimiento de determinación de la verdad haya fracasado, debido al carácter de garantía individual que posee la cosa juzgada. Por el contrario, se permite excepcionalmente un nuevo examen en aquellos casos en que pudiera considerarse injusta la condena dictada, por falta de correspondencia con la realidad del hecho acreditado, por falta de respeto a las garantías constitucionales procesales y por la necesidad de aplicación retroactiva de cambios favorables de las leyes penales.

Y lo anterior se realiza mediante el proceso de revisión, que para algunos puede considerarse un recurso y para otros, un procedimiento de carácter especial. En tales coordenadas, no corresponde a esta Sala cerrar discusiones doctrinarias sobre su naturaleza jurídico-procesal, sino únicamente considerar a la revisión –para efectos de esta sentencia– como un medio impugnativo contra

decisiones firmes y que puede dejar sin efecto sentencias con autoridad de cosa juzgada. En suma, este excepcional medio –y de ahí que para algunos ostente la característica de ser un recurso de naturaleza extraordinaria– intenta hacer prevalecer el valor justicia sobre el de seguridad jurídica que inspira al instituto de la cosa juzgada. Por tal motivo, es que su regulación en el Código Procesal Penal es generosa, sin establecer límites temporales para su interposición ni restricciones en cuanto a quiénes pueden solicitarlo.

Y es a tales efectos que, tanto el C.Pr.Pn.D. como el actualmente vigente –que ensancha aún más el catálogo de motivos– establecen una variedad de posibilidades de impugnación, así cuando: (a) los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos en esta o por otra sentencia firme; (b) conste de manera indudable que el delito sólo pudo ser cometido por una persona y resultaren dos o más personas condenadas en virtud de sentencias contradictorias por el mismo hecho; (c) la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme; (d) después de la sentencia sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento penal, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible; (e) tratándose de condenados como autores, cómplices o encubridores de un delito contra la vida de una persona desaparecida, se presenta o se acredita mediante alguna prueba fehaciente que esta vive; (f) la sentencia sea producto de un delito como el prevaricato, cohecho, violencia u otra forma fraudulenta, declarado en un fallo posterior firme; (g) o tal decisión violente de manera directa y manifiesta una garantía constitucional; (h) corresponda aplicar una ley penal más favorable; e (i) se haya declarado inconstitucional una ley”.

ELEMENTO NUEVO REFERIDO A UN ASPECTO PROCEDIMENTAL HABILITA LA REALIZACIÓN DE UN NUEVO JUICIO Y PROHÍBE LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DICTÓ LA SENTENCIA ANULADA

“Sin embargo, pese a la aparente amplitud de supuestos de procedencia de la revisión, es importante aclarar *dos notas esenciales* de ese medio impugnativo. Primero, que lo inherente a la revisión es el análisis de datos nuevos, sobrevenidos o imponderables al momento de la sentencia, para determinar su impacto sobre el discurso que justifica la condena, cuyos fundamentos permanecen en sí mismos invariables y cuya valoración no se repite, salvo en su relación con el dato innovado. Segundo, que por ese restringido alcance de la revisión, esta no implica de ningún modo una reproducción del debate de fondo, sus argumentos, sus pruebas y su decisión, sino que únicamente se enfoca en responder a la pregunta de si y cómo el nuevo dato afecta la justificación de la condena impuesta.

En correspondencia con ese ámbito limitado de la revisión de la sentencia penal, *cuando el nuevo elemento de juicio que la motiva se refiere a un aspecto procedimental, es decir, que afecta la validez formal y no el contenido de la decisión condenatoria, la regulación secundaria habilita –como efecto, pero ya no como parte, de la revisión– que se efectúe un nuevo juicio*, en el que lógicamente

sí se reproduce con toda su amplitud la discusión de la pretensión punitiva y en el que, por ello precisamente, se prohíbe la intervención del mismo tribunal que dictó la sentencia anulada por el vicio de forma, arts. 437 inc. 1° . C.Pr.Pn.D. y 494 inc. 2° C.Pr.Pn”.

#### IMPOSIBILIDAD DE ENTENDERLO COMO UNA INSTANCIA

“IV. En el presente proceso, el argumento del tribunal requirente para sostener la inconstitucionalidad de la regla de competencia del art. 433 parte final C.Pr.Pn.D. (equivalente al art. 491 C.Pr.Pn. vigente) es que el tribunal que dictó la sentencia “ya evaluó determinada situación y llegó a una conclusión sobre la responsabilidad penal del acusado” de modo que “aun con nuevos elementos fácticos introducidos mediante la revisión, difícilmente podrá despojarse de los tenidos en cuenta anteriormente para emitir un fallo condenatorio, máxime si estos deben ser evaluados en unión a los ya examinados previamente”. Además aclaran que “no encontramos ninguna diferencia en el caso de reenvío a nuevo juicio o la estimación del recurso para dictar nueva sentencia” y que por ello “la prohibición de que un juez conozca del mismo caso en diferentes instancias puede tener su paralelo en el caso del recurso de revisión”.

La expresión trascrita al final del párrafo anterior parece indicar que el tribunal que inaplicó el art. 433 C.Pr.Pn.D. reconoció que la revisión no constituye una instancia, en su acepción de conjunto completo de actuaciones procesales que luego de *posibilitar* un debate amplio sobre la pretensión terminan con una decisión de fondo. Y en efecto, como lo advierte el Fiscal en su opinión, *lo primero que debe desecharse es el “paralelo” entre una instancia (art. 16 Cn.) y la revisión de la sentencia penal*. Dentro del sistema judicial salvadoreño, esta última no supone un grado distinto o superior al que realizó el contradictorio; no es un nuevo control y valoración de los elementos de prueba ya practicados; ni mucho menos debe entenderse como un nuevo juicio que suponga volver a producir dicha prueba, aunque éste puede ser el resultado o efecto de la revisión, si procede el reenvío.

La revisión, a diferencia de la sentencia de instancia, es un análisis acotado, parcial o restringido para determinar si un dato, elemento o circunstancia nuevos, desconocidos hasta entonces o imponderables al sentenciar, afectan y cómo a la fundamentación de la condena. Es un procedimiento mediante el cual el tribunal sentenciador valora una nueva información que pudiera tener una influencia decisiva en la modificación del fallo y sopesa si ese nuevo elemento puede producir un resultado distinto a la condena. *El problema, la cuestión o el fondo de ambas decisiones son distintos, aunque estén vinculados, y por ello el pronunciamiento de la sentencia no es un prejuicio desde la perspectiva del principio de imparcialidad judicial* .

#### CONOCIMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL EMISOR DE LA SENTENCIA OBEDECE A RAZONES DE SALVAGUARDAR EL PRINCIPIO DE IDENTIDAD FÍSICA DEL JUZGADOR Y A LA REGLA DE ECONOMÍA PROCESAL

“La forma en que se expresa el tribunal requirente refleja además otro punto de partida muy discutible, al entender el *prejuicio en sentido psicológico, interno*

o *subjetivo*, es decir, como una precipitación del pensamiento o una inclinación mental del criterio, que se anticipa a la consideración de todos los elementos relevantes para la decisión. Tal idea de prejuicio, como formulación prematura e incompleta de proposiciones, sin gasto racional o base suficiente, y su identificación con la sentencia pronunciada están emparentadas con una *concepción de la decisión judicial como receptáculo de una creencia o convicción*, por naturaleza subjetiva e incontrolable y, por coherencia con una visión constitucional del poder, inaceptable.

