

**LÍNEAS Y CRITERIOS  
JURISPRUDENCIALES DE LA SALA  
DE LO CONSTITUCIONAL  
2014**

**Corte Suprema de Justicia  
Centro de Documentación Judicial  
San Salvador, 2016**

**Gerente General de Asuntos Jurídicos**

*Lic. Óscar Humberto Luna*

**Jefa del Centro de Documentación Judicial**

*Lcda. Evelin Carolina del Cid*

**Jefe del Departamento de Publicaciones**

*Lic. José Alejandro Cubías Bonilla*

**Jefa de la Sección de Diseño Gráfico**

*Lcda. Roxana Maricela López Segovia*

**Diagramación y diseño de portada**

*Antonio Alberto Aquino*

**Corrección tipográfica**

*Ana Silvia Landaverde*

# *Corte Suprema de Justicia*

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

## **Sala de lo Constitucional**

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

*Dr. Florentín Meléndez Padilla*  
VOCAL

*Dr. José Belarmino Jaime*  
VOCAL

*Lic. Edward Sidney Blanco Reyes*  
VOCAL

*Lic. Rodolfo Ernesto González Bonilla*  
VOCAL

## **Sala de lo Civil**

*Lcda. María Luz Regalado Orellana*  
PRESIDENTA

*Dr. Ovidio Bonilla Flores*  
VOCAL

*Lic. Óscar Alberto López Jerez*  
VOCAL

## **Sala de lo Penal**

*Lcda. Doris Luz Rivas Galindo*  
PRESIDENTA

*Lic. José Roberto Argueta Manzano*  
VOCAL

*Lic. Leonardo Ramírez Murcia*  
VOCAL

## **Sala de lo Contencioso Administrativo**

*Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz*  
PRESIDENTA

*Lcda. Elsy Dueñas de Avilés*  
VOCAL

*Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno*  
VOCAL

*Lic. Sergio Luis Rivera Márquez*  
VOCAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE LO CONSTITUCIONAL  
2014**

PRESIDENTE:	Dr. José Óscar Armando Pineda Navas
VOCAL:	Dr. Florentín Meléndez Padilla
VOCAL:	Dr. José Belarmino Jaime
VOCAL:	Lic. Edward Sidney Blanco Reyes
VOCAL:	Lic. Rodolfo Ernesto González Bonilla

**Área de Derecho Constitucional 2014**  
**Centro de Documentación Judicial**

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

*La edición de las sentencias judiciales es responsabilidad  
del Centro de Documentación Judicial*

## PRESENTACIÓN

La presente edición pretende ser, más que un documento informativo, un texto útil para los interesados en conocer y aplicar la jurisprudencia como fuente de derecho.

La recopilación y tratamiento jurídico de la información se lleva a cabo en el Centro de Documentación Judicial, oficina cuyo objetivo fundamental es divulgar este material, tanto a través de las revistas, como mediante el uso de medios automatizados para cuyos efectos cuenta con una base de datos que puede ser consultada por toda la comunidad jurídica nacional e internacional y otras personas interesadas en el quehacer judicial.

Con este esfuerzo la Corte Suprema de Justicia, pretende dar a conocer las *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, que están constituidas por la extracción literal, entrecomillada del punto jurídico relevante, obtenido de la sentencia, después de una lectura integral y profunda, en el que se refleja el aporte del juzgador al análisis del caso sometido a su consideración, sin cortar la idea principal.

En algunos casos, la sentencia puede contener análisis de distintos temas que, aunque relacionados con el principal, se separa en subtemas para que el lector pueda visualizarlos de mejor forma, sin afectar la comprensión general de lo resuelto.

Desde el punto de vista del lector, las *Líneas y Criterios Jurisprudenciales* representan una información valiosa para conocer, desarrollar o investigar determinados temas jurídicos.

Esperamos con esta edición y las siguientes satisfacer una de las demandas principales de la sociedad, como es la transparencia en el ámbito de la justicia salvadoreña.

# INCONSTITUCIONALIDADES

## AUTONOMÍA MUNICIPAL

### ESTABLECIMIENTO DEL MUNICIPIO PARA EJERCER EL GOBIERNO REPRESENTATIVO DE LA LOCALIDAD

“1. A. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido —sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002— que los municipios son distribuciones territoriales donde se organiza institucionalmente el ejercicio de las potestades de la Administración Pública.

Así, según el art. 202 Cn., el municipio se instaura para ejercer el *gobierno representativo de la localidad*, es decir, como una forma en que el Estado descentraliza la administración y los servicios públicos correspondientes a un ámbito territorial específico, con el propósito de lograr una gestión más eficaz de estos. Esto supone, por un lado, cierto ámbito de decisión y, por otro, la asignación de competencias sobre la base de la participación o intervención del municipio en cuantos asuntos le afecten”.

### RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

“B. El ejercicio del Gobierno local es garantizado constitucionalmente por medio del reconocimiento de la autonomía local en el art. 203 Cn. La idea que subyace en este reconocimiento constitucional es *garantizar la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes. Se trata de una capacidad efectiva de autogobierno local.*

2. A. En ese sentido, para el ejercicio de las funciones y facultades municipales, la Constitución establece la garantía de la autonomía municipal. Por ello, con base en la misma Constitución —art. 204—, tienen *un ámbito propio de intereses*, los cuales, a su vez, son desarrollados en la legislación secundaria —CM—.

En efecto, la autonomía del municipio no se agota en el art. 204 de la Cn., pues este únicamente delinea los espacios que el gobierno local pudiera llegar a comprender, pero su detalle competencial se realiza por medio de la legislación secundaria. Y es que las disposiciones constitucionales, lejos de codificar taxativamente los ámbitos de actuación de los entes públicos, instauran un marco abstracto, dentro del cual los órganos estatales —principalmente los que ejercen potestades normativas— se desenvuelven con cierta discrecionalidad —sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006—.

B. Del contenido de las disposiciones constitucionales reseñadas se advierte el establecimiento de un *régimen especial para el gobierno y la administración*



*del municipio adecuado a sus necesidades peculiares*; es decir, se le asegura una capacidad para reaccionar de manera más objetiva, inmediata y flexible a sus propios intereses.

Y es que los *intereses locales*, a diferencia de los nacionales, están predominantemente al servicio de las pretensiones de las poblaciones correspondientes, sin salirse del marco competencial y territorial que ha sido establecido constitucional y legalmente. Desde esta perspectiva, el *interés local* tiene por objeto la mejor organización de los servicios y el cumplimiento de las funciones encomendadas al Gobierno Municipal en la circunscripción territorial de que se trate, a partir de criterios administrativos”.

#### AUTOGESTIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES LOS FACULTA PARA EMITIR INSTRUMENTOS NORMATIVOS

“C. De ahí que la Constitución y el CM determinen algunas materias que pueden ser reguladas por los municipios; entre las cuales, según los arts. 4 n° 11 y 6-A CM, se encuentra el transporte alternativo local. Tal como se indicó en auto de 7-IX-2011, proveído en este proceso constitucional.

3. Ahora bien, es preciso reiterar que la autonomía municipal supone la posibilidad de autogestión, en virtud de la cual los entes municipales respectivos están facultados para *emitir instrumentos normativos generales y abstractos aplicables en el territorio municipal*—art. 204 ord. 5° Cn.—; es decir, cuentan con la potestad normativa municipal, facultad que deviene directamente de la Constitución”.

#### POTESTAD NORMATIVA MUNICIPAL SUJETA AL MARCO LEGAL DEL CÓDIGO MUNICIPAL Y A OTROS LÍMITES CONSTITUCIONALES

“A. Sin embargo, también es necesario considerar que el art. 203 Cn. claramente establece que la autonomía económica, técnica y administrativa reconocida a favor de los municipios “se regirán por un Código Municipal, que sentará los principios generales para su organización, funcionamiento y ejercicio de sus facultades autónomas”. Por tanto, la Constitución, a la vez que reconoce dicha autonomía local, establece que será presidida por lo establecido en el CM; por lo que se incardina en el esquema establecido por el legislador; debiendo ejercerse de acuerdo con lo que preceptúe el CM.

En ese orden, los municipios pueden *regular* aquellas áreas que el CM les designa, de conformidad con las necesidades y preferencias locales, cuidándose únicamente de respetar el marco establecido por tal cuerpo legal. Entonces, en dicha tarea, las comunas tienen amplias facultades normativas.

B. No obstante, además del respeto al marco legal aludido, hay otros límites constitucionales que han de observarse, entre los cuales figuran los derechos fundamentales; pues suponen una barrera que no ha de ser traspasada por el ejercicio de la potestad normativa local, si para ello no se tiene la debida habilitación legal. Es decir, en virtud de la potestad normativa municipal no se pueden *crear límites a los derechos fundamentales*, pues tal materia está sujeta a la reserva de ley, como se verá a continuación.

C. En efecto, la potestad normativa municipal está sujeta al marco legal establecido, principalmente, por el CM, y a otros límites originados en la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 79-2010, fecha de la resolución: 22/09/2014.*

## BIENES DEL ESTADO

### CLASIFICACIÓN

“En el ordenamiento jurídico salvadoreño, el Código Civil (en adelante, C.C.) efectúa una clasificación respecto de los bienes del Estado (arts. 571 al 586), y determina que estos serán *bienes de dominio público* y *bienes fiscales* (art. 571). La Constitución, por su parte, enumera algunos bienes de propiedad estatal, tales como el subsuelo (art. 103 Cn.); otros, sujetos al *uso público*, verbigracia, muelles, ferrocarriles, canales, etc. (art. 120 Cn.) y también otros sujetos al régimen de propiedad privada, tales como la propiedad estatal rústica con vocación agropecuaria que no sea indispensable para las actividades propias del Estado (art. 104 Cn.).

Considerando tales preceptos, es posible clasificar los bienes del Estado, primeramente, a partir del régimen jurídico al que están sometidos. Así, encontramos la primera bifurcación: (1) bienes sujetos al régimen de dominio público —denominados como bienes de dominio público— y, (2) bienes sujetos al régimen de dominio privado —también llamados bienes fiscales—.

Luego, dentro de los bienes de dominio público, tomando en cuenta el destino de tales bienes, encontramos otra subdivisión: (1.A) bienes de dominio público no destinados al uso público y (1.B) bienes de dominio público sujetos al uso público, también llamados simplemente *bienes de uso público*”.

### BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

“1. Cuando se habla de *bienes de dominio público*, según la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 27-VI-2012, Inc. 28-2008—, se alude a un conjunto de bienes que se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público. Así, es una masa de bienes propiedad del Estado en sentido amplio, afectados, por mandato de normas jurídicas, al uso *indirecto (A)* o *directo (B)* de *los habitantes*.

De tal forma —se ha indicado en la citada jurisprudencia—, el criterio rector del demanio es la afectación pública; es decir, la finalidad de uso, utilidad o aprovechamiento público al que están destinados dichos bienes. En esa particular 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.

A. Dentro de los bienes de dominio público encontramos algunos que tienen el carácter de públicos porque están destinados al aprovechamiento general

mediante el beneficio colectivo de su explotación. Beneficio que se dirigirá a satisfacer una necesidad de interés público. Tal es el caso del subsuelo y de ciertos recursos de la riqueza nacional, cuyo uso no está habilitado a la colectividad, pero su explotación debe ligarse a fines públicos.

Es decir, estos son bienes de dominio público porque están ligados al interés público, pero no están destinados al uso directo de la colectividad.

B. Finalmente, dentro de los bienes de dominio público también se hallan los de uso público, los cuales están destinados al disfrute de toda la comunidad y son utilizables por sus componentes sin discriminación. Dichos bienes provienen de causas naturales (verbigracia, ríos, arroyos, lagos, costas y playas de mares, mar territorial, mares interiores, etc.) o artificiales (calles, puertos, carreteras, puentes, plazas, parques, museos, bibliotecas, jardines botánicos y zoológicos, etc.).

C. Entonces, *no todos los bienes de dominio público son directamente de uso público*. La determinación de los bienes que forman parte del dominio público y específicamente de los afectados *al uso público*, y por ende, del régimen constitucional de la explotación de estos, se encuentra estrechamente vinculada *con la finalidad que cada uno de dichos bienes ha de desempeñar*, en relación con su destino para un fin público concreto.

Por tanto —se insiste—, en función de su utilidad, *los bienes de uso público no pueden ser objeto de apropiación privada*, ya sea por enajenación a los particulares o por adquisición en virtud del paso del tiempo. Ello se explica porque están destinados al uso común, y su apropiación por particulares con total exclusión de los demás ocasionaría un evidente perjuicio a la comunidad.

En ese orden, en el Código Civil se indica que son bienes considerados de dominio público: el mar adyacente, el espacio aéreo suprayacente, el lecho y subsuelo marinos (art. 574 C.C.), son, específicamente de *uso público* los ríos (art. 575 C.C.), los lagos y lagunas (art. 577 C.C.), las calles, plazas, puentes y caminos públicos y las playas en el mar y en ríos y lagos (579 C.C.)”.

## BIENES FISCALES

“2. El otro tipo de bienes estatales se agrupa bajo la denominación de *bienes fiscales*. En esta masa de bienes se ubican aquellos que el Estado posee bajo un régimen de *dominio privado*; es decir, tienen un régimen jurídico que, en general, corresponde a las reglas ordinarias de la propiedad privada.

Tales bienes son aquellos que pertenecen al Estado, pero carecen del carácter de demaniales; por lo que pueden ser adquiridos, gravados y transmitidos por el Estado, como si de un particular se tratase. Es decir, dichos bienes se distinguen de los de propiedad de los particulares únicamente por su titular, el Estado. Así, estos bienes pueden satisfacer necesidades individuales o colectivas, pero no están afectados al uso de todos los habitantes sino al de determinadas personas vinculadas a ellos por su adquisición, locación, administración, concesión u otro tipo de contratación.

En efecto, su explotación, e incluso transferencia, no cuenta con un régimen constitucional específico, pues la Constitución únicamente exige que se respete

el principio de reserva de ley. Por tanto, corresponderá al legislador establecer las formalidades requeridas para ello; tal como lo dispone el art. 104 Cn., en el cual se indica que los inmuebles propiedad del Estado podrán ser transferidos a personas naturales o jurídicas *dentro de los límites y en la forma establecida por la ley*”.

#### CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES ESTATALES POR SU USO

“Primeramente, ha de apuntarse que los bienes del Estado, en principio, admiten dos tipos de *uso*: el común y el privativo o especial.

1 En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —verbigracia, sentencia de 21-VI-2013, Inc. 43-2010— que el *uso común* es al que *regularmente* se destina el bien y está referido a *todas las personas sin designación especial*. Por ello, con las matizaciones que cada tipo de bien permita, en principio, es *libre, gratuito e igualitario*, de manera que no requiere de un título especial, ni supone el pago de tasas, y tampoco distingue entre los sujetos que puedan verse beneficiados a título individual.

2. A. Por su parte, el uso *privativo o especial* —según la jurisprudencia precitada— supone la ocupación del bien respectivo *por parte de una persona individualmente especificada*, que por ese hecho, impide que el resto de personas *utilicen algún espacio determinado* de dicho bien; o, implica *una utilización privilegiada*, que incorpora elementos *adicionales* que *exceden* de los del mero uso. De manera que implica la *explotación del bien concernido*.

Y es que respecto de los bienes de dominio público, la Constitución establece que pueden ser *explotados* por particulares”.

#### EXPLOTACIÓN DE BIENES

“En un sentido común, explotar se interpreta como extraer la riqueza de un bien, sacar utilidad en provecho propio o producir ganancias a partir del bien.

En ese orden, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sostenido que “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. Así entonces, al interpretar el art. 120 Cn., en lo relativo a la explotación de bienes públicos, quedan comprendidos en él aspectos como el poder disponer de instalaciones públicas, remodelarlas, etc.” —Inc. 33-2000—.