Más bien, cuando la decisión judicial se entiende como aceptación relativa y contextual (dependiente de los datos, argumentos y razones disponibles en un momento determinado) de una hipótesis sobre el hecho ocurrido y el derecho aplicable, la cuestión de si *un dato nuevo* modifica esa decisión es un problema distinto, no prejuzgado con la aceptación inicial. Así, el prejuicio relevante en relación con el deber de imparcialidad judicial lo es en un sentido procesal o epistémico, es decir, como el derivado de una decisión judicial previa, con identidad esencial de objeto y similitud relevante de condiciones informativas para decidir. En tal caso, la relación del juez con el objeto del proceso originada en la decisión previa puede influir en su elección posterior.

Por otro lado, la nítida decisión político-criminal que contiene la disposición inaplicada, en el sentido de que sean los jueces que dictaron la sentencia y que presenciaron el debate los que conozcan de la revisión puede obedecer a razones válidas, como la de salvaguardar el principio de identidad física del juzgador o la regla económica implícita en que quienes dictaron la sentencia objeto de revisión se encuentran en mejores condiciones informativas para evaluar en menos tiempo la relación o el impacto de las nuevas circunstancias en conjunción con las que antes fueron apreciadas.

Con base en lo anterior, debe declararse que el art. 433 C.Pr.Pn.D., como el actualmente vigente art. 491 C.Pr.Pn., no contradicen la prohibición de que un mismo juez lo sea en diversas instancias en una misma causa (art. 16 Cn.), como derivación del principio de imparcialidad judicial y por ello se *desestimará la inconstitucionalidad* planteada por el tribunal requirente".

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad, Sentencias Definitivas, referencia: 11-2009 de fecha 14/12/2012)*

## SANCIONES TRIBUTARIAS

### SOBRESEIMIENTO EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

"a. El demandante afirma que: (i) no hay una correcta citación al contribuyente; (ii) ni una razonable oportunidad para que éste sea escuchado, antes de que el juez dicte la sentencia correspondiente.

(i) El art. 257 inc. 4° CT dispone —en lo pertinente— que "[e]l juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción de la certificación de los antecedentes, las pruebas que sustenten la reincidencia y la solicitud de cierre, fijará audiencia para escuchar a las partes y recibir las pruebas pertinentes, al finalizar la audiencia el juez dictará de manera inmediata la resolución respectiva".

En cuanto a una "citación", lo único que dice la disposición impugnada es que el juez "fijará audiencia", pero no explicita cómo, concretamente, se hará la misma del conocimiento del contribuyente, y no lo hace porque en el art. 169 del Código Procesal Civil y Mercantil (C.Pr.C.M.) *et seq.* ya se establecen las reglas generales para hacer las notificaciones en los procesos jurisdiccionales y a falta de reglas especiales, habrá que atenerse a ellas para la comunicación de la audiencia aludida.

Ahora bien, el demandante se limita a aseverar que la disposición impugnada no prevé una "correcta citación", pero no explica en qué sentido dicha "citación" —entiéndase notificación— no le parece "correcta". Ante esa falta de argumentación del actor, habría que concluir que aquella es una apreciación carente de todo sustento racional. En consecuencia, *debe sobreseerse este punto de la pretensión, por carecer totalmente de fundamento material*".

#### POR LA ATRIBUCIÓN DE UN CONTENIDO INADECUADO A LA DISPOSICIÓN OBJETO DE CONTROL

"(ii) La segunda parte del señalamiento del actor, en cuanto a que la disposición sometida a control no establece una razonable oportunidad para que el contribuyente sea escuchado, antes de que el juez dicte la sentencia correspondiente, sí será analizada en el fondo, en el sentido de determinar si la fijación de *una sola audiencia*, sin otro trámite, es suficiente para que el contribuyente se defienda de la infracción que se le imputa.

b. El ciudadano [ ] también sostiene que para que el juez proceda a la imposición de la sanción, consistente en el cierre temporal del establecimiento comercial, *únicamente se requiere que la administración tributaria certifique los antecedentes y las pruebas que demuestran la infracción*, es decir que se sanciona con la sola vista de la prueba presentada por una de las partes.

No obstante, el art. 257 inc. 4° CT establece claramente que, luego de recibir la certificación de los antecedentes y las pruebas que sustentan la reincidencia, el juez "fijará audiencia para escuchar a las partes y recibir las pruebas pertinentes", por lo que no es cierto —y no cabe la menor duda al respecto, por desprenderse lo contrario en términos precisos y unívocos— que la infracción es castigada con exclusiva consideración de la prueba presentada por la administración tributaria.

En consecuencia, el significado atribuido por el pretensor a la disposición impugnada es totalmente inaceptable, pues, al ignorar parte de lo formulado en el propio artículo, arriba a una interpretación que transgrede los márgenes de interpretación del mismo. Por consiguiente, *debe sobreseerse este punto de la pretensión, por la atribución de un contenido manifiestamente inadecuado a la disposición objeto de control*.

c. Asimismo, el demandante arguye que la disposición impugnada no prevé una resolución final que sancione la nueva infracción, por lo que se priva al contribuyente de su derecho a recurrir.

(i) Aquí sucede lo mismo que en el punto anterior. El art. 257 inc. 4° CT dispone de modo inequívoco que "al finalizar la audiencia el juez dictará de manera inme-

diata la resolución respectiva". No es cierto, por tanto, que no exista una resolución que sancione la reincidencia, y ello se deduce con facilidad del sentido natural de los términos empleados en el precepto controvertido, sin necesidad de mayor estudio. En ese sentido, la interpretación del actor es inadmisibles, pues lisa y llanamente se sale del campo de interpretaciones que la misma disposición traza. Por lo tanto, *debe sobreseerse este punto de la pretensión, por la atribución de un contenido manifiestamente inadecuado a la disposición objeto de control.*

(ii) El señalamiento del actor mediante el cual impugna la disposición comentada en tanto que *no contempla –al menos, desde su exclusiva consideración gramatical– recurso alguno en contra de la resolución que sanciona la reincidencia*, resulta adecuadamente configurado y a ello se circunscribirá el examen de constitucionalidad en este punto de la pretensión.

d. Por último, el actor cuestiona que la reincidencia es "juzgada" por el fedatario, y aduce que la misma, en cambio, debería determinarla un funcionario idóneo hasta la resolución final, luego de haberse seguido el debido proceso.

Ahora bien, de la simple lectura del artículo controvertido se desprende que quien "juzga" no es el fedatario de la administración tributaria —éste se limita a certificar los antecedentes y pruebas que sustentan la probable infracción a la Fiscalía General de la República—, sino el *juez*, quien, en su sentencia —luego de celebrada una audiencia en la que valora todos los elementos de convicción ofrecidos por las partes— establece de modo definitivo —juzga— la responsabilidad y determina la consecuente sanción. Por consiguiente, *debe sobreseerse este punto de la pretensión, por la atribución de un contenido manifiestamente inadecuado a la disposición objeto de control*".