Por tanto, todas las formas de aprovechamiento y disposición particular (económicas o no) que toleren los bienes públicos han de entenderse comprendidos en el término *explotar*; debiendo aclararse que, si bien la idea de explotación no exige el aprovechamiento económico, tampoco encaja en el mero concepto de *uso* de un bien público, pues se asocia con acciones que exceden del solo uso: “disponer” y “aprovechamiento particular”.

Efectivamente, *disponer* es una de las facultades materiales del dominio, en cuya virtud es posible —entre otros supuestos— *transformar* la naturaleza del bien.

Como corolario, cuando se habla de explotación, *debe entenderse* que no se alude al uso *común* del bien de uso público, puesto que dichos bienes se caracterizan por ser del disfrute colectivo, gratuito, etc., sino que los preceptos constitucionales referidos suponen un uso *particular o privativo* —en los términos ya relacionados— del bien, que puede incidir en el goce que de este tenga habitualmente la colectividad, ya sea regulándolo o limitándolo; ello, en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de explotación privativa.

No obstante, el uso privativo de un bien de uso público siempre supone la *compatibilidad con el uso general del público*”.

#### REGIMEN CONSTITUCIONAL QUE HABILITA LA EXPLOTACIÓN DE BIENES DE USO PÚBLICO

“3. Habiendo aclarado en qué consiste la *explotación* de bienes de uso público, corresponde referir el régimen constitucional que la habilita. Para ello, es preciso considerar, principalmente, lo establecido en los arts. 103 inc. 3°, 120, 233 y 117 Cn.

El primer precepto constitucional aludido —103 inc. 3°— se refiere a la propiedad estatal del subsuelo y a la posibilidad de otorgar concesiones para su *explotación*; el segundo —art. 120—, determina que las concesiones para la explotación de las obras materiales de *uso público* deberán ser conocidas y aprobadas por la Asamblea Legislativa, quien también tendrá que estipular el plazo y las condiciones de tales concesiones, atendiendo a la naturaleza de la obra y al monto de las inversiones requeridas; el tercer precepto —art. 233— refiere que los *bienes de uso público* solo podrán gravarse con autorización del Órgano Legislativo y únicamente a favor de entidades de utilidad general; y, el último apartado constitucional —art. 117— determina que el Estado debe proteger los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible y la conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los citados recursos, en los términos que establezca la Ley.

Con base en lo previsto por las disposiciones relacionadas es posible esbozar el *régimen constitucional de explotación de los bienes de uso público*”.

#### SUPUESTOS HABILITANTES PARA LA EXPLOTACIÓN DE BIENES DE USO PÚBLICO

“A. En cuanto a ello, en primer lugar se advierte que es preciso que haya intervención estatal para autorizar la explotación de los citados bienes.

B. Seguidamente, es claro que esa autorización únicamente puede acordarse a través de *una concesión*. Concesión que, además, será *legislativa*, pues tendrá que ser otorgada y delimitada materialmente por la propia Asamblea Legislativa.

Así, la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 27-VI-2012, Inc. 28-2008— ya ha determinado que cuando se trata de bienes de *uso público*, los arts. 103 y 233 Cn. son complementarios; dado el carácter político-económico fundamental de la *“autorización”* legislativa y por la función de garantía que ella cumple. La protección de los intereses económicos nacionales involucrados en los bienes

de “bienes de uso público”, de modo que la aprobación legislativa de la concesión y determinadas condiciones de esta revelan el régimen constitucional en cuestión”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2009, fecha de la resolución: 30/07/2014.*

## CANDIDATOS NO PARTIDARIOS

### PROYECCIÓN DEL CONTENIDO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

“III. 1. El art. 3 inc. 1 Cn. establece el principio de igualdad constitucional, que impone obligaciones a todos los poderes públicos y particulares, entre las que se pueden mencionar: (i) tratar de manera idéntica las situaciones jurídicas iguales; (ii) tratar de manera diferente las situaciones jurídicas que no comparten ninguna característica común; (iii) tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias; y (iv) tratar de manera distinta aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes. Dicho principio impide tratar desigual a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales. Este precepto constitucional no consagra, sin más, un derecho a la desigualdad de trato, pero sí una concreción que forma parte del principio de igualdad (sentencia 4-V-2011, Inc. 18-2010).

Aunque la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominantemente formal, su correcta aplicación requiere del intérprete la valoración de las circunstancias fácticas concretas de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede equiparar a ciertos supuestos, o bien diferenciarlos. Inclusive, existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado por medio de acciones positivas, a fin de lograr la igualdad formal en el plano real. En este sentido se habla de “igualdad material”. Por esta causa, la igualdad no es un principio monolítico, preciso y absoluto, sino relativo, por medio del cual se puede justificar un tratamiento diferenciado. No existen, por ello, reglas o parámetros fijos que puedan llegar a considerar *prima facie* que un trato es desigual, sino que se dan si las circunstancias de hecho lo ameritan, es decir, que el principio de igualdad no dice *a priori* lo que es igual, pues no proporciona ningún elemento o criterio para poder emitir un juicio de igualdad, por lo que ese criterio es preciso buscarlo fuera de la norma misma, es decir, en la justificación de la equiparación o diferenciación establecida por el legislador.

2. Ahora bien, al analizar la presunta vulneración al principio de igualdad, se parte de la existencia en la propia Ley de una diferencia de trato entre situaciones jurídicas iguales. Esta disparidad de tratamiento, sin embargo, sólo será transgresora del mencionado contenido constitucional si no responde a una justificación objetiva y razonable que, además, resulte adecuada y proporcional. El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea

arbitraria o carezca de fundamento racional (sentencia del 6-IX-2013, Inc. 16-2012). Pero no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no estar fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados (sentencia del 30-III-2011, Inc. 18-2008). Y, por último, para que la diferenciación sea constitucional, no es suficiente que lo sea el fin perseguido, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción —como ya se dijo— sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (Inc. 18-2010, ya citada)”.

### DERECHOS POLÍTICOS SON DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

“3. Los derechos políticos son derechos de participación, que imponen un conjunto de condiciones positivas para posibilitar que el ciudadano participe en la vida política. Son derechos que representan todos los instrumentos que posee el ciudadano para participar activamente en la vida pública o, si se quiere, el poder político con el que cuenta aquél para participar, configurar, incidir y decidir en la vida política del Estado (sentencia de I-X-2014, Inc. 66-2013).

Dentro del catálogo de derechos políticos que establece la Constitución se encuentra el que goza todo ciudadano a ejercer el sufragio en su vertiente pasiva, es decir, el derecho de optar y ser elector en un cargo de elección popular (art. 72 ord. 3° Cn.). Cualquiera de las dimensiones que puedan derivarse del derecho de participación política reconocidas en el mencionado precepto constitucional (acceso, permanencia y ejercicio) está delimitada con arreglo al propio estatuto constitucional por la necesidad de llevarse a cabo en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que señalen las leyes. En ese sentido, a partir de la interpretación sistemática de los arts. 3 inc. 1° y 72 ord. 3° Cn. debe aceptarse la existencia del derecho a optar al cargo de diputado en igualdad de condiciones. Por tanto, al crear leyes sobre la materia, la Asamblea Legislativa debe establecer las condiciones paritarias de acceso al cargo político representativo antes relacionado (sentencias de 7-XI-2011 y 20-VIII-2009, Inc. 57-2011 y Amp. 535-2004, respectivamente)”.

### DERECHOS POLÍTICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

“En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente en lo que a derechos políticos se refiere, los arts. 23. 1. letra c) CADH, 25 letra c) del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, y arts. II y XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establecen, en general, el derecho de todo ciudadano a tener acceso, en condiciones generales de igualdad y sin restricciones indebidas, a los cargos públicos de su país.

Con respecto a la primera norma convencional, este Tribunal sostuvo en la Inc. 61-2009 que el derecho a optar a cargos públicos de elección popular (art.

72 ord. 3° Cn.) incluye el derecho de todo ciudadano a postularse, individualmente o asociado con otros, lo cual debe ser considerado por el legislador en el momento de emitir normativa sobre el tema. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias de 23-VI-2005 y 30-VI-2009 casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Reverón Trujillo vs. Venezuela* —al cual debe agregarse el criterio jurisprudencial del caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6-VIII-2008— respectivamente, ha establecido que “... el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Por lo tanto, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”. En consecuencia, en una sociedad democrática los Estados deben garantizar la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios (Cfr. sentencia de 26-V-2010, párrafo 173, caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*”).

#### COMPONENTES BÁSICOS DEL SISTEMA ELECTORAL DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

“IV. 1. En la representación proporcional, el sistema electoral se configura como el conjunto de reglas legales para traducir votos a escaños de representantes (sentencias del 17-V-2002, 25-XI-2008 y 29-VII-2010, Incs. 6-2000, 9-2006 y 61-2009, respectivamente). Dicho sistema posee cuatro componentes básicos (sentencia 7-XI-2001, Inc. 42-2005). Tales son: (i) las circunscripciones electorales —la extensión geográfica y demográfica que constituye la base para la distribución de escaños o cargos electivos—; (ii) la forma de la candidatura —lo cual comprende cómo deben presentarse las personas que compiten por el voto de los electores, es decir, unipersonal o por medio de lista; y exigencia o no de afiliación o postulación—; (iii) la forma de votación o estructura del voto —mediante una lista cerrada o abierta, de lista cerrada bloqueada o desbloqueada; y la forma de emisión del voto: ya sea única, múltiple, preferencial, combinada, etc.—; y, (iv) la fórmula electoral —el procedimiento matemático para la conversión de votos en escaños o cargos—. En la presente sentencia solo interesa retomar la *forma* en cómo los ciudadanos se presentan para participar en el proceso eleccionario y la *fórmula* aplicable para la elección de los diputados del Órgano Legislativo.

2. A. En cuanto a la forma de la presentación, se ha establecido que la regulación de los términos en que se posibilita a las personas competir por el voto de los electores debe ser respetuosa, por una parte, del contenido del sufragio pasivo, cuyo reconocimiento constitucional se orienta a la protección de la oportunidad de todo ciudadano a participar en la gestión democrática de los asuntos públicos (y, transversalmente, a la protección de la regularidad de los procesos



electorales); y, por otra, del carácter instrumental de los partidos políticos, los cuales funge como importantes medios (aunque no exclusivos) para canalizar la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad del poder estatal. En efecto, en la sentencia de Inc. 16-2012 se sostuvo que la forma de la candidatura en el sistema de representación proporcional se hace por medio de listas que le presentan al votante los nombres de los candidatos de los partidos, complementados con los nombres de los candidatos no partidarios que compiten en la elección de que se trate. Esta forma fortalece la capacidad de opción del ciudadano elector al momento de votar.

B. Con respecto a la fórmula electoral, se ha dicho que se trata del procedimiento en virtud del cual se convierten los votos en escaños o cargos. Éste debe observar como parámetros de configuración el principio democrático, el de representación proporcional, el principio del pluralismo, las garantías del sufragio (tanto activo como pasivo) y, en general, todos los componentes que informan al sistema electoral representativo vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en los términos en que se pretende dilucidar mediante la presente decisión”.

#### CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN

“C. En ese contexto sistemático, en el que la Constitución configura al sistema electoral como la interrelación de los elementos que se deben resguardar para buscar una verdadera representatividad democrática, el legislador tiene diversas opciones a título de libertad de estructuración, siempre y cuando se mantenga respetuoso de los márgenes apuntados (distribución territorial de la población, garantías que resguardan al derecho al sufragio activo, representación proporcional y el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se encuentran, el derecho de optar y ser elector a cargos públicos en condiciones de igualdad, cumplidos los requisitos que la Constitución y la ley establezcan).

A. Desde tal perspectiva, en atención a las consideraciones apuntadas, el sistema electoral salvadoreño se configura como la unidad funcional de elementos por medio del cual se ejercen los derechos políticos, por tanto, es insoslayable considerar que la forma en cómo se postulan los candidatos a diputado, según se trate de planillas o listas, tiene una incidencia positiva o negativa en la aplicación igualitaria de la fórmula electoral. Ello es determinante para la traducción de los votos a escaños: aunque se establezca la misma fórmula para determinar el número de escaños legislativos, tal operación matemática tiene diferentes consecuencias dependiendo de si el candidato se presenta en una lista o si se presenta en forma individual.

Y es que, la *forma de postulación electoral* se traduce en un presupuesto o condición necesaria para la interpretación de *la fórmula electoral*. Así, las consecuencias jurídicas derivadas de la interpretación y aplicación del primer elemento del sistema electoral impactan directamente en el segundo. Como corolario de lo anterior, puede afirmarse que el vínculo entre ellos es el siguiente: la primera, estatuye la forma en que se presentan los candidatos partidarios (planilla o lista completa) y los candidatos no partidarios (lista uninominal) que pretenden ser electos como diputados del Órgano Legislativo; la segunda, en cambio, prevé la

fórmula aplicable a ambos tipos de candidatos, para determinar quiénes obtendrán los escaños legislativos”.

DEBIDO A INTERCONEXIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA ELECTORAL DEBE REALIZARSE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y ARMÓNICA DE LOS ARTÍCULO 144 INCISO 3°, 161 Y 217 LETRA B) DEL CÓDIGO ELECTORAL

“B. La *interconexión constitucional* entre los elementos del sistema electoral enunciados, vuelve indispensable realizar una interpretación sistemática y armónica de los arts. 144 inc. 3°, 161 y 217 letra b) CE.

Por tanto, la controversia a resolver radica en determinar si el art. 217.b del Código Electoral produce un trato diferenciado o discriminatorio para el acceso al cargo de diputados, al establecer la citada disposición la fórmula del cociente electoral a todos los candidatos de cada partido en su conjunto (por medio de listas o planillas), y exigir la misma fórmula a los candidatos no partidarios, pero de manera individual (sin estar agrupados en listas o planillas).

Lo anterior obedece, según lo expresado por los demandantes, a que los partidos políticos se benefician de los votos de todos los candidatos que postulan —al conformar una planilla o lista completa—, no así los primeros, porque dicho escrutinio se hace tomando como base los votos alcanzados de manera independiente —al constituir una planilla o lista individual o uninominal—; por ello, el criterio que debe primar para hacer la comparación es la *asignación del escaño*: a un candidato partidario se le asigna un escaño si la cantidad de sus marcas es mayor a la de otros candidatos del mismo partido político o coalición, mientras que a un candidato no partidario se le asigna un escaño si alcanza, él solo, el cociente electoral determinado para su circunscripción”.

ARTÍCULO 144 INCISOS 2° Y 3° DEL CÓDIGO ELECTORAL DELIMITA UNA CONDICIÓN NECESARIA QUE DEBE CONCURRIR ÚNICAMENTE PARA QUE LOS INTERESADOS ESTÉN HABILITADOS PARA PARTICIPAR EN LAS ELECCIONES A DIPUTADOS A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

“C. El art. 144 CE establece en su inciso 2° que, para la solicitud de inscripción de candidatos a diputados a la Asamblea Legislativa por parte de partidos políticos y coaliciones, se exigirá la presentación de la planilla completa según los cargos a elegir en cada circunscripción. El inciso 3° determina que la solicitud de inscripción de los candidatos a diputados por personas no partidarias, se hará de modo individual, independientemente del número que corresponda elegir en la circunscripción correspondiente. Atendiendo a su situación comunicativa, la comprensión de esta disposición nos ubica en un momento temporal previo a la conformación de las listas a candidatos a diputado que el Tribunal Supremo Electoral presenta a la ciudadanía. El precepto regula o establece ciertas condiciones que los interesados deben cumplir para ser inscritos y poder participar en la contienda electoral.

En el caso de los candidatos partidarios, los partidos políticos o coaliciones deben presentar una planilla completa; mientras que los candidatos no partida-

rios deben formular su solicitud de modo individual. Dado este contexto, queda excluido todo significado que tienda a situar el art. 144 incs. 2° y 3° CE en un momento diferente al que ha sido descrito, como el correspondiente a la conformación o estructuración de las planillas en las papeletas de votación. Dicha disposición delimita una condición necesaria que debe concurrir únicamente para que los interesados estén habilitados para participar en las elecciones a diputados a la Asamblea Legislativa”.

ARTÍCULO 217 B) DEL CÓDIGO ELECTORAL, ES CONSTITUCIONAL SIEMPRE QUE SE INTERPRETE QUE TANTO LOS CANDIDATOS PARTIDARIOS COMO NO PARTIDARIOS VAN A PARTICIPAR EN IGUALDAD DE CONDICIONES Y OPORTUNIDADES

“D. Por su parte, el art. 161 CE establece que conjunto de candidatos inscritos para Diputados [...] por las diferentes circunscripciones electorales, forman las planillas totales respectivas de los partidos políticos o coaliciones y los candidatos no partidarios contendientes, a favor de los cuales se emite el voto en cada circunscripción departamental”. Este enunciado presenta una indeterminación. A causa de las relaciones de las palabras que la componen, la disposición admite dos interpretaciones posibles. La primera indicaría que los candidatos propuestos por los partidos políticos o coaliciones conforman planillas o listas, mientras que los candidatos no partidarios se postulan por listas individuales o uninominales. La segunda permite entender que ambos tipos de candidatos se agrupan en planillas o listas por las diferentes circunscripciones electorales.

E. Elegir el primero de los significados implicaría crear una diferenciación en la forma de la candidatura que sería contradictoria con exigencias derivadas del derecho a optar al cargo público de diputado a la Asamblea Legislativa en igualdad de condiciones (arts. 3 inc. 1° y 72 ord. 3° Cn.), es decir, no es compatible con el principio de igualdad que rige el ejercicio de los derechos políticos en una democracia libre, ya que las similitudes entre los candidatos partidarios y no partidarios son más *relevantes* que las diferencias, debido a que, ambos están ejercitando su derecho político al sufragio en su dimensión pasiva; presentan a la población un programa político y propuestas electorales; compiten por el mismo cargo público, y para obtener tal calidad, han cumplido los requisitos que la Constitución prescribe; a lo que debe agregarse, que los candidatos partidarios se diferencian *simplemente* por ser postulados por los partidos políticos, *los cuales no son los únicos mecanismos de ejercicio de tal derecho constitucional* (Incs. 61-2009, 43-2013 y 66-2013).

Por ello —como ya se dijo—, la forma de postulación de los candidatos a diputados repercute en la operación matemática previa de los votos para posteriormente asignar escaños. Los partidos políticos o coaliciones obtienen escaños en la medida de las veces que alcanzan el cociente electoral, lo cual se logra con la suma de las marcas acumuladas por los candidatos partidarios que integran la planilla. Dado que los candidatos partidarios se presentan mediante planillas, los partidos o coaliciones que los presentan se benefician de las marcas obtenidas por aquéllos. Por su parte, los candidatos no partidarios se presentan de modo individual, ellos solos deben alcanzar el cociente electoral. *Las planillas,*

*por tanto, representan una ventaja para los partidos políticos o coaliciones y una desventaja para los candidatos no partidarios.*

Si, en cambio, se opta por la segunda interpretación, se fomentaría u optimizaría la igualdad de oportunidades y condiciones entre candidatos partidarios y los candidatos no partidarios, al momento de asignarles escaños en la Asamblea Legislativa. Si ambas clases de candidatos se presentan al elector mediante planillas, ambos se beneficiarían por las marcas obtenidas por el resto de integrantes de las listas para la obtención de escaños en abstracto.

*F. De entre las diversas interpretaciones admisibles de una disposición jurídica, debe elegirse o seleccionarse la que fomente los derechos fundamentales. Y atendiendo a que de entre las dos interpretaciones indicadas una contraviene el derecho de los candidatos no partidarios a optar al cargo público de diputado a la Asamblea Legislativa y otra lo optimiza o fomenta, la interpretación constitucional del art. 161 CE es la que lo entiende como una norma que permite que candidatos no partidarios (a semejanza de los candidatos presentados por partidos políticos o coaliciones) se presenten al cuerpo electoral mediante planillas o listas.*

Esta forma de entender la disposición relacionada supone una equiparación justificada (y exigida constitucionalmente) entre partidos políticos o coaliciones y candidatos no partidarios (como conjunto), a partir del criterio de la obtención de escaños en abstracto; en consecuencia, los candidatos partidarios y no partidarios deben ser sujetos de un trato igualitario de la legislación electoral, ya que la imputación de consecuencias jurídicas es equiparable; así, se colige que la participación electoral de los candidatos precitados debe realizarse por medio de planillas o listas a las que se aplique la misma fórmula electoral, ya que la función de la igualdad en el trato se puede justificar sin dificultades en el marco de posibilitar el perfeccionamiento del sistema electoral proporcional —art. 79 inc.2° Cn.-

En consecuencia, esta interpretación conforme con los arts. 3 inc. 1° y 72 ord. 3° Cn. exige entender que la regla que establece, por una parte, la forma en que los partidos políticos o coaliciones obtienen escaños (art. 217 letra b) CE) y, por otra, la forma en que se asignan los escaños a los candidatos partidarios, deben ser la mismas para los candidatos no partidarios.

De tal forma, el art. 217 b) del Código Electoral, objeto de control en la presente sentencia, es constitucional siempre que se interprete que tanto los candidatos partidarios como los no partidarios van a participar en igualdad de condiciones y oportunidades, especialmente en cuanto se refiere a la forma de presentar sus candidatos y someterlos a votación, como en la forma de realizar el conteo de votos y asignación de escaños.

2. Cuando se demanda la inconstitucionalidad de una disposición jurídica por la presunta vulneración a una concreción del principio de igualdad, debe realizarse un “juicio de igualdad”. Este es un test integrado por los siguientes elementos: (i) como consecuencia de la medida normativa cuestionada, ha de determinarse si ésta ha introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; y (ii) indagar si las situaciones subjetivas que se invoca para hacer la comparación, son homogéneas o equiparables; es de-

cir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto, es procedente entrar a (iii) determinar la legitimidad constitucional o no de la diferencia contenida en la norma, esto es, si está justificada.

Así, inicialmente, los argumentos de los demandantes radican en que el art. 217 letra b) CE estatuye una diferencia entre los candidatos partidarios y candidatos no partidarios, al no exigir a los primeros alcanzar el cociente electoral y sí a los segundos.

El primer aspecto que debe dilucidarse entonces es, si dicho precepto establece la diferencia entre los sujetos a que los actores se refieren. En ese contexto, esta Sala advierte que *con la interpretación constitucionalmente adecuada de los arts. 144 inc. 3°, 161 y 217 letra b) CE, los candidatos no partidarios —al igual que los partidarios— deben postularse por medio de planillas o listas, para posteriormente determinar cuántas veces dicha planilla obtuvo el cociente electoral y asignar los escaños atendiendo al mayor número de marcas obtenidas por cada candidato no partidario.*

Por tanto, al no encontrarse el trato diferenciado o discriminatorio aludido por los demandantes, es innecesario avanzar en el test de igualdad, lo que conlleva a concluir que art. 217 letra b) CE *no es inconstitucional* y así deberá declararse en el fallo, porque tal disposición legal debe considerarse un desarrollo de la exigencia constitucional relativa a los cocientes, siempre y cuando se interprete conforme a los parámetros explicitados en la presente sentencia.

VI. Finalmente, es necesario aclarar los efectos jurídicos de esta sentencia. Para garantizar la debida interpretación de los arts. 144 inc. 2°, 161 y 217 letra b) CE, el Tribunal Supremo Electoral, como máxima autoridad en materia electoral (art. 208 inc. 4° Cn.), tendrá que disponer las medidas necesarias para el estricto cumplimiento de la presente sentencia.

Lo anterior significa que: (i) el sistema de representación proporcional adoptado por la Constitución, debe ser aplicado por igual a candidatos partidarios y no partidarios; (ii) los candidatos partidarios y no partidarios deberán estar incorporados en listas, para competir en igualdad de oportunidades y condiciones; (iii) el conteo de votos y asignación de escaños debe ser igual para todos —partidarios y no partidarios—. Todo, conforme a lo prescrito en el art. 3 Cn.

De esta forma, la Sala interpreta el art. 217.b del Código Electoral a fin de compatibilizar tal disposición con lo exigido por la Constitución en materia de igualdad.

Los anteriores efectos son de aplicación a partir de las próximas elecciones de 2015, por lo que la determinación del cociente electoral de la planilla de candidatos no partidarios y la asignación de escaños para dicha lista, podrá ser exigida al Tribunal Supremo Electoral de modo directo a partir de tal evento electoral por dichos candidatos, como una concreción de su derecho a optar y ser electos en cargos de elección popular, en condiciones de igualdad (arts. 72 ord. 3°, en relación con el 3 inc. 1° y 79 inc. 2° Cn.)”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 59-2014, fecha de la resolución: 17/11/2014.*

## CANDIDATURAS

### UNIPERSONAL O LISTA DE CANDIDATOS

“Las candidaturas pueden adoptar dos formas: la candidatura unipersonal o la lista de candidatos. Mientras que la primera forma es la utilizada para el sistema mayoritario (por ejemplo, en nuestro país, para elecciones de Presidente de la República); la segunda es la que se suele emplear para elecciones de diputados bajo sistema de representación proporcional (como es también el caso de nuestro país)”.

### CLASES DE LISTAS

“a. En la lista cerrada y bloqueada —sistema adoptado por el legislador secundario salvadoreño (art. 262 inc. 6° CE)— el partido político decide el orden de los candidatos y éstos van obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. Esto significa que el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo “en bloque” por un partido político. --- b. En cambio, en la lista cerrada y desbloqueada los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de candidatos propuestos por un partido, ya sea mediante el voto preferencial (a favor de uno o más candidatos), tachando algunos nombres o colocando un orden numérico en los nombres de los candidatos. --- c. Por último, en la lista abierta el elector puede escoger candidatos de diferentes partidos políticos y determinar el orden de preferencia entre ellos. Es decir, el elector configura su propia lista, pudiendo apartarse por completo de las propuestas de los partidos políticos”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 48-2014, fecha de la resolución: 05/11/2014.*

## CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

NO GOZAN DE UNA LIBERTAD DE EMPRESA ABSOLUTA Y POR TANTO, SE RIGEN POR LAS CLÁUSULAS CONCESIONALES, LAS CUALES DELIMITAN SU ACTUACIÓN

“ii. Se ha advertido que la solicitante considera que cualquier exigencia o regulación por parte del Viceministerio de Transporte constituye un límite a la libertad de empresa, la cual debe ejercerse sin regulaciones y controles de tipo administrativo.

iii. Sin embargo, para interpretar adecuadamente el alcance prescriptivo del derecho a la libertad de empresa debe tenerse en cuenta que en este caso, como lo admite la actora, el citado derecho *se vincula con la prestación de un servicio público: el transporte colectivo de personas.*

Acerca de ello, esta Sala ha sostenido —verbigracia, sentencia de 10-IV-2013, Inc. 9-2010— que el Estado se ve obligado a gestionar por sí mismo o *por concesionarios* algunos servicios públicos y hacerse cargo de las riendas de la política económica del país. En ese sentido, el art. 110 inc. 4° Cn. habilita al Esta-

do a tomar bajo su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, ya sea que los preste directamente o mediante concesiones otorgadas a empresas privadas, supuesto en el cual *le corresponde regular y vigilar dicha prestación.*

*De ese modo —se ha establecido en la jurisprudencia referida—, los servicios públicos pueden ser prestados por la Administración Pública, o por empresas privadas mediante la figura de la concesión. La concesión implica un contrato administrativo de carácter público a través del cual el Estado delega en los particulares —concesionario— la prestación de un servicio público de manera continua y regular; lo anterior, debe tener la correlativa preservación de las potestades de regulación, vigilancia y aprobación de tarifas a favor del Estado.*

*Esta modalidad de prestación de servicios públicos pone en entredicho que los particulares titulares de una concesión gocen de una libertad de empresa absoluta, ya que, a pesar de que el principio que rige la actividad económica en general es el de la libertad empresarial, cuando se trata de servicios públicos lo que predomina es la regla de la preservación de la prestación regular del servicio, lo que garantiza en definitiva el interés social —Inc. 9-2010, precitada—.*

*Entonces, según el criterio jurisprudencial reseñado, el derecho a ejercer una determinada actividad económica y, por ende, la libertad de empresa que lleva aparejada cuando se otorga la concesión, no forma parte previamente del derecho del concesionario a prestar el servicio público y buscar un lucro con ello, sino que tiene su origen en el acto mismo de la concesión, la cual, además, establece limitaciones a su ejercicio; razón por la cual, existe una cierta modulación al derecho constitucional de libertad de empresa. Por lo que son las cláusulas concesionales las que determinan el margen de maniobra que un concesionario posee al interior de una concesión de servicio público, es decir, el Estado se reserva las facultades de vigilancia, regulación, aprobación de tarifas, fijación de niveles mínimos de calidad del servicio o determinación del espacio geográfico en el cual se prestará dicho servicio.*

*e. Así, la delimitación del contenido prescriptivo del derecho a la libertad de empresa en la prestación del servicio público de pasajeros hecho por la demandante, que supone la exclusión de controles administrativos específicos, no coincide con el contenido normativo establecido por esta Sala, puesto que según la jurisprudencia de este tribunal, como arriba se consignó, está excluido el goce de una libertad de empresa absoluta, ya que, cuando se trata de servicios públicos, la Administración se reserva múltiples potestades normativas, y las facultades del concesionario parten de lo estipulado en el contrato de concesión.*

*Entonces, visto que el alcance prescriptivo que la actora le asigna al parámetro de control propuesto en este punto de su demanda es equívoco, no puede sustentar un contraste normativo susceptible del análisis de este tribunal, debiendo, por tanto, declararse improcedente este punto de la pretensión examinada.*

*E. Los enunciados jurisprudenciales arriba apuntados también son aplicables a la interpretación del derecho a la libertad económica en la prestación del servicio público de transporte de personas”.*

REGULACIÓN DE LA FORMA DE RECAUDAR LA TARIFA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE SE ENCUENTRA DENTRO DE LAS POTESTADES REGULATORIAS DE LA ADMINISTRACIÓN

“a. Así, la demandante ha situado dentro del contenido normativo de tal derecho a) la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; b) la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y c) el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios; y ha reconocido que, por estar involucrado un servicio público, la actividad concernida soporta requisitos más severos que el resto de actividades.

Sin embargo, estima que el *régimen jurídico para la recaudación de la tarifa del servicio público de transporte de personas debe regularse a través de una ley*, porque *afecta el derecho a la libertad económica, pues autoriza una rigurosa intervención del Estado respecto de otros agentes económicos o terceros en sentido jurídico*, ya que establece que el transportista “deberá contar con un operador tecnológico no seleccionado libremente, que deberá contar con un “visto bueno”, del Viceministerio de Transporte, lo que supone una calificación discrecional lo suficientemente amplia para entorpecer la libertad económica”. Y porque el cobro de la tarifa no se puede efectuar directamente por el transportista, sino a través de un sistema en que interviene un fideicomiso; circunstancia que supone contratos de adhesión y otros mecanismos financieros que estime pertinentes el Viceministerio de Transporte.

Entonces —alega—, a través de los controles estatales arriba reseñados se limita la libertad económica; y ello, mediante un instrumento normativo de rango inferior a la ley.

b. Sobre tales alegatos, se advierte que la actora no especifica cuál de las manifestaciones de la libertad económica por ella aportadas —coincidentes con la jurisprudencia de esta Sala— resulta conculcada con los supuestos normativos relacionados. Y ello tampoco es reconocible en sus argumentaciones.

c. Sin embargo, al examinar la connotación que la jurisprudencia de esta Sala le ha asignado a la libertad económica —también aludida por la solicitante—, vemos que se halla vinculada al proceso económico como tal; así, se manifiesta en la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios (sentencia del 26-VII-1999, Inc. 2-92).