#### DERECHO DE AUDIENCIA DEBE GARANTIZARSE A TRAVÉS DE UN MÍNIMO DE ACTIVIDAD PROCESAL ADECUADA

"B. Se explicó que el proceso jurisdiccional es una manifestación del derecho a la protección en la defensa de los derechos. Como instrumento vinculado con la seguridad jurídica, su configuración esencial está reservada al legislador formal. Por ello, el proceso para la imposición de la sanción de cierre temporal del establecimiento, por el incumplimiento de la obligación de emitir y entregar documentos, se encuentra regulado en un cuerpo normativo emanado del órgano legislativo: el Código Tributario. Justificación adicional para que este proceso se reserve al producto del legislador es que, en caso de que la sentencia sea estimatoria, conlleva una limitación al ejercicio de un derecho fundamental —la libertad económica (art. 102 inc. 1° Cn.)—.

Ahora bien, la Asamblea Legislativa goza de libertad para configurar los procesos jurisdiccionales, en el sentido de que la Constitución no constriñe a dicho órgano a articular los procesos, para cada materia regulada, bajo un trámite determinado, una forma específica (escrito u oral) o con la observancia de ciertas etapas (conciliación, prueba, alegatos finales, etc.), sino que, precisamente, dependiendo de la materia regulada, el legislador, con base en sus valoraciones técnicas, puede diseñar los procesos como mejor considere que cumplen la finalidad de satisfacer las pretensiones correspondientes.



Sin perjuicio de lo anterior, el órgano legisferante encuentra un límite a esa libertad en la propia Constitución, pues tales procesos deben, en todo caso, respetar las garantías del proceso constitucionalmente configurado.

En especial, se explicó anteriormente que la libertad de conformación no habilita al legislador a instituir procesos arbitrarios, sino que, por el contrario, está supeditada a que el derecho de audiencia no se torne ilusorio, sea por el establecimiento de aspectos gravosos a los gobernados, o sea por la reducción de los medios y posibilidades de defensa. El trámite que la ley diseñe a efecto de garantizar el derecho de audiencia debe cumplir con un mínimo de actividad procesal adecuada”.

#### IMPOSICIÓN DE CIERRE DE ESTABLECIMIENTO EN UNA SOLA AUDIENCIA GARANTIZA LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE

“C. En el caso *sub examine*, el Órgano Legislativo decidió, con base en sus propias consideraciones, que la imposición de la sanción de clausura del establecimiento debía ventilarse en un proceso que podría catalogarse de "sumarísimo", consistente en una sola audiencia –fijada dentro de las 48 horas posteriores al recibo de la solicitud fiscal–, en la cual el juez escucha la posición de cada parte, valora las pruebas pertinentes y pronuncia la sentencia correspondiente.

A criterio de esta Sala, el proceso referido garantiza suficientemente los derechos de audiencia y de defensa del contribuyente, pues si bien no hay –por ejemplo– una contestación a la demanda diferenciada de la etapa de prueba, un plazo de varios días para incorporar elementos de prueba o una fase de alegatos finales, el proceso descrito, por muy concentrado y abreviado que sea, presenta una audiencia —previamente notificada a las partes, como se infiere de la frase "el juez fijará..."—, en la cual se posibilita a cada parte exponer su punto de vista y ofrecer todas las pruebas que lo sustentan.

Este Tribunal ya había sostenido este criterio en la sentencia de 28-V-2001, Inc. 499, Considerando V 2 C, en la cual se explicó que dentro de cada proceso o procedimiento se crea una etapa, plazo u oportunidad para producir prueba que mueva la certeza neutra del juez, la cual es distinta de acuerdo con cada tipo de proceso y la finalidad que persigue el legislador, siendo parte de su libertad de configuración el establecer la duración del plazo, el momento procedimental, la forma de proposición y la existencia de medios probatorios.

En conclusión, si bien el proceso regulado en el art. 257 incs. 4° y 7° CT se reduce básicamente a una audiencia, desde el momento en que ésta confiere al contribuyente la posibilidad real de desvirtuar los fundamentos fácticos o jurídicos de la pretensión fiscal, mediante la exposición de sus propios argumentos, así como el ofrecimiento de la prueba de descargo que estime conveniente, no puede compartirse la apreciación del demandante, en cuanto a que el contribuyente no tiene una oportunidad razonable de ser escuchado previo a la sentencia.

Por las razones anteriores, ha quedado establecido que el art. 257 CT, en sus incs. 4 y 7°, no vulnera los derechos de audiencia y de defensa –art. 11 inc. 1° Cn.; consecuentemente, debe desestimarse este punto de la pretensión.

## RESTRICCIÓN O FLEXIBILIZACIÓN DE GARANTÍA DEBE SER OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA

“2. Se pasará ahora a determinar si el art. 257 incs. 4° y 7° CT vulnera los derechos de audiencia y de defensa –art. 11 inc. 1° Cn.–, siendo que –desde el punto de vista de su consideración gramatical– no establece ningún medio de impugnación en contra de la sentencia que impone al contribuyente la sanción de cierre de su establecimiento.

En este punto, es preciso aclarar que –en principio– el motivo de impugnación aludido no se refiere al típico contraste de normas, por lo que podría pensarse que estamos en presencia de una inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, la inconstitucionalidad se ha planteado sobre una interpretación aislada del art. 257 CT, precisamente por el cuerpo normativo especial al que pertenece en su contexto. Pues si bien no contempla recurso alguno, y esto es el objeto de control en la violación al derecho a recurrir, debe tenerse en cuenta que el legislador pudo haber contemplado la posibilidad de ejercicio de dicho derecho en otro estatuto procesal.

A. Como se apuntó previamente, el derecho a recurrir es aquel que tiene toda persona a hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico expresamente consagra dentro del derecho al *proceso constitucionalmente configurado que se conjuga con el derecho de audiencia y defensa*.

Por consiguiente, el referido derecho es de aquellos respecto de los cuales el legislativo dispone de un cierto margen de conformación, en virtud de su libertad de modular las posibilidades de impugnación en cada materia sometida a regulación: ampliarlas en unas y reducirlas en otras. Por ejemplo, en algunos casos podrá sólo establecer el recurso de revocatoria; en otros contemplar, además, el recurso de apelación; *pero en otros negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión, atendiendo a criterios razonables y proporcionados*.

Ahora bien, el margen de configuración referido no es, en modo alguno, ilimitado, porque el legislador no recibe de la Constitución un cheque en blanco para convertir cualquier trámite en "debido proceso", sino que debe respetar las garantías esenciales del mismo, tales como el derecho de audiencia, defensa y el principio de igualdad de armas.

*En ese sentido, cualquier restricción o flexibilización de dichas garantías, debe estar objetivamente justificada, proporcional y razonablemente según corresponda al caso particular, la urgencia del objeto del proceso, las posibilidades de despido jurisdiccional y la menor complejidad del asunto”.*

## POSIBLE VULNERACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD ECONÓMICA AL NO EXISTIR FORMA DE IMPUGNAR LAS SANCIONES

“B. Para lo que al presente caso interesa, debe ponerse de relieve que *la sentencia a la que hace referencia el art. 257 C. T., tendría como efecto la restricción –significativa, por cierto– del ejercicio de un derecho fundamental: la libertad económica –art. 102 inc. 1° Cn.–*. Y decimos que es significativa porque la clausura podría ser hasta de treinta días continuos, período en el cual el contribuyente se vería imposibilitado de explotar su negocio, y cabe, teóricamente, la hipótesis de que la sanción no haya sido impuesta conforme a Derecho.