En ese orden, este tribunal ha considerado —como cita en la sentencia precitada— que la libertad económica incluye todo el círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido. De tal forma, se niega dicha libertad *cuando el Estado propicia un proceso económico centralizado, que se caracteriza por limitar la iniciativa privada y la libre elección o preferencia de los consumidores*.

d. Así, las regulaciones respecto de la *forma en que deba recaudarse la tarifa del servicio público de transporte, o acerca de la acreditación de determinados*



*entes técnicos* relacionados con el servicio de transporte, *no trascienden al contenido normativo atribuible al derecho a la libertad económica sino que pueden ubicarse dentro de las potestades regulatorias de la Administración respecto de un servicio público concesionado —como se apuntó en el acápite precedente—.*

En efecto, pese a que la solicitante, en principio, refiere un contenido normativo apropiado, de sus argumentos se colige que extiende dicho contenido a la intención de que no hayan mandatos administrativos relacionados con la *forma en que se recauda la tarifa concernida y con determinadas autorizaciones técnicas*. Ello rebasa el alcance prescriptivo que la jurisprudencia de esta Sala le asigna al derecho en cuestión, y obvia las limitaciones y alta regulación administrativa que ha de acatar el concesionario para la prestación de un servicio público.

e. Por tanto, la configuración del contraste normativo propuesto parte de una equívoca atribución normativa al derecho de libertad económica en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, por lo que, al igual que en el punto anterior de la pretensión y por las mismas razones, debe declararse improcedente este alegato.

E. a. Acerca de la violación a la libertad de contratación, consignada en el art. 23 Cn., la solicitante expuso que implica: a) el derecho a decidir si se quiere o no contratar; b) la facultad de elegir con quién se quiere contratar; c) el derecho de determinar el contenido del contrato, es decir, la forma y el modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes. Derecho que considera restringido por cuanto el precepto impugnado obliga al transportista a contratar con un operador tecnológico, a constituir un fideicomiso; y el operador tecnológico solo puede contratar con las personas autorizadas por el Viceministerio de Transporte.

Así, la peticionaria asume *que en la prestación del servicio público de transporte debe primar la libertad de contratación*.

b. En cuanto a este punto, es necesario, nuevamente, tener presente lo establecido en el apartado D.d. de este considerando, donde se anotó que el desarrollo de una actividad económica en relación con la prestación de un servicio público por empresas privadas se verifica *mediante la figura de la concesión, la cual implica un contrato administrativo de carácter público a través del cual el Estado delega en los particulares —concesionario— la prestación de un servicio público de manera continua y regular*.

Por tanto, la libertad contractual se verifica en el momento *previo a la concesión*, pues entonces se puede decidir si contratar o no, e incluso intentar negociar las cláusulas del contrato. Entonces, acceder a la concesión refleja, precisamente, el ejercicio del derecho de libertad de contratación, pero una vez verificada la concesión, el concesionario estará sujeto a lo estipulado en esta, lo que incluirá las regulaciones que los entes administrativos correspondientes determinen; circunstancia que, en el plano abstracto no revela interferencia normativa alguna con la libertad contractual, sino que es, por el contrario, el resultado del ejercicio de dicha libertad materializada en el otorgamiento de la concesión.

c. De tal forma, los supuestos aludidos por la solicitante, dadas las particularidades jurídicas inherentes a la prestación de un servicio público, desde el plano puramente objetivo, no muestran la posibilidad de contradecir el contenido

normativo del parámetro de control invocado. Por tanto, esta Sala no encuentra un contraste normativo constitucional que pueda ser dirimido, debiendo, igualmente, declarar improcedente este punto de la pretensión planteada.

F. Finalmente, la actora sostiene que el objeto de control posee una intención malévola, en forma encubierta persigue prácticas monopólicas para frenar, detener o dificultar el ingreso de nuevos competidores al mercado de las actividades propias del operador tecnológico; pues se pretende que una empresa contrate con el mayor número de empresarios de buses y con el mecanismo del “visto bueno” obstaculizar la libre competencia de los potenciales operadores técnicos.

En efecto, la peticionaria ha intentado configurar este aspecto de la pretensión con base en hechos inciertos que no plantean una confrontación internormativa en abstracto con disposiciones de la Constitución, sino que revelan preocupaciones de la pretensora en cuanto a los inconvenientes para la aplicación de la normativa cuestionada; circunstancias estas que no pueden colegirse directamente del contenido prescriptivo del precepto cuya constitucionalidad se disputa.

Por tanto, resulta necesario señalar que el proceso de inconstitucionalidad, por su propia naturaleza, se ocupa de examinar la constitucionalidad de las leyes y demás instrumentos infraconstitucionales *en abstracto*, por lo que el fundamento material o fáctico de la pretensión está conformada, en primer lugar, por el establecimiento del contenido normativo de las disposiciones impugnadas —objeto de control— y de las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas —parámetro de control—; y, en segundo lugar, por las argumentaciones jurídicas tendentes a evidenciar el contraste *normativo* percibido por el actor, entre el contenido de los unos y los otros.

Consiguientemente, cuando el vicio de constitucionalidad alegado en la norma objeto de control se hace depender de casos hipotéticos de aplicación de esta, o de la dificultad en el cumplimiento de la disposición impugnada, pero que *no son inferibles directamente de su texto jurídico*, es claro que el asunto sometido a control no puede ser dirimido mediante el presente proceso constitucional —auto de 28-I-2011, Inc. 48-009—.

Ello, dado que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, por la naturaleza misma de la pretensión de inconstitucionalidad —distinta en su fundamento material a los procesos de amparo y hábeas corpus—, no puede examinarse la constitucionalidad de hechos que no son reales (en tanto son planteados presuntivamente), e incluso si lo fueran, serían objeto de procesos de diferente naturaleza al de inconstitucionalidad (auto de 5-VII-2007, Inc. 56-2007).

Así, la apuntada *intención malévola de posibilitar un monopolio a favor de una empresa determinada, mediante la intervención del Viceministerio de Transporte*, no es más que una mera conjetura formulada por la actora acerca de las *posibles consecuencias que, a su particular criterio, podría desencadenar la aplicación de la normativa impugnada*; pero que no pueden colegirse directamente del contenido jurídico de dichas disposiciones.

En ese sentido, visto que la inconstitucionalidad invocada se basa en hechos hipotéticos que no muestran una confrontación normativa en abstracto con disposiciones de la Constitución, sino que solamente revela inquietudes de la solicitante en cuanto a las posibilidades que podría suscitar la aplicación del

precepto reglamentario impugnado, pero que no pueden colegirse de su contenido material: resulta jurídicamente imposible practicar el análisis constitucional requerido, debiendo declarar improcedente el asunto.

3. Habiéndose determinado que todos los puntos de la pretensión planteada muestran vicios no subsanables, por lo que serán declarados improcedentes, y por ende, se finalizará el presente proceso, no existe motivo alguno para decretar la medida cautelar requerida, debiendo declararse sin lugar dicha solicitud”. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 176-2013, fecha de la resolución: 09/04/2014.*

## CONCESIÓN DEMANIAL

### JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS CONCESIONES

“A La jurisprudencia de este tribunal ha señalado —como cita, en la Inc. 28-2008, precitada— que 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. En tal caso, se usa la concesión para incorporar a los particulares en la realización de dichas actividades.

En ese sentido, se entiende por *concesión* el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, 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 de 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.

Se ha indicado también en la jurisprudencia reseñada que la concesión tiene un carácter complejo, que 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 normativo por el que se fijan los preceptos 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.

b. Por otra parte, y a efectos del caso en análisis, corresponde relacionar lo determinado en la sentencia citada respecto de la *concesión demanial*, es decir, *para explotar bienes de uso público*. Esta 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 se compatibiliza el interés público de conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación.

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, tal concesión 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.

Lo anterior es confirmado también por el legislador secundario, en el art. 134 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la cual 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: (i) las condiciones básicas de la concesión; y (ii) el plazo de la concesión.

Así, nos encontramos ante una concesión con requisitos agravados, cuya rigurosidad atiende al interés público concernido”.

#### CONCESIÓN LEGISLATIVA

“4. Acotado lo anterior, es preciso referir la especial condición que revelan los bienes de dominio público no destinados al uso público, *pero pertenecientes a la riqueza nacional*. Este tipo de bienes, pese a no estar sujetos al disfrute de toda la colectividad, por el valor económico que reportan, muestran un interés público intensificado.

De tal manera, su resguardo aconseja que se excluyan del régimen ordinario de explotación de los bienes de dominio público que no son de uso público directo, pues, se reitera, reportan un trascendental interés colectivo. Tal grado de interés amerita que sean la colectividad, mediante sus representantes, los que determinen la viabilidad de posibilitar su explotación particular, así como las condiciones concretas bajo las cuales ello ha de llevarse a cabo; circunstancias que se verifican a través de una *concesión legislativa*.

En efecto, para la explotación de los bienes de dominio público que por su valor económico pertenezcan a la riqueza nacional, habrá de observarse el mismo régimen constitucional configurado para los bienes de uso público, debido al intenso interés colectivo que muestra su eventual explotación particular”.

#### AGUAS FREÁTICAS UBICADAS EN INMUEBLES DE PROPIEDAD PRIVADA

“IX. Corresponde ahora referirse a las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada. Así, en primer lugar (1) se determinará qué tipo bien constituyen; y con base en ello, (2) se especificará su régimen de explotación particular; para luego (3) determinar si dicha explotación puede ser objeto de una tasa municipal.

1. A. Según el art. 103 Cn. el subsuelo, y por ende, todos los elementos en él alojados, pertenecen al Estado. De tal forma, no hay lugar a dudas de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño las fuentes freáticas, al estar alojadas en

el subsuelo, pertenecen al Estado; por tanto, se trata de un bien de propiedad estatal.

Sin embargo, el dominio estatal de las aguas freáticas no clarifica por completo su naturaleza, pues hace falta establecer si se trata de un bien de dominio público, de uso público, o de un bien fiscal.

Para dilucidar la cuestión es oportuno mencionar que de la lectura del art. 106 Cn. se colige que *el aprovisionamiento de agua es un asunto de interés público*, cuya procura justifica, incluso, la expropiación sin indemnización previa.

En ese sentido, se advierte que el agua revela un especial interés constitucional, que resulta justificado tomando en consideración *el carácter vital del mencionado líquido*.

B. Tal interés se ve reflejado en la legislación secundaria, pues todos los accidentes geográficos contentivos de agua —según se apuntó en el acápite VII.2 de esta sentencia—, tales como ríos, lagos y lagunas, han sido calificados como *bienes de uso público*, cuyo disfrute pertenece a todos los habitantes, sin distinción.

C. Además, ya se refirió que la determinación de los bienes de uso público se encuentra estrechamente vinculada *con la finalidad que cada uno de estos desempeña*. En el caso del agua, esta cumple una finalidad fundamental, pues se trata de un elemento esencial para la vida, cuyo acceso a la colectividad no debe ser obstaculizado ni puesto en peligro.

D. Entonces, al combinar la regulación constitucional del agua —esto es, su propiedad estatal y su interés público—, con su naturaleza material —elemento esencial para la vida—, debe concluirse que *el agua, en principio, es de uso público*. Principalmente las denominadas “aguas públicas”, que son aquellas provenientes de ríos, arroyos, lagunas y lagos; así como las que brotan a causa de una obra pública, las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de uso público y las superficiales que salen del predio en que nacen y se alojan en terrenos de uso público”.

#### FUENTES FREÁTICAS SON BIENES DEL ESTADO, PERO NO DEBEN SER ENTENDIDAS COMO BIENES DEMANIALES

“E. Ahora bien, es preciso considerar que las aguas provenientes de fuentes freáticas *localizadas en inmuebles de propiedad privada* se ubican dentro de las denominadas “aguas privadas”. Estas, materialmente, no están sujetas al *uso público*; pues su acceso está restringido para la colectividad. Entonces, no es viable definir las como bienes demaniales, puesto que, se insiste, su acceso y, por ende, su uso, no está habilitado para todos los habitantes del Estado, sino, por lo general, únicamente para el titular del inmueble concernido.

Sin embargo, pese a que el *disfrute público* de las aguas freáticas se ve condicionado por el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho de propiedad del inmueble que contenga dichas aguas, lo cual particulariza el uso que *efectivamente* soportan, porque el acceso al inmueble y al subsuelo de este, materialmente, suele circunscribirse al titular del inmueble respectivo, ello no debe entenderse como una asignación de dominio de fuentes freáticas a favor del titular del inmueble.

Por el contrario, las aguas de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada siguen siendo de dominio estatal, en tanto forman parte del subsuelo. Así, dichas fuentes tampoco pueden ser objeto apropiación privada, y se entienden fuera del comercio, puesto que siguen siendo un bien del Estado, esencial para toda la colectividad.

De tal forma, es preciso aclarar que si bien el derecho de propiedad sobre un inmueble, en principio, habilita el mero uso —en los términos ya establecidos— de las aguas freáticas, ello no supone que estas formen parte del derecho de propiedad, por considerar que entre las aguas freáticas y la propiedad del terreno superficial exista una relación natural, en virtud de la cual los elementos del subsuelo sean accesorios del suelo superficial, pues la Constitución, al declarar que el subsuelo pertenece al Estado, excluye la posibilidad de tal interpretación.

Y es que el derecho de uso de la propiedad se refiere, principalmente, a la superficie del inmueble, mientras que la legitimación para apropiarse de los materiales contenidos en el suelo se ha reservado al Estado, siendo este el único habilitado para autorizar que los particulares exploten dichos bienes.

F. En conclusión, las aguas denominadas públicas constituyen bienes nacionales de uso público; mientras que las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, si bien son bienes de propiedad estatal, no están afectadas al uso público.

A. En ese sentido, antes de definir el régimen de explotación respectivo, es preciso tener presente las dos formas de utilización de los bienes de uso público: el *uso* y la *explotación*.

a. Como se determinó arriba, tratándose de bienes de *uso público*, el *mero uso* está habilitado, en cuanto sea viable, para todos los habitantes, sin distinción; sin que ello requiera de autorizaciones, y siendo, generalmente, gratuito. Dicho uso *implica la extracción y consumo directo* del agua para la subsistencia u otras labores domésticas propias.

Para el caso de las fuentes freáticas ubicadas en terrenos de propiedad privada, *dicho uso implica, igualmente, la extracción y consumo directo* del agua para la subsistencia u otras labores domésticas del titular del inmueble y el grupo familiar que con él conviva. Enumeración subjetiva que —se insiste— no debe entenderse como una adjudicación del agua a favor de los citados sujetos, sino que deviene de la compatibilidad del dominio público del agua, con el derecho de propiedad de los inmuebles respectivos, a los cuales, cuando son de propiedad privada, no se tiene un acceso libre e igualitario.

Ahora bien, en ambos supuestos —aguas públicas o privadas—, por el carácter esencial para la vida que ostenta el agua, su uso podría estar sujeto a algún tipo de control que sea compatible con los mandatos establecidos en el art. 117 Cn.

b. En lo que respecta a la explotación, ya se indicó que incluye *todas las formas de aprovechamiento y disposición particular*, económicas o no, que toleen los bienes públicos y que excedan del uso *común* del bien. Se trata de una utilización *particular* en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de *explotación privativa*.

Para el específico caso de las aguas públicas y privadas, la explotación incluye la extracción y consumo del agua *para fines que excedan* de las necesi-

dades de sobrevivencia o tareas domésticas del titular del inmueble y su grupo familiar, verbigracia, es explotación extraer el agua para fines industriales u otros relacionados con la comercialización”.

#### RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE EXPLOTACIÓN DE LAS AGUAS PÚBLICAS

“a. Del art. 103 Cn. se colige que, en su calidad de *propietario*, el llamado a *explotar* el subsuelo —en los términos ya delimitados— es el Estado; pero el mismo tenor constitucional habilita su explotación mediante la intervención privada. Con todo, los recursos naturales ahí contenidos son riqueza nacional y le pertenecen al Estado; por tanto, la explotación efectuada por un particular deberá estar exhaustivamente regulada, y en virtud de una *concesión*.

b. Asimismo, cuando se trate de aguas —superficiales o freáticas— alojadas en un bien de *uso público*, como se apuntó en el acápite VIII.3 de esta resolución, la concesión concernida *debe ser acordada por la propia Asamblea Legislativa de manera singular y con determinados contenidos materiales*, pues para tal caso, los arts. 103 y 233 Cn. son complementarios; ello, dado el carácter político-económico fundamental de la “*autorización*” legislativa y por la función de garantía que ella cumple: la protección de los intereses económicos nacionales involucrados en los “bienes de uso público”.

Y es que, en lo que atañe a los objetos de uso público —obras materiales y bienes inmuebles de uso público (arts. 120 y 233 Cn.)— la Constitución establece requisitos agravados, puesto que se trata de afectar bienes cuyo disfrute está al alcance de toda la colectividad, el cual se verá mermado por una concesión para su explotación. Entonces, partiendo de la naturaleza del objeto de la concesión, es válido extender las exigencias previstas para las obras materiales y los bienes inmuebles de uso público al resto de bienes de uso público”.

LA CONSTITUCIÓN NO EXIGE QUE PARA LA EXPLOTACIÓN DE LAS FUENTES FREÁTICAS UBICADAS EN INMUEBLES DE DOMINIO PRIVADO SE APLIQUE EL RÉGIMEN CONCESIONARIO PREVISTO EN SU ART. 120

“C. En cambio, cuando se trate de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, debe considerarse que, si bien recae sobre un elemento de dominio estatal vinculado con el interés social, no es de uso público. Por lo tanto, su explotación o utilización privativa no restringe directamente el disfrute colectivo, pues no se gozaba de este.

En efecto, en este supuesto, no obstante se exige la intervención de la Asamblea Legislativa, no se requiere la observancia de los requisitos arriba aludidos, pues afecta objetos de naturaleza distinta, para los que la Constitución ha establecido un régimen concesionario diferenciado.

En ese orden, nos encontramos ante la explotación de un recurso natural renovable esencial para múltiples procesos industriales; recurso respecto del cual existen funciones en materia de recursos naturales conferidas a la Administración; la cual, a su vez, muestra mayor flexibilidad de actuación en relación con la intervención de la Asamblea Legislativa.

Además, en este caso, a diferencia de los bienes de uso público, no media una exigencia constitucional expresa de que la autorización sea emitida directa y singularmente por el legislador.

Con base en tales premisas puede colegirse que para la explotación de las aguas freáticas alojadas en terrenos de propiedad privada es válida la concesión administrativa.

Por tanto, la concesión correspondiente podrá otorgarse por la autoridad administrativa habilitada por la Asamblea Legislativa, en los términos establecidos por esta mediante una ley marco, cuyo contenido deberá satisfacer la regulación referida a los requisitos, condiciones, plazos y finalidades de las concesiones.

En conclusión, la Constitución no exige que para la explotación de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de dominio privado se aplique el régimen concesionario previsto en su art. 120”.

#### CONCESIÓN DE LAS AGUAS FREÁTICAS COMO MEDIO DE PRESERVAR LA INTEGRIDAD DEL AMBIENTE REQUERIDA AL ESTADO

“D. Ahora bien, con independencia del tipo de concesión requerida, que dependerá de la naturaleza del bien del que se trate; en virtud de lo establecido por las disposiciones constitucionales precedentes, *siempre es preciso que medie una concesión*.

Y es que, tal figura —la concesión— propicia el cumplimiento de los mandatos de protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración y sustitución de los recursos naturales contemplados en el art. 117 Cn.

Así, esta Sala ya ha determinado —verbigracia, sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004— que la preservación de la integridad del ambiente requerida al Estado origina lo siguiente:

a. La adopción de una función preventiva, por la cual, la salvaguardia medioambiental inicia con una actividad de vigilancia y control sobre la utilización de los recursos naturales. Ello “puede concretarse en otorgar la concesión para determinadas actividades o para la utilización de bienes de dominio público, en las oportunas autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades o utilización de bienes privados, o en la revisión de concesiones o autorizaciones previamente concedidas para adaptarlas a las exigencias de la planificación medioambiental actual” —Inc. 37-2004—.

b. Además, en la jurisprudencia referida ya se estableció que la protección del ambiente —del cual es parte esencial el recurso hídrico freático— constituye un derecho fundamental, cuya tutela incide en el quehacer legislativo, la actividad judicial y la actuación de las autoridades administrativas.

c. Asimismo, dado que el derecho fundamental al ambiente no es absoluto, porque su ejercicio entra en potencial colisión con el ejercicio de otros derechos o con la promoción de intereses y bienes que también reciben protección del orden jurídico, corresponde al Estado fijar el grado de adecuación pertinente de tales bienes, en cada momento y según las posibilidades concretas de la sociedad.

En corolario —se ha indicado en la jurisprudencia en mención—, el disfrute del ambiente se ha de realizar en las condiciones fijadas por el legislador, pues



recaerá sobre los bienes ambientales cuya calidad depende de la acción de los poderes públicos, quienes establecerán límites que atiendan, precisamente, a la necesidad de preservar y proteger el ambiente adecuado.

d. En efecto, “la constitucionalización del ambiente, además de consagrar un derecho subjetivo —con todas las potestades que le son inherentes—, encarga a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales y defender y restaurar el medio ambiente. Esta proclamación constitucional del derecho objetivo se proyecta en la orientación última de la política ambiental, y en los principios ambientales derivados de la Constitución” —Inc. 37-2004, precitada—.

De tal manera, el art. 117 Cn. genera en los poderes públicos obligaciones de hacer; debiendo desplegar una actividad para mejorar constantemente los bienes ambientales y preservarlos para el individuo. Para lo cual es preciso limitar, paralelamente, el ejercicio y el despliegue mismo de la autonomía individual en cuanto al goce. De manera que la vertiente prestacional del derecho justifica la limitación de su ejercicio como derecho de libertad.

e. En conclusión, tales actuaciones requieren de la intervención legislativa correspondiente; en cuya virtud se establezca el marco normativo en el que se indiquen las autoridades competentes, los requisitos, las cuantías, los términos y demás condiciones que posibiliten el cumplimiento de los mandatos establecidos en el art. 117 Cn., para el caso en análisis, en relación con la explotación de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada. Regulación dentro de la cual es imprescindible la configuración legislativa de las respectivas concesiones”.

#### LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA A PARTIR DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y GEOTÉRMICOS NECESITA UNA CONCESIÓN LEGISLATIVA

“X. 1. Acotado lo anterior en cuanto al régimen constitucional de explotación de los distintos bienes del Estado, esta Sala considera necesario referirse al alcance prescriptivo e interpretativo de lo resuelto en la precitada Inc. 28-2008, ello, por la relación —y distinción— que guarda con lo examinado y decidido en el presente proceso constitucional.

Así, es preciso señalar que en la Inc. 28-2008, esta Sala examinó —según se consignó en el texto de dicha resolución— “la potestad de otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos”; lo cual, en aquel caso, implicaba la concurrencia de “la obra pública y el servicio público, junto con el dominio público”.

2. Por tanto, el régimen jurídico constitucional ahí declarado se refería al supuesto que se examinaba, y las consideraciones jurídicas ahí efectuadas se dirigían a resolver el caso concreto, por lo que son aplicables a dicho caso, o, en virtud del principio de *stare decisis* (estarse a lo resuelto, o autoprecedente) a un supuesto igual al dirimido en esa ocasión.

Entonces, los requisitos temporales, subjetivos y materiales ahí establecidos, *no deben interpretarse como el régimen general de explotación de los bienes del Estado, y tampoco como el régimen concesionario requerido para la explotación*

*de todos los bienes de dominio público; pues entre dichos bienes existen grandes diferencias, por lo que su explotación amerita distintos regímenes jurídicos constitucionales, como se ha consignado en el considerando precedente de esta sentencia.*

3. Así, esta Sala, a fin de zanjar cualquier duda interpretativa a partir de la cual se asuman los postulados anotados en la sentencia pronunciada en la Inc. 28-2008 como parámetros para propiciar la explotación de cualquier bien de dominio público, y no únicamente para el caso que se analizaba; y, reconociendo el carácter hermenéutico constitucional que ostentan sus resoluciones, considera oportuno efectuar algunas precisiones en cuanto a lo establecido en la aludida Inc. 28-2008 y en el caso que nos ocupa.

La Inc. 28-2008 estableció *que para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos* era necesaria una concesión legislativa. Ello, porque se trataba de la explotación de un bien de dominio público cuyo fin era la generación de energía eléctrica. Elemento este —la energía eléctrica— que, a su vez, aparecía asociado con el servicio público de abastecimiento energía eléctrica. Tal energía, además, es una fuente de riqueza, por el valor económico que muestra.

De tal forma, en aquel caso se analizaba la explotación de un recurso perteneciente al dominio público, asociado a un servicio público y que, por su valor económico encajaba en el concepto de riqueza nacional. La confluencia de tales circunstancias imponen la rigurosidad de su régimen de explotación, que requiere la concesión legislativa.

En el caso en análisis, en cambio, se ha analizado el régimen constitucional de uso y explotación de un bien de dominio público que, en sí mismo, está fuera del comercio, por ser esencial para la vida humana; bien al que, por su esencialidad vital, no puede asignársele valor económico, ni ubicarse dentro de la riqueza nacional. Pero por esa misma función esencial para la vida humana, la preservación del medio natural y para múltiples procesos industriales, su explotación debe estar sujeta a los controles requeridos para garantizar su protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución, según lo dispuesto por el art. 117 Cn.

4. Entonces, se advierte que los supuestos analizados en el presente proceso constitucional y en la mencionada sentencia no son coincidentes, por lo que los requisitos establecidos en la Inc. 28-2008 no pueden trasladarse íntegramente a este proceso, ni a otros supuestos que no sean iguales al resuelto en el referido proceso constitucional.

De manera tal que, las diferencias en los regímenes constitucionales de explotación establecidos en uno y otro caso no implican soslayar ni cambiar el criterio jurisprudencial sentado en la Inc. 28-2008, sino que se trata del análisis de supuestos que, pese a referirse a bienes de dominio público, muestran particularidades propias entre sí ya que recaen sobre diversos tipos de bienes.

XI. 1.A. Según el art. 131 ord. 5° Cn. corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa *reformular y derogar las leyes secundarias*. Así, el precepto constitucional citado contempla una competencia legislativa *general* a favor del aludido ente.

Lo anterior, a su vez, se fundamenta en la idea de distribución de competencias en tres órganos fundamentales: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; de manera que surge una zona de *reserva* de cada órgano, que comprende un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro; hay, así, una zona de *reserva de ley* —que corresponde a la Asamblea Legislativa—; una zona de reserva de la administración —o del Ejecutivo—; y una zona de reserva judicial (sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98).

De entre los referidos órganos, al Órgano Legislativo se le concibe como el “*órgano de representación del pueblo*” (art. 125 Cn.), “bajo el supuesto de que todos los ciudadanos, mediante el ejercicio del sufragio, le delegan la potestad principal de emitir la normatividad que habrá de vincular a la generalidad” (Inc. 19-98, ya citada).

B. Ahora bien, la existencia de un área de reserva de ley significa *que hay un conjunto de materias que, por mandato constitucional, deben ser reguladas exclusivamente por la Asamblea Legislativa*. Por tanto, no implica que la Asamblea Legislativa sea el único órgano del Estado con competencia para dictar normas, puesto que existen otros órganos y entes públicos a los que la Constitución y el ordenamiento jurídico también reconocen potestad normativa (sentencia de 26-VI-2009, Inc. 26-2008).

En este contexto, la reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertas esferas de especial interés para los ciudadanos. Y es así como a partir del art. 131 ord. 5° Cn., la Asamblea Legislativa está llamada a regular diferentes ámbitos jurídicos *a través de leyes secundarias* —es decir, leyes en sentido estricto—, y es la única autoridad habilitada constitucionalmente para reformar, derogar e interpretar ese tipo de instrumentos normativos.

2. De tal forma, en materia tributaria, la reserva de ley 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).

Entonces, el reparto de la carga tributaria dependerá del órgano estatal que, por los principios que rigen su organización y funcionamiento, asegura de mejor manera la conciliación de intereses contrapuestos en dicho reparto —sentencia de 22-V-2013, Inc. 25-2009—.

EXPLOTACIÓN DE AGUAS FREÁTICAS UBICADAS EN INMUEBLES DE PROPIEDAD PRIVADA NO SE ENCUENTRA DENTRO DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES; POR TANTO, NO PUEDE ESTAR SUJETA AL COBRO DE UNA TASA MUNICIPAL

“XII. Habiendo abordado los tópicos relacionados con lo expuesto por los intervinientes en el presente proceso, y con base en ello, corresponde dirimir lo planteado ante este tribunal. Así, se controvierte si la utilización de agua con fines industriales o comerciales es *viable para figurar como la contraprestación del gravamen impugnado*; o si, al no serlo, el tributo concernido constituye un impuesto, especie fiscal que no puede ser configurada por una municipalidad, por lo que se ha quebrantado el principio de reserva de ley en materia tributaria.

1. Para dilucidar lo anterior es preciso analizar el contenido normativo de la disposición impugnada.

Así, nota este tribunal que el precepto en cuestión contempla varios mandatos, pero solo se ha impugnado el que determina que las empresas o industrias que utilicen el recurso hídrico extraído a través de pozos ubicados en su propiedad, tendrán que pagar \$ 0.35 a la comuna respectiva, por la extracción de cada metro cúbico de agua. Sin embargo, las demás normas contenidas en el objeto de control dependen de la primera, por lo que, en caso de declararse la inconstitucionalidad del cobro impugnado, todo lo demás previsto en el artículo participaría de la misma inconstitucionalidad.

En ese sentido, se advierte que el mandato objetado efectivamente contempla un tributo, pues supone el pago obligatorio de una cantidad de dinero a favor de la municipalidad. Dicho tributo tiene como hecho generador la extracción de agua de pozos ubicados en las propiedades de los sujetos obligados, con fines industriales o comerciales. Luego, la base imponible es cada metro cúbico extraído.

De tal forma, el hecho generador respectivo es la extracción, con fines industriales o comerciales, de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad de los sujetos pasivos del tributo. Por tanto, el hecho generador es la explotación de fuentes freáticas alojadas en inmuebles de propiedad privada.

2. Ahora bien, como se ha reiterado a lo largo de esta sentencia, el punto medular a dirimir en este proceso es si el hecho generador del tributo analizado puede justificar o no el cobro de una tasa, o si, por el contrario, constituye un impuesto.

A. Sobre ello, se han incorporado los siguientes argumentos:

a. El peticionario alegó que la extracción de agua con fines industriales la ejecutan los obligados al pago del tributo, y no la municipalidad; por tanto, no se está ante una tasa sino ante un impuesto.

b. El Fiscal General de la República concordó con el actor, pues sostuvo que el tributo analizado *no es una tasa*, porque, si bien los mantos acuíferos se encuentran en el territorio de la municipalidad, *no son explotados directamente por la alcaldía, ni el agua que se extrae es directamente llevada por la municipalidad a los usuarios*.

c. En cambio, la comuna expuso que la disposición impugnada regula *un bien nacional de uso público*, que puede ser reglamentado por los municipios. Entonces, se trata de una tasa porque las empresas industriales y comerciales utilizan *el recurso hídrico que no les pertenece, con fines comerciales e industriales; reciben una contraprestación directa*, que es precisamente el recurso hídrico extraído de los mantos acuíferos ubicados dentro de la circunscripción territorial del municipio y que les sirve en muchos casos como materia prima en sus procesos de producción.

Por otra parte, la propia autoridad emisora expuso que el precepto impugnado *tiene por objeto que, por parte del sector doméstico e industrial, se propicie un uso y explotación del recurso hídrico razonables; además, regular e implementar medidas tendientes a la protección y preservación de aquel recurso*.