Asimismo, se tiene que la Asamblea Legislativa en su informe *no ha dado razón alguna del porqué decidió regular el proceso jurisdiccional estudiado como un proceso de instancia única; pero no por ello debe asumirse que no exista recurso alguno.*

Y es que, llama la atención que en un proceso que tiene como consecuencia —si se estimara la solicitud fiscal— la obstaculización al ejercicio de un derecho fundamental se haya vedado la posibilidad de recurrir, por muy sencillo que pueda considerarse el asunto. No se niega que el órgano legisferante tenga un amplio margen de conformación cuando de crear procesos se trata, pero mal haría este Tribunal en admitir que se limite la libertad de los ciudadanos sin que se expliciten las razones que lo avalan.

C. En ese sentido, para resolver el asunto planteado se debe partir de la situación *sui géneris* en la que el legislador no ha expresado nada sobre el ejercicio del derecho a recurrir y, por tanto —en lugar de declarar la inconstitucional sujeta planteada—, la solución más adecuada es "reconstruir" o encontrar la regulación pertinente según el contexto del estatuto procesal que rige a los jueces de lo civil.

a. Interpretando el art. 257 CT en el contexto del cuerpo normativo del que forma parte —el Código Tributario—, no es posible entender que pueda recurrirse de alguna forma de la sentencia referida. Si bien es cierto que el art. 4 letra b) número 6 CT reconoce a los administrados el derecho "[a] interponer los recursos *correspondientes*" (resaltado nuestro), ello debe entenderse en el sentido de que únicamente puede recurrirse en los casos que el Código Tributario establece expresamente para la sede administrativa, es decir, no se puede afirmar que el Código Tributario puede llenar el vacío, mediante la admisión de un recurso en sede administrativa contra una decisión jurisdiccional; ello atentaría contra el principio de exclusividad de la jurisdicción, el cual reafirma el carácter irrevocable e irrevisable de las decisiones jurisdiccionales por parte de otros órganos del Estado.

Asimismo, y a pesar que el art. 188 CT, en su inc. 2°, dispone que "[e]n materia de recursos en lo pertinente se estará a lo dispuesto en la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos"; el Tribunal de Apelaciones no podría conocer en segundo grado de la sentencia pronunciada por el juez en el supuesto del art. 257 CT, por la separación e independencia entre la administración y la jurisdicción —art. 86 incs. 1° y 2° Cn.— y el principio de exclusividad de esta última —art. 172 inc. 1° Cn.—, tal como ha quedado apuntado".

#### RECURSO DE APELACIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNAR LA SANCIÓN DE CIERRE DE ESTABLECIMIENTO

"b. Expuesto lo anterior, resulta pertinente acudir al estatuto jurídico-procesal del órgano jurisdiccional con competencia en materia civil y al que, además, se le ha dado la atribución para conocer de este tipo de infracciones y sanciones tributarias, y buscar dentro del contexto de sus respectivas competencias el medio de impugnación más adecuado a la misma.

El estatuto jurídico procesal que constituye el margen de actuación para la jurisdicción civil y que, a su vez, sirve de instrumento auxiliar supletorio a otras materias de conocimiento judicial es el Código Procesal Civil y Mercantil (C.Pr.C.M.), dada la amplitud con que desarrolla los diversos trámites y procedimientos pertinentes a este campo de conocimiento (art. 19 y 20 C.Pr.C.M.).

Es en dicho contexto –entonces– donde debe buscarse la regulación pertinente del recurso adecuado a los fines de la norma objeto de control en este proceso. Pues como ya se ha sostenido por esta Sala, la norma debe ser estudiada en su racionalidad y en sus relaciones con las demás disposiciones, conjuntamente con las cuales configuran un sistema orgánico, asimismo, que *la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan*, pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador –sentencia de 13-XI-2001, pronunciada la Inc. 41-2000–.

Se advierte entonces que la normativa procesal civil (v.gr. en los arts. 501 y 508 C.Pr.C.M.) prevé que tendrán derecho a recurrir las partes afectadas por la resolución que se impugna. Asimismo, que serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que en primera instancia pongan fin al proceso. Dicho medio impugnativo será de conocimiento del tribunal de la jurisdicción a la que pertenezca el juzgado en el que se hubiera dictado la resolución de la que se recurre.

En ese sentido, resulta pertinente integrar la normativa procesal y habilitar el recurso de apelación para la sentencia emitida con ocasión de este tipo de reclamos, con el objeto de que el tribunal superior correspondiente *la reforme, revoque o anule*, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida.

El recurso de apelación se plantea ante un tribunal jerárquicamente superior (*ad quem*) respecto del que pronunció la resolución impugnada (*a quo*), lo que a la luz de la organización judicial vigente, determina que la competencia en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los Jueces de lo Civil o Jueces de Primera Instancia con competencia en materia civil serán de conocimiento de las Cámaras de Segunda Instancia correspondiente al territorio en que aquél tenga su sede (arts. 29 ord. 1° C.Pr.C.M. y 6 a 10 LOJ”).

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 65-2006 de fecha 28/09/2012)*

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNCIONES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL LO CONFIGURAN COMO UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“III. 1. *La distribución del ejercicio del poder es un aspecto inherente al Estado Constitucional de Derecho*, el cual, para asegurar su eficacia, tiene como elementos esenciales los siguientes: (i) el gobierno limitado por normas –principalmente las constitucionales–; (ii) la presencia de controles interorgánicos recíprocos; (iii) la efectividad de un sistema de derechos fundamentales; (iv) el control judicial de legalidad; y (v) la existencia de una jurisdicción constitucional

que actualice los límites que se establecen para los actos y potestades normativas del Estado –Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010–.

En relación con este último punto, hay que reafirmar que el control de constitucionalidad está condicionado por ciertos presupuestos esenciales. Estos son: (i) una Constitución total o parcialmente rígida; (ii) un órgano de control independiente y con facultades decisorias; (iii) la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas secundarias; y (iv) el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad –Sentencia de 26-IX-2000, Inc. 24-97–.

Justamente, *en este esquema de ejecución de funciones se pone de manifiesto la importancia que la jurisdicción constitucional tiene en un Estado de Derecho, debido a que ella es a quien le corresponde el control jurídico del poder, que es limitado por la Constitución.*

2. Desde esta perspectiva e independientemente de su denominación, los Tribunales Constitucionales son organismos jurisdiccionales permanentes y especializados en la protección de la Constitución, que, encuadrados dentro o fuera del Órgano Judicial, deciden en última instancia la interpretación vinculante de las disposiciones constitucionales y, por ello, adquieren –aún y cuando no se estatuya explícitamente– el carácter de *órganos constitucionales investidos de potestad jurisdiccional con funciones de carácter jurídico-político*”.

#### CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

“En ese contexto orgánico, se concluye que esta Sala es un auténtico Tribunal Constitucional, ya que, por una parte, detenta un mandato para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los otros órganos del Estado, y, por otra, participa de las propiedades formales y materiales que caracterizan a este tipo de tribunales. En efecto, tal como se acotó en la Resolución de 27-IV-2011, Inc. 16-2011, en dicha Sala concurren simultáneamente los siguientes aspectos definitorios de los Tribunales Constitucionales:

A. Es un órgano *constitucional*. En vista de la relevancia de la función que desempeña, la Sala de lo Constitucional es un tipo de órgano que ocupa una posición relevante en la estructura constitucional, puesto que ella resulta determinante para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución. En ese sentido, tal órgano recibe directamente de la Ley Suprema su *status*, conformación y competencias –art. 174 Cn.–.