B. Al analizar los alegatos de los intervinientes, este tribunal advierte que, como sostiene la autoridad emisora del objeto de control, *existe una contraprestación para los obligados con el tributo, que consiste en la explotación del recurso hídrico de inmuebles de propiedad privada ubicados en el municipio.*

Sin embargo, también es atendible lo expuesto por el Fiscal General de la República, quien, si bien comparte que la explotación del recurso referido implica un beneficio para quienes se ven favorecidos con ello, *el cobro en cuestión no debería considerarse una tasa, pues no es un servicio prestado por la comuna.*

Por tanto, verificada la existencia de un beneficio en relación con el tributo analizado, corresponde determinar si tal beneficio puede figurar como la contraprestación de una tasa.

C. En ese sentido, según se apuntó en el acápite VI. 3. A. a. de esta sentencia, en virtud de la potestad tributaria municipal, la contraprestación de una tasa debe consistir en una acción que el municipio realiza a favor del sujeto obligado al pago, pero la comuna debe encontrarse habilitada para realizar dicha acción, como consecuencia de sus competencias previamente establecidas por la ley. Entonces, la contraprestación proporcionada por los municipios, que implica el hecho generador de una tasa, debe estar circunscrita en las competencias municipales.

Así, en la jurisprudencia reseñada a lo largo de esta sentencia ya se estableció que los municipios no pueden contemplar como contraprestación de una tasa actividades que estén fuera de su competencia —sentencia de 21-VIII-2013, Amp. 428-2011—. Por tanto, pese a la autonomía y potestad tributaria municipal en materia de tasas, tienen vedado el ofrecimiento, otorgamiento y cobro en relación con una tasa cuyo hecho generador esté fuera de las competencias municipales.

D. De tal manera, corresponde determinar si la explotación de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada es una contraprestación que puede brindar la municipalidad.

Para dirimir tal circunstancia es preciso relacionar sucintamente lo apuntado en apartados precedentes, especialmente, en el considerando IX de esta sentencia.

a. Primeramente, conviene recordar que ya se determinó que según el art. 103 Cn. el subsuelo y todos los elementos en él alojados, pertenecen al Estado; por tanto, las fuentes freáticas pertenecen al Estado y constituyen un bien de propiedad estatal.

b. También se estableció ya que las aguas provenientes de fuentes freáticas localizadas en inmuebles de propiedad privada materialmente no están sujetas al uso público; pues su acceso está restringido para la colectividad en virtud de otros derechos tales como la propiedad privada. Sin embargo, pese a que el disfrute público de las aguas freáticas se ve condicionado, ello no debe entenderse como una asignación de dominio de fuentes freáticas a favor del titular del inmueble.

Por el contrario, las aguas de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada siguen siendo de dominio estatal, en tanto forman parte del subsuelo. Así, dichas fuentes tampoco pueden ser objeto apropiación privada y

se entienden fuera del comercio, puesto que siguen siendo un bien del Estado, esencial para toda la colectividad.

c. En lo que al régimen constitucional de explotación atañe, ya se acotó que del art. 103 Cn. se colige que, en su calidad de *propietario*, el llamado a *explotar* el subsuelo —en los términos ya delimitados— es el Estado, pero el mismo texto constitucional habilita su explotación mediante la intervención privada. Con todo, los recursos naturales ahí contenidos son riqueza nacional y le pertenecen al Estado; por tanto, la explotación efectuada por un particular deberá estar exhaustivamente regulada, y *en virtud de una concesión*.

d. Asimismo, se indicó que las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, pese a constituir bienes de dominio estatal vinculado con el interés social, no son de uso público.

Además, se apuntó ya que se trata de la explotación de un recurso natural renovable esencial para múltiples procesos industriales; elemento respecto del cual existen funciones en materia de recursos naturales conferidas a la Administración.

Entonces, la concesión para la explotación de la citadas fuentes freáticas podrá otorgarse por la autoridad administrativa habilitada por la Asamblea Legislativa, en los términos establecidos por esta mediante una ley marco, cuyo contenido deberá satisfacer la regulación referida a los requisitos, plazos, condiciones y finalidades de la concesión.

e. Igualmente, debe reiterarse que en este caso se analiza la explotación de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, entendiendo por tal todas las formas de aprovechamiento y disposición particular, económicas o no, que tolere dicho recurso y que exceda del uso común. De manera que se trata de una utilización particular en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de explotación privativa, que incluye la extracción y consumo del agua para fines que excedan de las necesidades de sobrevivencia o tareas domésticas del titular del inmueble y su grupo familiar, verbigracia, es explotación extraer el agua para fines industriales u otros relacionados con la comercialización.

f. Por tanto, con base en lo expuesto en este apartado, es de concluir que la explotación de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada no se encuentra dentro de las competencias municipales; por tanto, no puede estar sujeta al cobro de una tasa municipal.

Por el contrario, dicha explotación debe ser autorizada a través de una concesión; la cual, a su vez, ha de ser otorgada por la autoridad designada y en los términos plenamente establecidos por una ley en sentido formal, es decir, una ley emitida por la Asamblea Legislativa.

Consecuentemente, la configuración del tributo impugnado por parte de la comuna correspondiente ha excedido la potestad tributaria municipal y quebrantado el principio de reserva de ley en materia tributaria; pues dicho tributo no encaja en la categoría de una tasa, en tanto que no incluye una actuación particular ejecutada por la municipalidad en beneficio del obligado al pago, sino que se muestra como un tributo *desvinculado del ente emisor*, que, por tal razón, encuadraría más en el carácter de un impuesto. Tipo de gravamen que no puede ser configurado por la municipalidad.

Por tanto, el precepto municipal impugnado debe ser declarado inconstitucional y expulsado del ordenamiento jurídico.

Como se ha apuntado a lo largo de esta sentencia, la Constitución establece un régimen para la explotación del subsuelo, que gira en torno a la figura de la concesión.

Para el caso en análisis, se determinó que basta con una concesión administrativa, no así cuando se trata de concesionar bienes de *uso público*, para los cuales se exige una concesión legislativa.

Al margen de tal requisito, el precepto impugnado grava la explotación de fuentes freáticas por parte de los titulares de los inmuebles que les contienen, lo cual no puede ser objeto de una tasa municipal. Sin embargo, tal situación revela otro proceder contrario a la Constitución, puesto que tácitamente asume que lo particulares, sin mediar una concesión a su favor, exploten el recurso hídrico de los inmuebles bajo su dominio. Circunstancia que, por las razones consignadas en esta sentencia, atenta contra múltiples preceptos constitucionales.

En ese sentido, este tribunal, como garante último de la Constitución, no puede omitir señalar la inconstitucionalidad de la situación referida; es decir, debe establecerse en esta sentencia que la Constitución instituye que el subsuelo, y por ende todos los elementos en él alojados, pertenecen al Estado, siendo este el primer llamado para su explotación. Sin embargo, el propio texto constitucional contempla la posibilidad de que tal explotación se verifique por los particulares, pero ello ha de practicarse a través de una concesión. De manera que, a falta de una concesión que habilite la explotación referida, dicha explotación será contraria a la Constitución”.

#### AUSENCIA DE REGULACIÓN DEL RÉGIMEN CONCESIONARIO DE LAS AGUAS FREÁTICAS UBICADAS EN INMUEBLES DE PROPIEDAD PRIVADA

“1. Ahora bien, esta Sala tampoco puede soslayar el hecho de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño *no se ha desarrollado el régimen concesionario de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada*. Por tanto, los particulares titulares de tales inmuebles, interesados en la explotación de las fuentes freáticas alojadas en estos no cuentan con la legislación que señale los mecanismos a seguir para obtener la habilitación concernida.

Entonces, *la situación violatoria de la Constitución advertida en el objeto de control se ha potenciado en razón de la carencia de la normativa secundaria acerca de la cuestión*. Por lo que dicha inconstitucionalidad no es atribuible a los particulares que exploten directamente los recursos hídricos alojados en el subsuelo de los bienes de cuya superficie son titulares. Pero ello no niega que dicha explotación, en las condiciones actuales, sea inconstitucional.

3. En ese sentido, esta Sala estima necesario efectuar algunas consideraciones relacionadas con los efectos que los pronunciamientos de este tribunal generan en la realidad y su vinculación con su eficacia, y como consecuencia de ello, la modulación de los primeros y las acciones encaminadas a garantizar la aplicación del fallo.

A. En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ya ha establecido —como cita, en la precitada Inc. 28-2008— que desde el punto de vista constitucional no

pueden eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener la invalidación de una disposición o cuerpo legal sobre situaciones o sujetos cuyo ámbito de regulación abarca la norma que se declara inconstitucional.

De manera que, siendo esta Sala el último intérprete de la Constitución, es preciso que además de emitir el pronunciamiento, module sus efectos —cuando ello sea necesario— y procure su eficacia; acciones estas garantes del pleno respeto a la Constitución.

B. a Así, en el proceso de inconstitucionalidad, la actividad del tribunal se orienta a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la norma fundamental. Y es que, si la Constitución como fundamento y pilar sobre el cual se sostiene el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico no se hace efectiva, cumpliendo con sus preceptos de acuerdo con la exégesis que de estos hace su máximo intérprete, ello se convierte en un menoscabo que afecta al sistema jurídico en conjunto.

Consecuentemente, un tribunal o sala constitucional puede modular de diversas formas los efectos de sus sentencias, de acuerdo con el análisis que de las disposiciones constitucionales o legales se ha efectuado en el pronunciamiento y las consecuencias que este pudiera generar en el entorno social al que afecta, garantizando al mismo tiempo la efectividad de sus decisiones en cuanto a la interpretación de la Constitución y de las leyes.

b. En el caso particular, el principal efecto del fallo a emitir radica en la expulsión de la disposición impugnada del ordenamiento jurídico, puesto que el tributo impugnado no se ajusta a la figura de una tasa municipal, en tanto que carece de una contraprestación brindada por la comuna, ya que la autorización para la explotación de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada no se encuentra dentro de las competencias municipales, pues ello debe verificarse a través de una concesión que observe los requisitos legales establecidos para tal efecto.

Ahora bien, respecto de lo anterior, es oportuno aclarar que, tal como se indicó en la sentencia de 4-V-2011, Inc. 61-2005, “la inconstitucionalidad del objeto de control no genera la obligación de devolver las tributaciones obtenidas durante su vigencia, pues la inconstitucionalidad no equivale a nulidad; mientras que, por otra parte, aquellos tributos que no han sido cancelados, y cuyos hechos generadores han acontecido en la realidad, no podrán ser llevados a acciones de cobro por el sujeto activo de la relación tributaria”.

c. En ese orden, como efecto secundario del fallo a pronunciar, encontramos la *inconstitucionalidad de la explotación de las fuentes freáticas alojadas en inmuebles de propiedad privada verificada por los particulares titulares de dichos inmuebles*, los cuales carecen de la autorización que dicha actividad amerita. Pero quienes tampoco cuentan con los medios para solicitar y, eventualmente, obtener dicha autorización, ya que la Asamblea Legislativa *no ha regulado la cuestión*.

En ese sentido, en esta sentencia se ha declarado la atribución de la Asamblea Legislativa de regular las condiciones en que ha de verificarse la concesión para la explotación del recurso en comento. Lo cual no implica que este tribunal le esté confiriendo y ordenando tal atribución a la Asamblea Legislativa, sino que



es la propia Constitución la que ya definió que la explotación referida deba ser precedida por una concesión, y que dicha concesión deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en una ley marco emitida por la Asamblea Legislativa. Ley que, además, deberá estar inspirada en los deberes estatales relacionados con la protección del ambiente, consignados en el acápite XII.2.D de esta sentencia.

C. Así, como se apuntó en la sentencia de 5-V-2012, 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, la explotación de las fuentes freáticas a las que se refiere la disposición impugnada se realiza sin tener habilitación legal para ello, pues no se han otorgado las concesiones correspondientes; sin embargo, como ya fue acotado, esta Sala 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 las actividades en la que esté concernida la explotación de aguas privadas, este tribunal añade que, además del efecto principal de esta sentencia, las actividades de explotación que se hayan instaurado antes de este proveído jurisdiccional y las que en lo sucesivo puedan implementarse, podrán seguir ejecutándose, *hasta que la Asamblea Legislativa emita la ley marco en la que establezca la autoridad, condiciones, término y fines bajo las que han de otorgarse las concesiones para la explotación de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada.*

D.En atención a lo expuesto y en aras de asegurar el respeto a los preceptos constitucionales y la plena protección del interés general, sin que por ello se vulneren los derechos de los particulares que de buena fe hayan adquirido la infraestructura necesaria para la explotación de fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de los que son titulares, y que, además, de dicha explotación dependan sus actividades industriales o comerciales, al momento de establecer la legislación necesaria para autorizar dicha explotación, si la Asamblea Legislativa lo considera oportuno, podrá dar prioridad a dichos particulares en el otorgamiento de las concesiones respectivas”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2009, fecha de la resolución: 30/07/2014.*

## CONTROL CONSTITUCIONAL

ACTOS CONSIDERADOS MATERIALMENTE ADMINISTRATIVOS, PERO QUE ADOPTAN LA FORMA DE DECRETOS LEGISLATIVOS PUEDEN SER OBJETO DE CONTROL

“1. A. El control realizado por esta Sala en el proceso de inconstitucionalidad es un control de la validez formal (competencia y procedimiento) y material (contenido) de las disposiciones jurídicas que desarrollan la Constitución. Dicho de otra forma, se trata de un control sobre la regularidad jurídica de la normativa subordinada o emitida con base en la Constitución; regularidad entendida como correspondencia entre el grado superior del ordenamiento (la Constitución) y el

grado inferior (la legislación secundaria y los actos de aplicación directa de la Ley Primaria).

El principio de supremacía constitucional exige que el control de regularidad o de validez jurídica del proceso de inconstitucionalidad (que ha sido instaurado como garantía del respeto pleno a todas las normas contenidas en la Constitución) se aplique también a los actos individuales y concretos, precisamente porque su régimen de producción o las normas para realizarlos están determinadas en la propia Constitución. Esto significa que *lo relevante para definir el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad no es la materia —legislativa, administrativa o jurisdiccional— del acto impugnado, sino la existencia de normas constitucionales que establezcan las condiciones o requisitos de dicho acto, es decir, que funcionen como parámetros de su validez*. Por ello, incluso los actos que pudieran considerarse materialmente administrativos, pero que adoptan la forma de decretos legislativos, deben ser controlados mediante el proceso de inconstitucionalidad, pues de lo contrario, se estaría renunciando a garantizar la eficacia de las normas constitucionales que regulan dichos actos”.

#### ELECCIONES DE SEGUNDO GRADO NO CORRESPONDEN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

“B. El argumento de la Asamblea Legislativa, de que al excluir dichos actos del proceso de inconstitucionalidad no se estarían dejando “espacios o actos fuera de control”, porque “existe otra Sala, con jurisdicción y competencia”, es un argumento equivocado, por varias razones. Primero, porque asume que en el presente caso se trata de “actos administrativos” y que la “otra Sala” tiene competencia para conocer sobre su regularidad jurídica. Dicha premisa es incorrecta, porque las elecciones de segundo grado son actos típicos de ejercicio de la representación política, en los que se concreta la delegación de la soberanía popular, para la configuración subjetiva del gobierno, de modo que corresponden a actos cuyo control, según el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, “No corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa: a) Los actos políticos o de gobierno”. Y segundo, porque aunque todos los jueces están vinculados a la Constitución y deben garantizar su eficacia (art. 172 inc. 3° Cn.), ello no puede implicar un desplazamiento o interferencia en la competencia especializada y exclusiva que corresponde a esta Sala (“el único tribunal competente”, art. 183 Cn.) para realizar el control constitucional de manera general y obligatoria, tal como se dijo en la Inaplicación de 13-VIII-2013, Inc. 77-2013”.

#### PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL CONTROL DE ACTOS CONCRETOS PREVIOS A LA INTEGRACIÓN DE LA ACTUAL SALA DE LO CONSTITUCIONAL

“De igual manera es *equivocada y ajena a la realidad* la afirmación de que la integración actual de la Sala de lo Constitucional es la que ha extendido su competencia hacia el control de actos concretos en el proceso de inconstitucionalidad. En la admisión del presente proceso se citó la resolución de 13-XI-1997, Inc. 6-93, que se refiere a una Sentencia de 16-I-1952, Inc. 3-51, *hace más de*

*sesenta y dos años*, en la que la CSJ admitió como objeto de control de este tipo de procesos, un acto de revocación de una concesión administrativa. Además, en la misma resolución de 13-XI-1997 se menciona la Sentencia de 18-XII-1969, Inc. 4-69, *hace más de cuarenta y cuatro años*, en la que la CSJ argumentó que: “no debe dejar de considerarse la posibilidad de que alguna de las actuaciones administrativas que impropriadamente se formalizan como decretos pueda adolecer de vicios o defectos de inconstitucionalidad, cuyas consecuencias para el orden jurídico deben ser evitadas o corregidas. Tal sería, por ejemplo, la designación para un cargo de elección de segundo grado recaída en una persona que no reuniera los requisitos constitucionales exigibles [...] es preciso admitir entonces la procedencia del recurso (*sic*) de inconstitucionalidad como único medio jurídicamente eficaz para restablecer o garantizar “la pureza de la constitucionalidad” [...] En consecuencia, es admisible el control jurisdiccional de toda clase de decretos, inclusive los que solamente lo son en la forma”.

Hay que reconocer que en la misma resolución de 13-XI-1997, Inc. 6-93, se relaciona la Improcedencia de 17-I-1995, Inc. 6-94, que en un sentido distinto, sostuvo que: “el nombramiento de funcionarios públicos por parte de la Asamblea Legislativa, si bien formalmente constituye un acto fruto de la entidad legislativa, no puede considerarse norma legislativa, aunque se la calce con el vocablo “Decreto”. Ahora bien, si no es ley, ni decreto ni reglamento, es un acto del Órgano Legislativo de naturaleza eminentemente política; es decir, un acto político, un acto de soberanía”. Sin embargo, este criterio fue abandonado de manera expresa y razonada en la Inc. 6-93, utilizando el criterio expuesto en el apartado anterior, al sostener que: “el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad no debe restringirse a reglas de carácter general y abstracto producidas por los órganos legisferantes, sino que [...] debe ampliarse y hacerse extensivo a actos concretos que se realizan en aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional [...] Y es que, si se trata de un acto concreto cuyo único fundamento normativo es la Constitución, el ejercicio de la atribución y competencia en la producción de dicho acto, sólo tiene como parámetro de control los límites -formales, materiales o genérico-valorativos- que establece la Constitución de la República”.

Siguiendo ese criterio, en la Sentencia de 1-XII-1998, Inc. 16-98, la integración respectiva de este tribunal dijo que: “a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia le corresponde conocer de toda inconstitucionalidad que se origine en un acto jurídico, emanado de cualquier órgano fundamental o no fundamental del Estado, o autoridad, independientemente de su naturaleza [...] para hacer prevalecer la supremacía de los preceptos constitucionales, establecida en el art. 246 inc. 2° Cn”. Pero más específicamente, en la resolución de 30-III-2000, Inc. 2-99 –hace más de catorce años–, se determinó que: “las elecciones de segundo grado [...] son actos políticos de la Asamblea Legislativa cuyo fundamento normativo es la Constitución, y que, en caso de incorrecto ejercicio de tal facultad —es decir, cuando en alguna de tales elecciones se violentara algún elemento del contenido de la Ley Suprema—, la misma Constitución se convierte en parámetro para enjuiciar la legitimidad de dicha elección. En consecuencia, se concluye que este tribunal se encuentra habilitado para conocer en

un proceso de inconstitucionalidad de una demanda que impugne una elección de segundo grado, cuando la misma violente algún elemento del contenido de la Constitución”.

Todos los precedentes citados indican que *la Asamblea Legislativa*, a pesar de haber intervenido como autoridad demandada en algunos de los casos referidos, *desconoce de un modo patente la consolidada jurisprudencia constitucional que —con base en el carácter supremo de la Constitución y aun antes de la existencia de la Sala de lo Constitucional como tribunal especializado—* ha realizado una interpretación funcional, finalista y sistemática del art. 183 Cn., en relación con el art. 246 Cn. Por ello, como se dijo en la admisión de la demanda, dado que para la elección de Magistrados del TSE la Asamblea Legislativa debe dar cumplimiento a la normativa constitucional mediante un decreto legislativo que cumpla con los arts. 131 ord. 19° y 208 Cn., es ineludible que la elección también pueda ser analizada en esta sede jurisdiccional ante posibles abusos o infracción a las disposiciones que delimitan esa competencia. En virtud de que el D. L. n° 87/2009 es producto de la aplicación directa de disposiciones que atribuyen una potestad constitucional condicionada formal y materialmente, corresponde a esta Sala —cuya competencia es fundamentalmente garantizar el respeto a la Constitución— ejercer el control de constitucionalidad sobre dicho acto”.

#### COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PARA ELEGIR FUNCIONARIOS, NO IMPIDE EL EJERCICIO DE CONTROL DE SU VALIDEZ A TRAVÉS DE UN PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

“C. Finalmente, se aclara que la competencia constitucional de la Asamblea Legislativa para elegir dichos funcionarios no puede impedir el ejercicio del control de validez por parte de esta Sala, pues tal como se dijo en la Sentencia de 23-I-2013, Inc. 492011: “las disposiciones que atribuyen competencias operan como prescripciones que autorizan su ejercicio, pero condicionado por el cumplimiento de los elementos materiales y requisitos que la Constitución prescribe para poder actuar. Es decir, y para el caso de la Asamblea Legislativa en concreto, tener habilitada la competencia para elegir funcionarios no debe entenderse como una facultad absoluta que pueda ejercerse con prescindencia de los requisitos que la Constitución establece para cada tipo de institución y funcionario [...] la discrecionalidad para elegir funcionarios públicos en elecciones de segundo grado está circunscrita a personas que reúnen los requisitos establecidos previamente por la Constitución, que no los contradigan abiertamente o que sus señalamientos carezcan de trascendencia para el cargo en cuestión, por lo que no debe estar sujeta a repartos de cuotas partidarias o de otra índole, en que se prescinda de tales exigencias constitucionales

También, se recuerda que en los procesos sujetos a su conocimiento, este tribunal no necesita que la autoridad demandada “avale” o se “adhiera” a los criterios de competencia que se derivan de la Constitución. Si respeta las exigencias mínimas del Estado Constitucional de Derecho, la autoridad demandada en un proceso constitucional —sin necesidad de ninguna especie de aceptación anímica o identificación emotiva de su parte— está obligada a cumplir los fallos

y la jurisprudencia de este tribunal. En otras palabras, dentro de los procesos constitucionales, las decisiones de esta Sala originan un vínculo objetivo de *subordinación* procesal de la autoridad demandada y su disposición subjetiva carece de relevancia para incidir en la fuerza obligatoria de lo resuelto. Por ello, *la Asamblea Legislativa puede extenderse cuanto quiera en su resistencia retórica contra las decisiones de esta Sala, sin que ello disminuya para nada su obligación de acatamiento*”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 18-2014, fecha de la resolución: 13/06/2014.*

CONSTITUCIÓN VINCULA A TODOS LOS SUJETOS DE DERECHO, TANTO PARTICULARES COMO A PODERES PÚBLICOS

“1. Tal como se sostuvo en la resolución pronunciada el día 25-VI-2012, Inc. 23-2012, los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, en tanto instancias que ejercen el control de constitucionalidad de la acción estatal, entre otras funciones están destinados a: (1) dar plena existencia al Estado Constitucional de Derecho; (2) asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución; (3) garantizar la protección de los derechos constitucionales; y (4) preservar en toda circunstancia la defensa de la Constitución.

Por su carácter de norma jurídica fundamental, la Constitución vincula a todos los sujetos de derecho, es decir, tanto a particulares como a los poderes públicos, incluido el Legislativo y sus Diputados, quienes no pueden emitir actos normativos abstractos y concretos o realizar actuaciones contrarias a los contenidos constitucionales. Lo anterior configura la esencia del Estado Constitucional de Derecho.

Así, el control jurídico de constitucionalidad está condicionado por los siguientes presupuestos esenciales: (i) una Constitución con fuerza normativa; (ii) una instancia judicial independiente con facultades decisorias, con efectos obligatorios para todos; (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—”.

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

“2. En relación con lo apuntado, el art. 183 Cn. prescribe que: “[I]a Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.

Al respecto, en el proceso de inconstitucionalidad el control no puede ejercerse exclusivamente sobre las fuentes del Derecho que el art. 183 Cn. establece de modo expreso, es decir, solo sobre “leyes, decretos y reglamentos”. Esta Sala ha interpretado que también tiene competencia para realizar el examen de los actos concretos que se realizan en aplicación directa de la Constitución y que pudieran afectar su contenido (tal como se sostiene desde la resolución de 3-XI-

1997, Inc. 6-93). El argumento para realizar el examen de estos actos se basa en que dicho cuerpo jurídico es el que establece los límites formales y materiales al ejercicio de la competencia para su producción. Dado que *en el ordenamiento jurídico salvadoreño no deben existir zonas exentas de control constitucional, se exige que tales actos queden sometidos a la fiscalización de este Tribunal.*

*Ahora bien, 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 —generales, impersonales y abstractas—, actos de aplicación de las mismas, cuando produzcan un agravio de trascendencia constitucional, así como actos que, sin ser de aplicación directa de la Constitución, sean una derivación conexa con disposiciones de carácter general, y que por tanto también estarán sujetas al control constitucional”.*

#### AUTONOMÍA PARLAMENTARIA ENCUENTRA SUS LÍMITES EN LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

“3. En ese orden, como se dijo en la sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013, resulta pertinente señalar que, según la interpretación de los arts. 174 y 183 Cn., la Sala de lo Constitucional es un órgano jurisdiccional especializado cuya finalidad es controlar, en última instancia, la constitucionalidad de los actos que los órganos estatales emiten en el ejercicio de sus funciones, y excepcionalmente los particulares. En caso de que uno de estos actos transgreda los contenidos de la Constitución, debe ser invalidado para reparar la infracción constitucional.

Por tanto, *aunque la Constitución de la República establece la autonomía parlamentaria para la integración interna del Órgano Legislativo por medio del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa —art. 131 ord. 1° Cn.—, el cual contiene disposiciones y reglas de organización carentes de eficacia jurídica externa y que tienen el carácter de generales, impersonales y abstractas (interna corporis acta), dicho Órgano de Estado y su reglamento encuentran sus límites en los preceptos constitucionales.*

*En consecuencia, esta Sala tiene competencia precisamente para resguardar el respeto a la Constitución y para ejercer el control de constitucionalidad sobre dicho Órgano, así como de toda derivación material o jurídica de este, tal como el AJD n° 1722; por tanto, el argumento de las autoridades demandadas, de los Diputados Propietarios y de la Diputada suplente, es insostenible para cuestionar la competencia de esta Sala, por la supuesta autonomía del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.*

En consecuencia, en este caso concreto la Sala tiene competencia para ejercer el control constitucional, tanto del RIAL como del AJD n° 1722, por la trascendencia constitucional de su contenido y de los efectos de su aplicación”.

#### PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES CONCRETADO POR EL PRINCIPIO STARE DECISIS

“IV. Sobre el carácter vinculante de los precedentes constitucionales, en especial la resolución de 3-II-2010, Amp. 590-2009, invocado por las autoridades demandadas, esta Sala hace las siguientes consideraciones:

1. A. En un Estado Constitucional de Derecho, *la seguridad jurídica y la igualdad* son principios que deben ser respetados por cualquier autoridad pública administrativa, legislativa y judicial. En el caso de las autoridades jurisdiccionales, dichos principios pueden ser optimizados a través de diversos mecanismos, los cuales tienen entre otras funciones, alcanzar *la predictibilidad de las resoluciones judiciales*.

Esta predictibilidad se concreta a partir del principio *stare decisis* (estarse a lo decidido por el tribunal), el cual establece que ante supuestos análogos, la decisión de un Tribunal debe ser igual; es decir, que debe recibir una respuesta jurisdiccional similar, a fin de poder garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica por medio del respeto al precedente o autoprecedente constitucional a través de la jurisprudencia dictada por esta Sala”.

#### FUERZA VINCULANTE DEL AUTOPRECEDENTE

“En ese sentido, del art. 10 L Pr Cn deriva que la declaratoria de inconstitucionalidad de un cuerpo normativo o disposición impugnada tiene los mismos efectos erga omnes (contra todos) que los del objeto de control; es decir, que tiene plenos efectos frente a funcionarios y particulares —resolución de Improcedencia de 7-VII-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 31-2005—.

Así, la jurisprudencia de esta Sala —v.gr. sentencia de 14-I-2000, Inc. 10-94- ha reiterado su postura a favor de la fuerza vinculante del *autoprecedente*; es decir, el originado por el mismo tribunal, que lo obliga a someterse a sus propias decisiones surgidas en los procesos que ha conocido anteriormente, circunstancia que responde tanto al principio *stare decisis*, como al principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn.

B. Sin perjuicio de lo anterior, tal como se sostuvo en la sentencia de fecha 25-VIII-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 1-2010, aunque el precedente —y, de manera más precisa, el autoprecedente— posibilita la precomprensión jurídica de la que parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos. No obstante, para ello se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado —argumentado— con un análisis crítico de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada”.

#### ACLARACIÓN RESPECTO DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA EJERCER EL CONTROL A TRAVÉS DEL PROCESO DE AMPARO Y DE INCONSTITUCIONALIDAD

“2. Con relación a lo anterior, atendiendo a las alegaciones hechas por el demandante y las autoridades demandadas, y por la misma naturaleza de la pretensión, este Tribunal advierte la necesidad de hacer referencia a la resolución de 3-II-2010, Amp. 590-2009, la cual fue pronunciada por la configuración subjetiva actual de esta Sala, *considerándose que los argumentos expuestos en dicha providencia judicial fueron los pertinentes para resolver el problema jurídico planteado en tal oportunidad*.

Esta *aclaración* se realiza porque las autoridades demandadas expusieron que esta Sala había resuelto una controversia jurídica semejante al *caso sub iudice* —

refiriéndose a la Improcedencia de 3-II-2010, Amp. 590-2009—. Empero, al analizar integralmente lo resuelto en dicha oportunidad, se concluye que los argumentos *expuestos no tienen una vinculación objetiva con la confrontación normativa que se resuelve en esta sentencia.*

La anterior aclaración se fundamenta en diversas diferencias entre el proceso de amparo y el de inconstitucionalidad. Primero, respecto del objeto de control en el amparo antes relacionado, se pretendió que esta Sala conociera del agravio que ocasionaba el contenido material del: (a) acuerdo número 389, de fecha 31-X-2009, emitido por la Asamblea Legislativa, mediante el cual se reformó el Protocolo de Entendimientos de la Legislatura 2009-2012; y (b) el acuerdo número 428, de fecha 6-XI-2009, promulgado por dicha autoridad, a través del que se reformó el acuerdo legislativo número 389. En cambio, en el presente proceso de inconstitucionalidad, se busca juzgar la regularidad jurídica del art. 34 inc. 2° RIAL y el AJD n° 1722, este último objeto de control, que si bien es un acuerdo de la Junta Directa de la Asamblea Legislativa, *por conexión es una derivación de la norma reglamentaria antes citada.*

En segundo lugar, considerando los tipos de control, el amparo es catalogado como un proceso de tutela constitucional concreta, pues sus presupuestos procesales de procedencia requieren vincular el agravio con alguna esfera de autonomía subjetiva reconocida por la Constitución como derecho fundamental; por el contrario, en los procesos de inconstitucionalidad, dada su naturaleza abstracta, es indiferente la afectación subjetiva en la esfera de derechos del pretensor. En ese orden de ideas, el precedente en análisis, no reflejaba la existencia de algún agravio de trascendencia constitucional de carácter individual para los peticionarios, lo cual se contrapone a la necesidad de contrastar la existencia de un agravio abstracto a la Constitución, propia del proceso de inconstitucionalidad como el presente.