B. Es un órgano *jurisdiccional*, puesto que su jurisprudencia, por una parte, diseña toda una red de precedentes que se erigen en fuentes del Derecho a los que se atribuye la autoridad de cosa juzgada, y, por otra, goza de imperio, por lo que sus decisiones son irrevocables. De ahí que sus decisiones no pueden ser desconocidas por ningún otro órgano estatal o persona dentro del Estado salvadoreño –Resolución de 26-X-2010, Amp. 408-2010–.

C. Es un tribunal *independiente*, toda vez que ningún otro órgano constitucional puede interferir en sus funciones específicas, ya sea avocándose causas pendientes, revisándose los contenidos de las decisiones, reviviendo las causas ya resueltas, o darle instrucciones sobre su cometido jurisdiccional –art. 172 inc. 3° Cn.–.

D. Su conformación subjetiva está compuesta por magistrados letrados *imparciales*, puesto que los conflictos jurisdiccionales de naturaleza constitucional son decididos por terceros, con desinterés objetivo o sin intereses comprometidos en la resolución de las pretensiones constitucionales que ante ellos se formulan. Así lo exigen los arts. 176 y 186 inc. 5° Cn.

E. Es un tribunal *permanente*. Ello se debe a que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, su funcionamiento es de carácter estable y continuo, de la misma manera en que lo es la jurisdicción ordinaria. Con base en ello, las funciones que la Constitución le asigna a la Sala de lo Constitucional no pueden ser ejecutadas por tribunales o comisiones *ad hoc* o de carácter transitorio.

F. Es un órgano constitucional *especializado*, ya que la Constitución ha explicitado específicamente las materias y procesos de los cuales conoce. En efecto, a dicho tribunal corresponde exclusivamente conocer y resolver: (i) las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; (ii) los procesos de amparo; (iii) el proceso de *hábeas corpus* y del recurso de revisión interpuesto en tal clase de trámite, cuando su conocimiento atañe a las Cámaras de Segunda Instancia; (iv) las controversias surgidas entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en los casos a los que se refiere el art. 138 Cn.; y (v) los procesos de suspensión o pérdida de los derechos de ciudadanía, en los casos comprendidos en el art. 74 ords. 2° y 4°, y en el art. 75 ords. 1°, 3°, 4° y 5° Cn., así como los procesos de rehabilitación correspondiente –arts. 174 inc. 1°, 183 y 247 Cn.–.

G. Es un órgano constitucional cuyos integrantes son magistrados *designados únicamente* por la Asamblea Legislativa, según lo impone el art. 174 inc. 2° Cn. En ese sentido, dichos funcionarios gozan no sólo de *legitimación constitucional*, sino también de *legitimación democrática derivada*”.

#### INHABILITAR NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL IMPLICA UN PERJUICIO AL ESTADO DE DERECHO

“De todo lo afirmado se concluye que la Sala de lo Constitucional, en tanto Tribunal Constitucional, es un órgano de gran importancia para el Estado de Derecho salvadoreño, ya que es el único habilitado para ejercer un control jurídico definitivo de constitucionalidad en relación con los actos emitidos por el poder público.

Así las cosas, cualquier intento orientado a inhabilitar a las personas que han sido designadas para formar parte de ese Tribunal ocasionaría la producción de consecuencias perjudiciales al Estado de Derecho que incidirían no sólo en la función que la Sala debe desempeñar, sino también en el principio de separación de poderes.

En efecto, pretender impugnar el Decreto Legislativo por medio del cual fueron elegidos los Magistrados, propietarios y suplentes, de la Sala de lo Constitucional implicaría volver nugatoria la figura del Tribunal Constitucional, ya que, de admitirse tal posibilidad, se caería en el absurdo de poder declarar la inconstitucionalidad de dicho acuerdo con la consecuencia perniciosa de dejar a El Salvador sin Tribunal Constitucional, conclusión inadmisibles, según lo explicitado *ut supra*.

Debe recordarse –como se acotó en la mencionada Resolución de Inc. 16-2011– que la imparcialidad persigue no sólo la protección frente a los intereses que tienen los Magistrados y los Jueces en relación con las partes o el objeto del proceso, sino también asegurar la credibilidad de las razones jurídicas que justifiquen una determinada decisión judicial. Desde esa perspectiva, no es posible que el país quede sin conformación subjetiva del Tribunal Constitucional –elemento importante en el Estado de Derecho–.

Consecuentemente, pretender declarar la inconstitucionalidad del decreto de nombramiento de los Magistrados propietarios y suplentes de la Sala de lo Constitucional entrañaría, por una parte, dejar acéfalo al Tribunal Constitucional de El Salvador, y, por otra, una afectación al principio de separación de poderes, circunstancias que se encuentran íntimamente vinculadas. Varias razones existen para fundamentar lo afirmado en último término”

#### ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

“A. En la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 1-2010 se expresó que una cualidad que caracteriza a la división de poderes no es que a cada poder u órgano constitucional le corresponda una función, sino que a cada uno de ellos le está asignado un conjunto de competencias para cumplir o participar en el cumplimiento de determinadas funciones, que se cohesionan con el resto para completar la estructura del Estado.

El principio de la división de poderes, cualquiera que sea su versión, emana claramente del art. 86 Cn., siendo un elemento de todo Estado Constitucional de Derecho. A partir de lo prescrito en la citada disposición constitucional, puede afirmarse que el poder político es uno sólo, porque es manifestación de la soberanía del pueblo salvadoreño. Sin embargo, también se infiere de tal precepto que es constitucionalmente necesario que un órgano del Estado controle a otro y viceversa, en el marco de sus respectivas competencias.

B. La Constitución ha conferido a la Asamblea Legislativa una atribución exclusiva en relación con el Tribunal Constitucional de El Salvador.

Así, según lo establecido en el art. 174 inc. 2° Cn., *la Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por Asamblea Legislativa, circunstancia que le confiere un plus democrático a dicho Tribunal.*

A causa de esa circunstancia, la Sala de lo Constitucional es el único Tribunal creado por la Constitución, lo cual le confiere un *status* especial, cuya importancia se cifra en que sus integrantes son *designados directamente por la Asamblea Legislativa, por una tan sola ocasión.* Esta situación excluye toda posibilidad de que cualquier otro órgano del Estado que no sea el Legislativo pueda conformarlo mediante la “elección” de sus miembros.

De igual forma, excluye que las competencias que constitucionalmente le corresponden a la Sala sean ejercidas por otros funcionarios que no detentan el título de legitimación democrática que implica la designación expresa por parte de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con los parámetros constitucionales que rigen su actuación –art. 142 Cn.–”.

## DECRETO DE NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL ES UNA ZONA EXENTA DE CONTROL CONSTITUCIONAL

“1. Según lo expresado en la demanda incoada, los demandantes pretenden la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 71, de 16-VII-2009, publicado en el Diario Oficial n° 133, tomo 384, de 17-VII-2009, por medio del cual, entre otros funcionarios, se eligió a los Magistrados propietarios y suplentes que integrarían la Sala de lo Constitucional.

Al respecto, se observa que el caso planteado no puede ser justiciable, por las consecuencias perniciosas que se producirían como efecto del examen de constitucionalidad del acto de aplicación directa de la Constitución propuesto como objeto de control en esta oportunidad. Es decir, la pretensión planteada en esta ocasión no puede ser resuelta por esta Sala, pues eventualmente podría existir la posibilidad que El Salvador quede sin Tribunal Constitucional, pues tendrían que separarse del conocimiento cuatro Magistrados propietarios y cuatro Magistrados suplentes, sin que se pueda llamar a otros Magistrados –ni de la CSJ ni Conjueces– para conocer de este caso”.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Interlocutorias – Improcedencias, referencia: 32-2012 de fecha 05/06/2012)*

## TRIBUTOS

### TIPOLOGÍA TRADICIONAL DE LOS TRIBUTOS

“III. Esta Sala ha sostenido reiteradamente –verbigracia, en sentencias de 15-II-2012, Inc. 66-2005 y de 9-VII-2010, Inc. 35-2009– que los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Esta clasificación –compartida por la doctrina– ha tenido recepción tanto a nivel constitucional como legal –arts. 131 ord. 6° Cn. y 12 del Código Tributario, respectivamente–.

1. En atención a lo anterior, en la citada Inc. 35-2009, se indicó que el *impuesto* es el tributo cuyo hecho imponible es definido sin referencia alguna a servicios o actividades de la Administración. Por ende, el impuesto es el tributo por antonomasia: se paga porque se ha realizado un hecho indicativo de capacidad económica, sin que la obligación tributaria se conecte causalmente con actividad administrativa alguna.

Por tal razón, se le ha calificado como un tributo no vinculado, *ya que no existe conexión del obligado con actividad estatal alguna que se singularice a su respecto o que lo beneficie*, pues –se insiste– el hecho imponible consiste en una situación que, según la valoración del legislador, tiene idoneidad abstracta como índice o indicio de capacidad contributiva (sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005).

2. La *tasas*, por su parte, es el tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de un servicio o la realización de una actividad por parte del Estado, que afecta o beneficia de modo particular al sujeto pasivo.

Desde tal perspectiva, las tasas muestran las siguientes características: (i) su hecho imponible lo conforma un servicio o actividad que realiza el Estado y



que está vinculado con el sujeto obligado al pago; (ii) se trata de un servicio o actividad divisible, lo que posibilita su particularización; y (iii) la actividad o servicio es inherente a la soberanía estatal, es decir que nadie más que el Estado está facultado para realizarla (sentencia de 9-VII-2010, Inc. 35-2009).

3. Finalmente, la *contribución especial* es el tributo cuyo hecho imponible consiste en la obtención de un beneficio por parte de los sujetos pasivos, *como consecuencia de la realización de obras o actividades especiales del Estado, encaminadas a la satisfacción de intereses generales*. Respecto de este tributo resulta irrelevante que el sujeto pasivo obtenga o no, en el caso concreto, el beneficio previsto, pues *basta que la obra o actividad pública de que se trate sea idónea para producir dicho beneficio* –sentencia de 9-VII-2010, Inc. 35-2009–.

### CARACTERÍSTICAS DE LAS TASAS MUNICIPALES

“IV. Ahora bien, específicamente en cuanto a las tasas, es oportuno apuntar lo siguiente:

1. En la sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005, se estableció que la *tasa* es el tributo cuyo hecho generador está integrado por una actividad o servicio divisible del Estado o Municipio, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente. A partir de tal conceptualización se aludieron algunas características de las tasas, que serán precisadas a continuación:

A. Se estableció que *se trata de una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio*. Así, el pago de las tasas se vincula con la soberanía del Estado, de manera que han de ser sufragadas obligatoria e igualitariamente por los sujetos pasivos de dicho tributo. Son –como todos los tributos– coercitivas, su pago se exige con prescindencia de la voluntad del sujeto obligado; pues, en efecto, el vínculo entre el Estado y el contribuyente no deviene de una relación contractual (sentencia de 3-VII-2008, Inc. 69-2006).

B. También se indicó que la *tasa debe ser creada por ley*. Ello, en el sentido de que ha de ser establecida mediante el instrumento normativo de carácter general y abstracto habilitado para tal efecto por la Constitución.

Así, según el art. 204 ord. 1° Cn., los municipios pueden establecer tasas a través de ordenanzas municipales –exigibles únicamente a nivel local–. Sin embargo, cuando se trate de tasas de alcance nacional, estas deben ser instituidas mediante ley en sentido formal, es decir, emitida por la Asamblea Legislativa (sentencias de 9-VII-2010 y 4-V-2011, Incs. 35-2009 y 61-2005).

C. Se adujo además –en la Inc. 66-2005– que el hecho generador de las *tasas se integra con una actividad que el Estado cumple y que está vinculada con el obligado al pago*.

Tal actividad puede consistir en la *utilización especial del dominio público*, la *prestación de un servicio público* o la *realización de una actividad* que beneficie de manera particular al sujeto concernido.

En ese sentido, en las tasas –a diferencia de los impuestos–, el hecho generador corresponde a la Administración y no al contribuyente, por lo que, se reitera, acaece ante el *efectivo cumplimiento* de la actividad estatal correspondiente. De tal forma, la mera *potencialidad* de la actuación administrativa no supone el

surgimiento del hecho generador, *que tiene lugar únicamente cuando se brinda la referida actuación estatal.*

D. Se indicó también en la sentencia precitada, que la actividad concernida *debe ser divisible, a fin de propiciar su particularización.*

Asimismo, en sentencia de 13-III-2006, Inc. 27-2005, esta Sala sostuvo que “no es posible exigir el pago de tasas por la prestación de servicios o realización de actividades que no sean susceptibles de ser individualizadas sobre sujetos determinados. De ahí que, cuando el beneficiado es el conjunto social o una parte del mismo, la financiación de los servicios públicos de que se trate deberá hacerse vía impuestos o contribuciones especiales”.

Por tanto, no es válido exigir el pago de una tasa a *los posibles destinatarios* de una actuación de la Administración, pues si la actuación que da lugar a la tasa no puede fragmentarse en unidades de uso o consumo, sería inviable su particularización respecto de persona determinada y atribuir a esta el carácter de sujeto pasivo de un tributo que sobre el cual no ha percibido su hecho generador –actividad de la administración–. En efecto, tal circunstancia rompería la idea de la tasa como una prestación exigida en ocasión de una actividad del ente público que afecta particularmente al obligado, ya que ello solo puede verificarse en los servicios divisibles.

E. Por último, se ha establecido –verbigracia, en la Inc. 66-2005– que la actuación pública relacionada debe ser inherente a la soberanía estatal; es decir, ha de tratarse de actividades que el Estado *no puede dejar de prestar porque nadie más que él está facultado para desarrollarlas.*

De esta forma, si la actuación estatal respectiva también es brindada por un particular, la prestación económica exigida perdería el carácter de tasa, y constituiría un mero precio, al que no le serían aplicables las características de aquella.

F. Ahora bien, en relación con lo anterior, cabe resaltar que esta Sala ha sostenido que las características esenciales de la tasa son, por un lado, que el hecho generador supone un servicio vinculado con el obligado al pago; por otro lado, que dicho servicio constituye una actividad estatal inherente a la soberanía. Es decir, debe haber *una contraprestación realizada por el Estado o el Municipio que se particulariza en el contribuyente, y que dicha contraprestación no puede ser efectuada por un ente privado*”.

## PRINCIPIO DE BENEFICIO

“2. A. Referidas las características esenciales de las tasas, corresponde establecer el principio que las rige.

Esta Sala ha indicado reiteradamente –verbigracia, en sentencia de 10-X-2012, Inc. 15-2012–, que las tasas se rigen por el *principio de beneficio*, en el sentido de que, si bien son coercitivas –es decir, su pago no depende de la voluntad del contribuyente–, su configuración indefectiblemente incluye una actividad estatal que favorece de manera particular al sujeto pasivo de la tasa, un *beneficio* específico para el obligado al pago. Beneficio que puede ser de naturaleza jurídica o mixta –en tanto incluya otros elementos, por ejemplo, de índole económica–, según sea la actividad estatal concernida.

De manera que en las tasas no se exige el principio de capacidad económica –como sí ocurre con los impuestos–, pero ello no supone que, en algunos supuestos concretos que lo permitan, no pueda tomarse en consideración dicho principio, no como hecho generador, pero *sí como un elemento para establecer el monto de la tasa*; máxime cuando la actividad estatal que le da origen puede traducirse en un aprovechamiento económico.

B. En ese sentido, esta Sala ya ha establecido que para la determinación del importe de las tasas “deben tomarse en cuenta todos los aspectos relativos al servicio o actividad que realiza el Estado. Así, deben valorarse elementos tales como: los gastos directos e indirectos que ocasiona la prestación del servicio o la actuación de la Administración –incluidos los de carácter financiero y los que garanticen su mantenimiento–; la importancia o necesidad del servicio o actividad; el grado de utilidad que el servicio o actividad presta a la colectividad o al individuo en quien se singulariza; etc.” (sentencia de 13-III-2006, Inc. 27-2005”).

#### DIFERENCIA DEL IMPUESTO CON LAS TASAS Y CONTRIBUCIONES ESPECIALES

“1. El *impuesto* se diferencia de las *tasas* y las *contribuciones especiales* en que el hecho imponible del primero es una situación que revela capacidad económica, referida exclusivamente al obligado, sin relación alguna con la actividad del Estado; por el contrario, el hecho imponible de las tasas y contribuciones especiales es una situación que necesariamente se relaciona con la realización de una actividad del Estado.

Asimismo, las *tasas* se diferencian de las *contribuciones especiales* en que, si bien en el hecho imponible de ambas está presente un servicio o actividad administrativa, *en las primeras dicha actividad está motivada ante todo por el particular y pretende la solución de problemas individuales*; en cambio, en las segundas, el Estado actúa principalmente para la satisfacción de los intereses generales –aunque también genere un beneficio especial a determinadas personas–”.

#### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

“2. En cuanto al *principio de capacidad económica*, entendido como la aptitud económico-social de una persona para contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado, es una exigencia predicable de todo el ordenamiento tributario. Sin embargo, no está presente de la misma forma ni con la misma intensidad en los distintos tipos de tributos (sentencia de 14-I-1993, Inc. 23-99).

En el caso de los *impuestos*, este principio despliega toda su eficacia, pues su hecho imponible se define únicamente a partir de la capacidad económica del contribuyente. En cuanto a las *contribuciones especiales*, tiene aplicación únicamente en los supuestos en que la obra o actividad estatal aumenta el valor de los bienes del sujeto pasivo. Finalmente, en el caso de las *tasas*, no existe, en principio, obligación para el ente que las crea de tomar en cuenta la capacidad económica del contribuyente, *aunque puede hacerlo voluntariamente o si la ley se lo exige*”.

## LÍMITES FORMALES AL PODER TRIBUTARIO

“1. A. Esta Sala ha señalado en su jurisprudencia que los tributos, por su relación directa con el derecho de propiedad de los ciudadanos, son una materia reservada a la ley formal. Así, la reserva de ley tributaria, en su origen, tuvo por objeto limitar el poder del monarca en esa materia. Actualmente, pretende reducir el ámbito de discrecionalidad del Órgano Ejecutivo en el establecimiento de los tributos (sentencia de 9-VII-2010, Inc. 35-2009).

En ese sentido, la reserva de ley en materia tributaria tiene como finalidad, por un lado, garantizar el derecho de propiedad frente a injerencias arbitrarias del poder público (dimensión individual); y por otro lado, garantizar el principio de autoimposición, esto es, que los ciudadanos no paguen más contribuciones que las que sus legítimos representantes han consentido (dimensión colectiva).

En definitiva, el principio referido tiene por objeto que un tema de especial interés para los ciudadanos, el reparto de la carga tributaria, dependa exclusivamente del órgano estatal que, por los principios que rigen su actividad, asegura de mejor manera la conciliación de intereses contrapuestos en dicho reparto.

Ahora bien, debe indicarse que en el Derecho salvadoreño la reserva de ley tributaria tiene reconocimiento expreso en el art. 131 ord. 6° Cn. Este precepto se integra sistemáticamente con el art. 204 ord. 1° Cn., que habilita a los municipios a establecer tasas y contribuciones especiales. Se concluye, por tanto, que la reserva solo afecta a los impuestos y a las tasas y contribuciones especiales de alcance nacional”.

## RESERVA DE LEY RELATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA

“B. Acotado lo anterior, es preciso determinar *qué tipo de reserva* legal rige para estos casos, es decir, los impuestos y para las tasas y contribuciones especiales de alcance nacional; ya que aquella puede ser absoluta o relativa.

a. La *reserva de ley absoluta* implica que la ley formal regula por sí misma toda la materia, de tal suerte que esta queda completamente exenta de la acción de los demás órganos estatales y entes públicos con potestades normativas reconocidas por la Constitución y, en consecuencia, de sus productos normativos—por ejemplo, reglamentos de ejecución u ordenanzas municipales—.

b. En cambio, la *reserva de ley relativa* supone que la ley formal no regula exhaustivamente la materia respectiva, sino que se limita a lo esencial, y para el resto se remite a la normativa infraconstitucional, a la que ordena o habilita para colaborar en la regulación.

En términos generales, esta Sala considera que debe admitirse la colaboración de las fuentes infraconstitucionales en las tareas reguladoras de detalle o de ejecución de la ley, pero subordinadas y como mero complemento de esta. Es decir, la ley debe fijar el marco de los derechos y obligaciones de las personas; por tanto, la remisión a las demás fuentes normativas debe servir únicamente para conocer el modo en que pueden ejercitarse los derechos y cumplirse las obligaciones.

C. Por tanto, la reserva de ley en materia tributaria—con los matices vistos—es relativa, confiándose a la Asamblea Legislativa el *establecimiento del tributo*,

es decir, su creación *ex novo* y la determinación de sus elementos esenciales o configuradores, pero otros órganos estatales y entes públicos con potestades normativas reconocidas por la Constitución pueden colaborar en las tareas reguladoras de detalle o de ejecución.

a. Por *elementos esenciales o configuradores del tributo* se entienden: los elementos subjetivo, material y cuantitativo de su hecho imponible, y los plazos de caducidad o de prescripción. También la reserva de ley abarca las exenciones. Ello se justifica, primero, por la finalidad de garantizar el principio democrático en el reparto de la carga tributaria; y segundo, porque al establecerse una exención, al mismo tiempo se define el hecho imponible, específicamente, en cuanto al alcance que la prestación tributaria tiene en determinados supuestos.

b. Así, lo que está constitucionalmente vedado es la “habilitación en blanco” –sin límite ni criterio alguno– por parte de la ley formal a otras fuentes de derecho, para la regulación de los elementos esenciales del tributo, así como el establecimiento *ex novo* de dichos elementos a través de fuentes diferentes a la ley formal”.

#### PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

“2. Expuesto lo que antecede, y por la relación que guardan entre sí, es oportuno referirse al *principio de legalidad tributaria*.

El citado principio exige al legislador claridad y configuración taxativa de los elementos esenciales de los tributos.

Además, el art. 231 inc. 1° Cn. establece que *no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público*. En razón de este mandato, la Administración y los Municipios solo pueden exigir a los ciudadanos el pago de aquellos tributos que hayan sido previamente definidos en una ley –en sentido material– Así, puede afirmarse que, mientras que los arts. 131 ord. 6° y 204 ord. 1° Cn. van dirigidos al creador de los tributos, el art. 231 inc. 1° Cn. va dirigido a sus aplicadores”.

#### CELEBRACIONES PATRONALES NO IMPLICAN UN BENEFICIO AL CONTRIBUYENTE POR LO QUE NO PUEDEN CONSIDERARSE COMO TASA

“3. Así, es necesario analizar si el tributo en análisis es una tasa –como afirma el Concejo Municipal de Santiago de María–, una contribución especial, o un impuesto encubierto –como objeto el demandante–, pero a partir de su hecho generador y no de su costo o voluntariedad.

En efecto, corresponde ahora determinar cuál es el hecho imponible de los tributos contenidos en los subrubros impugnados, es decir, “el supuesto de hecho que, al realizarse, genera la obligación de pagar el tributo” y que debe estar vinculado con “la actividad del municipio, consistente en la prestación de un servicio público –de carácter administrativo o jurídico– que es el presupuesto para el nacimiento de la obligación del contribuyente de pagar la *tasa*” (sentencia de 13-III-2006, Inc. 27-2005).

A. Del análisis de la normativa sometida a control de constitucionalidad se colige que el hecho imponible de los tributos en ella contemplados es el pago de

tasas por servicios administrativos o jurídicos. Es decir, *se establece un tributo – denominado “tasa”– cuyo hecho imponible es el pago de otras tasas municipales.*

Por otra parte, el supuesto de hecho que genera la obligación tributaria no es propiamente una actividad estatal, sino el pago –efectuado por el contribuyente– de tasas por servicios administrativos y jurídicos que le ha prestado la municipalidad en otras ocasiones. Así, el hecho generador es una actividad del sujeto pasivo de la tasa, y no de la Administración respectiva.

Sin embargo, se advierte que la autoridad emisora del objeto de control ha sostenido que la contraprestación de las “tasas” impugnadas es, precisamente, la celebración de las fiestas patronales, cívicas o nacionales; pero tal argumento no es atendible, pues dicha actividad expresa *el destino de lo recaudado*, mas no supone la contraprestación requerida como hecho generador de una tasa, pues, se insiste, contrario a lo alegado por el aludido Concejo Municipal, el hecho generador del tributo en cuestión *es el pago de tasas municipales*, es ese el supuesto de hecho cuya realización hace nacer la obligación de pagar el tributo.

Y es que –como se apuntó en el apartado IV.I de esta resolución–, dicha actividad tampoco podría configurarse como el hecho generador de una tasa, pues este requiere de una actuación que el Estado *cumple y que favorece particularmente al obligado al pago*. En ese sentido, su realización corresponde a la Administración y no al contribuyente, y acaece ante el *efectivo cumplimiento* de la actividad estatal correspondiente, por lo que la mera *potencialidad* de la actuación administrativa no supone su surgimiento.

Además, el hecho generador de una tasa debe ser *divisible*, a fin de propiciar su particularización. De manera que no es posible exigir el pago de tasas por la realización de actividades que no sean susceptibles de ser individualizadas sobre sujetos determinados, y que solo figuren como *posibles destinatarios* de una actuación *futura* de la Administración –pues si la actuación que da lugar a la tasa no puede fragmentarse en unidades de uso o consumo, sería inviable su particularización respecto de alguna persona–.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que las circunstancias expuestas no concurren en el supuesto normativo analizado, ya que la celebración de las fiestas concernidas implica una mera *potencialidad* de la actuación administrativa, *más no un servicio o actuación brindado al sujeto obligado*. De igual modo, tal actividad, en los términos de las disposiciones objeto de control, no permite su individualización –y beneficio correspondiente– respecto del contribuyente”.

#### TRIBUTO IMPUESTO A CELEBRACIONES PATRONALES NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

“B. Descartado que el tributo en cuestión sea una tasa, *ya que no existe una relación directa entre una supuesta actividad realizada por el Municipio –para el caso, la celebración de fiestas– y el sujeto obligado, ni es posible individualizar dicha actividad sobre sujetos determinados*, tampoco puede considerarse como una contribución especial, en tanto que el hecho imponible de este tipo de tributo –según se consignó en el acápite III.3 de esta sentencia– se define por un *beneficio o aumento de valor de los bienes del sujeto pasivo*, como resultado de obras o actividades especiales de la Administración o de los Municipios.

Por el contrario, en el presente caso, el hecho imponible es *el pago de otras tasas*; por tanto, el contribuyente no *obtiene ventaja ni plusvalía alguna*, pues si bien recibe determinados servicios de parte del Concejo Municipal –los que, en algunos casos, podrían beneficiarle–, *estos ya han sido gravados mediante otras tasas, por lo que no pueden justificar la creación de los tributos sometidos a control*.

Si bien el tributo impugnado tiene la característica de que su producto está especialmente afectado –para la financiación de ferias o fiestas patronales, cívicas o nacionales– y esta es una nota que distingue a las contribuciones especiales de las demás categorías tributarias, no por ello puede concluirse que encaje en la categoría de las contribuciones especiales, pues tasar como tributo el pago previo de otros tributos es un sin sentido que desfigura a la habilitación constitucional para la creación de tasas municipales en una doble tributación desmedida”.

#### VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA POR LA CREACIÓN POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD DE UN IMPUESTO POR CELEBRACIONES PATRONALES

“C. Por consiguiente, habiéndose establecido que el contenido normativo de las disposiciones impugnadas no contemplan una tasa ni una contribución especial, *se concluye que es un impuesto, ya que su hecho imponible se define con independencia de todo servicio, actividad u obra del Concejo Municipal de Santiago de María –ya sea que esta se particularice en el sujeto pasivo (tasa) o que le genere a dicho sujeto un beneficio o aumento de valor de sus bienes (contribución especial)–*.

En ese orden, en virtud del principio de reserva de ley en materia tributaria previsto en el art. 131 ord. 6° Cn. –según se apuntó en el apartado VI.1 de esta sentencia–, solo la Asamblea Legislativa tiene competencia para establecer impuestos, por lo que *la creación, mediante ordenanza municipal, de un tributo que, pese a denominarse “tasa”, materialmente tiene la naturaleza de impuesto ha de considerarse violatoria de dicho principio; debiendo, en consecuencia, declararse su inconstitucionalidad”*.

*(Sala de lo Constitucional/Inconstitucionalidad/Sentencias Definitivas, referencia: 43-2006 de fecha 14/12/2012)*