En tercer lugar, como una derivación de lo anterior, debe hacerse alusión a las causales de improcedencia explicitadas en la resolución de 3-II-2010, Amp. 590-2009; tal referencia es ineludible debido a que *para incoar un proceso de amparo, debe existir —como ya se dijo— un agravio con trascendencia constitucional y quien pretenda iniciarlo debe estar legitimado activamente para ello;* presupuestos que no se cumplieron en dicha oportunidad. Como lo interpretó este Tribunal en el precedente mencionado, el presunto agravio que se quería evidenciar derivaba de la interpretación y aplicación de la regulación infraconstitucional correspondiente (RIAL), lo cual, carecía de trascendencia constitucional al ser un acto de mera legalidad e implicaba invadir las atribuciones que la normativa respectiva había delegado en otros Órganos; *en consecuencia, faltaba un legítimo interés propio, directo y concreto de los peticionarios.*

Todo lo contrario ocurre en el presente proceso, porque al haber una legitimación “popular”, como lo manifiesta la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia de 13-XII-2005, Inc. 58-2003, puede promoverse por los ciudadanos de forma personal —comprobando la calidad de tal mediante la presentación de su Documento Único de Identidad— ya sea en cumplimiento del deber establecido en el art. 73 inc. 1° ord. 2° Cn., o bien en razón de un interés propio y directo; por tanto, *considerando que todo ciudadano está legitimado para iniciar un proceso*



*de inconstitucionalidad en aras de la defensa objetiva de la Constitución, es intrascendente la existencia de un agravio concreto.*

Finalmente, los efectos de un proceso de amparo e inconstitucionalidad son diferentes. En el primer caso, los efectos *inter partes* únicamente generan derechos y obligaciones respecto de las partes procesales y terceros vinculados directamente al objeto del proceso; en cambio, en el control concentrado de constitucionalidad se genera un pronunciamiento de carácter general y obligatorio —*efecto erga omnes* (art. 183 Cn.)—, el cual produce consecuencias jurídicas para todos los poderes públicos y para los ciudadanos.

Con las diferencias antes descritas, puede apreciarse que en el presente caso el objeto de controversia es verificar el contraste internormativo identificado por el demandante y el consiguiente agravio abstracto a la regularidad jurídica constitucional, aspectos que constituyen elementos diferenciadores objetivos que lo convierten en un problema jurídico diferente al que se pretendió someter a control de este Tribunal en el Amp. 590-2009, porque es evidente que *lo que se pretende realizar en esta oportunidad es el control de constitucionalidad de la normativa por medio de la cual se crean grupos parlamentarios* —no realizar una interpretación del RIAL que permite la conformación de grupos parlamentarios— y los efectos derivados de dicha regulación, con la finalidad de restaurar el orden constitucional violentado —y no restablecer un interés propio o individual—.

3. En definitiva, en el precedente se afirmó que esta Sala no es competente para conocer “si los Diputados que dejan de pertenecer a un partido político o grupo parlamentario, se encuentran habilitados para conformar otra fracción política”, *porque se trataba de actos de aplicación de la normativa reguladora del Órgano Legislativo (RIAL), que en esa ocasión no fue impugnado, como sí sucede en este proceso, en el cual la impugnación contra dicha normativa es directa, y el conocimiento del AJD n° 1722, es por conexión; no se trata, entonces, que en el proceso de amparo relacionado esta Sala haya habilitado o reconocido la validez constitucional del traslado de un Diputado a otro grupo parlamentario, sino que sólo se determinó que no es competencia del tribunal verificar la adecuada aplicación de la normativa reglamentaria que rige al Legislativo, en un proceso de amparo.*

Por tanto, se impone la necesidad de controlar toda disposición normativa infraconstitucional que afecte directa o indirectamente la identidad y eficacia material de la posición, incidencia, y estructuración del Órgano Legislativo, desde un punto de vista político electoral en la configuración que fue el resultado auténtico de la voluntad de los votantes al momento de la emisión del sufragio activo”. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 66-2013, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

CONTROLAR VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE UN ACTO NO ESTÁ DETERMINADO POR LA AUSENCIA O PRESENCIA DE UN PARTICULAR POTENCIALMENTE AFECTADO

“1. Respecto a lo primero, hay que aclarar que la “idoneidad” del proceso de inconstitucionalidad para controlar la validez constitucional de un acto no está determinada por la ausencia o presencia de un particular potencialmente

afectado o que pueda considerarse, él mismo, según su valoración subjetiva, vulnerado en sus derechos fundamentales. Los actos normativos, que son los que configuran el objeto de control en este proceso, tienen destinatarios cuya conducta es precisamente la que se busca regular, de modo que siempre es posible identificar a personas que podrían considerarse “afectados” por las obligaciones, prohibiciones o permisos contenidos en dichas normas jurídicas. Esto es así incluso en las disposiciones generales y abstractas, pero, lógicamente, ocurre con mayor intensidad cuando se trata de actos normativos concretos o normas jurídicas individualizadas —que identifican a personas particulares como destinatarios de la norma emitida—.

El proceso de inconstitucionalidad es un instrumento de defensa *objetiva* de la Constitución, es decir, que procura expulsar del ordenamiento cualquier acto normativo que contradiga o sea incompatible con ella, *sin importar que el acto en cuestión perjudique o no al demandante* (Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 83-2006) y *sin obligarlo a que agote previamente otras formas de impugnación contra dicho acto*. Partiendo de lo anterior y dado que la forma de emisión o el “proceso de producción” de algunos actos normativos concretos está determinado directamente en la Constitución, la única manera de garantizar una auténtica defensa de la “pureza de la constitucionalidad” —Considerando II de la L.Pr.Cn.— es realizar el control constitucional de tales actos. De lo contrario, la tolerancia de “zonas exentas de control” implicaría una forma de negar la supremacía —fuerza jurídica inmediata, directa y vinculante— de la Constitución. Por ello, como se dijo en el auto de inicio de este proceso, de 20-XI-2013, esta Sala debe ejercer el control de constitucionalidad sobre la resolución de inscripción, porque “el TSE es el primer órgano constitucional llamado a aplicar de modo directo las disposiciones constitucionales que regulan lo relativo a las elecciones para Presidente de la República”.

En otro orden, el planteamiento del ciudadano [...], de que “está en juego la posible aniquilación de [su] derecho a optar a cargos públicos”, desenfoca el objeto de este proceso, pues aunque los ords. 1° y 7° del art. 152 Cn. se relacionan ciertamente con el alcance de una limitación —no “aniquilación”— del derecho al sufragio pasivo de los candidatos, *la cuestión principal es si en la resolución impugnada el TSE cumplió o no con las prohibiciones constitucionales de la disposición citada*. El hecho de que un precepto constitucional supuestamente vulnerado se relacione con un derecho fundamental no implica que el control constitucional del acto respectivo solo pueda realizarse mediante un proceso de amparo. Primero, porque con esa idea se desconoce la dimensión objetiva (antes explicada) del control que corresponde a esta Sala mediante el presente proceso; segundo, porque la interpretación constitucional de un parámetro con esas características (vinculado a un derecho fundamental) debe realizarse en todo caso sin afectar el contenido esencial del derecho en juego, como lo ordena la propia Constitución (art. 246 inc. 1° Cn.); y tercero, porque este tribunal puede habilitar una intervención específica del interesado cuando sea procedente, como ocurrió en este caso.

Tampoco es aceptable el argumento del ciudadano referido, de que la estructura del proceso de inconstitucionalidad le ha impedido las posibilidades de de-

fensa y de conocimiento de las argumentaciones del TSE y del Fiscal General de la República. De acuerdo con los arts. 20 y 165 del Código Procesal Civil y Mercantil (C.Pr.C.M.), el interesado ha podido acceder para tal efecto al expediente del proceso, aunque como consta en el considerando anterior, en realidad él no ha tenido que “defenderse” de las intervenciones de las autoridades mencionadas, puesto que estas han coincidido en la tesis de que la resolución impugnada es válida. Asimismo es rechazable la invocación del art. 208 inc. 4° Cn., pues el hecho de que el TSE sea la “autoridad máxima” en materia electoral no significa que sus actuaciones y decisiones, administrativas o jurisdiccionales, estén excluidas del control que ejerce esta Sala, ya que esa misma disposición abre la posibilidad de utilizar los “recursos” —es decir, procesos constitucionales— que permitan corregir las violaciones a la Constitución que cometa el TSE (Resolución de 26-III-2014, Amp. 249-2014). Por todas estas razones *se declarará sin lugar la petición de sobreseimiento realizada por el ciudadano [...]*”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 163-2013, fecha de la resolución: 25/06/2014.*

#### COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL PARA ESTABLECER SI SUS DECISIONES HAN SIDO CUMPLIDAS O NO

“Es una función inherente a la potestad jurisdiccional que la Constitución le atribuye. Las sentencias estimatorias emitidas por este tribunal en ocasiones no se limitan a declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto que aplica directamente la Constitución; además, estas decisiones pueden contener mandatos positivos o negativos dirigidos a los órganos constitucionales, que varían dependiendo del tipo de pronunciamiento que se adopte.

En estos casos, la Sala se encuentra obligada a controlar su cumplimiento, de oficio o a petición de parte. Este alcance de la función jurisdiccional en materia constitucional se encuentra prescrito por el art. 172 inc. 1° frase 2ª Cn., según el cual la jurisdicción no solo comprende la potestad de juzgar, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado. Y esto último, según la Sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003, impone a todos los jueces y tribunales de la República, el deber de adoptar las medidas necesarias y oportunas para que la ejecución de sus decisiones se haga efectiva”.

#### TODA PERSONA QUE DEMUESTRE TENER UN INTERÉS LEGÍTIMO PUEDE SOLICITAR EL CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO EN UNA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

“En el proceso de inconstitucionalidad, el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia, y la aclaración de algún punto de ésta que sea confuso para efectos prácticos, pueden ser solicitados por cualquiera de las partes o por cualquier ciudadano o sujeto que no sea parte en él, pero que demuestre tener un interés legítimo en el mismo, tal como se evidencia en la solicitud que se examina, en la cual los peticionarios representan a partidos políticos que necesitan que se

determine con claridad las reglas electorales bajo las cuales habrán de participar en las próximas elecciones”.

*Sala de lo Constitucional, aclaración de sentencia de inconstitucionalidad, número de referencia: 48-2014, fecha de la resolución: 19/12/2014.*

## DECLARACIÓN DE BIENES INMUEBLES

### MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

“C. En el caso en análisis se advierte que mediante el Decreto Legislativo n° 659, de 24-III-2011, publicado en el Diario Oficial n° 81, Tomo 391, de 2-V-2011, se reformó el art. 91 del CT; sin embargo, el contraste normativo subsiste. Y es que, luego de la aludida reforma, se mantiene la obligación de presentar una declaración para unos y la excepción para los mismos grupos, pues en la redacción anterior se establecía la presentación de una “declaración del estado patrimonial”, que en la actual se denomina “declaración de bienes inmuebles” y se exceptuaba de su presentación “a las personas naturales que obtengan rentas iguales o inferiores a trescientos sesenta y dos salarios mínimos mensuales en el ejercicio o período de imposición, texto que se mantiene idéntico luego de la reforma (inc. 6°). Asimismo, en el inc. 7° se exceptuaba a los que “posean inmuebles con valores iguales o inferiores a un mil cuatrocientos cuarenta y seis salarios mínimos mensuales” y en el texto reformado se excluye a los que “tengan el dominio de inmuebles” con el mismo valor que el aludido en la disposición impugnada. Por último, el inc. 8° establecía “No posean inmuebles” y el actual cambia únicamente en tanto que reza “Que no tengan dominio de inmuebles”.

En efecto, en cuanto al objeto de control, la aludida reforma únicamente modificó algunos términos de su enunciado lingüístico, pero los mandatos impugnados se mantienen.

D. Consecuentemente, corresponde efectuar el traslado del objeto de control, de manera que el análisis constitucional recaerá sobre el precepto legal reformado, en tanto que este contiene los mandatos cuya constitucionalidad se cuestiona.

1. A. a. La jurisprudencia de esta Sala —como cita, sentencia de 22-VI-2011, Inc. 2-2006— ha reiterado que del principio de igualdad se derivan las siguientes obligaciones: (i) tratar de manera idéntica las situaciones jurídicas idénticas; (ii) tratar de manera diferente las situaciones jurídicas que no comparten ninguna característica; (iii) tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias; y (iv) tratar de manera diferente aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes.

Entonces —se ha sostenido en la precitada jurisprudencia—, si bien la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominantemente formal, su correcta aplicación requiere que el intérprete valore las circunstancias concretas de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede equiparar o diferenciar. Inclusive, existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado en virtud de acciones orientadas a lograr la igualdad en el plano real; se habla, en ese sentido, de “igualdad material”.

Ahora bien, en su manifestación de principio constitucional, la igualdad incide en todo el ordenamiento jurídico, tanto en su creación como en su aplicación. Así, el legislador, al momento de configurar la normativa, secundaria, debe tratar de manera paritaria a los ciudadanos que se encuentran en situaciones equiparables (igualdad en la formulación de la ley). Por su parte, los funcionarios de la Administración y del Órgano Judicial deben resolver de modo semejante los supuestos que sean análogos (igualdad en la aplicación de la ley).

b. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala —verbigracia, sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005— también ha determinado que, como mandato en la formulación de la ley, obliga al legislador a no establecer normas que impliquen restricciones en el goce de los derechos de los sujetos basadas en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De tal manera —se ha sostenido en la precitada jurisprudencia—, el legislador puede incorporar a las normas elementos que impliquen *diferenciación en el tratamiento de los destinatarios de estas*, siempre que obedezcan a criterios de valoración *relevantes*.

Así, si la diferenciación plasmada en una disposición jurídica es el resultado de una desigualdad incorporada por el mismo legislador, la obligación de demostrar su razonabilidad o justificación constitucional incumbe, precisamente, a quien defiende la ley. *Es el legislador quien ha de demostrar en un proceso de inconstitucionalidad que la decisión legislativa impugnada no responde a criterios arbitrarios*.

a. Primeramente, esta Sala ha sostenido que cuando se afirma que dos personas, cosas o situaciones son iguales, ello no significa necesariamente que sean idénticas, sino que comparten, por lo menos, una característica. Por tanto, un juicio de igualdad parte de que existen diferencias entre las personas, cosas o situaciones comparadas.

b. Por otro lado, la igualdad es un concepto relacional; es decir, no puede predicarse en abstracto de las personas o cosas, sino que se es igual respecto de otra persona o situación y acerca de cierta o determinadas características. De manera que para formular un juicio de igualdad debe contarse, por lo menos, con dos personas, cosas o situaciones (las que se comparan), y una o varias características comunes (el término de comparación).

c. Además, los juicios de igualdad no describen la naturaleza ni la realidad de las personas o cosas comparadas, sino que se sustentan en la elección de una o más propiedades comunes —decisión libre de quien formula el juicio—, respecto de las cuales se afirma o niega la igualdad.

d. Por último, para que un juicio sobre igualdad tenga relevancia jurídica, no basta con el establecimiento del término de comparación; es necesaria la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, debido a la igualdad o desigualdad encontradas. En términos más concretos, la afirmación de que dos situaciones jurídicas son iguales o diferentes servirá de justificación para formular una regla de trato igual o desigual, respecto de algún derecho o interés legítimo; o, de la evitación de una carga o pena que se ha obviado a otro sujeto jurídico situado en una posición similar al demandante.

2. Ahora bien, cuando ante esta Sala se plantea una pretensión de inconstitucionalidad en la que se aduce una vulneración del art. 3 inc. 1º Cn., este tribunal debe realizar el “juicio de igualdad”, que consiste, básicamente, en establecer si en la disposición impugnada existe o no una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas.

Entonces, la disposición impugnada se somete a un examen en el cual debe encontrarse, primero, la razón de la diferenciación; y segundo, una vez determinado que existe una razón, verificar si esta es legítima desde el punto de vista constitucional. Ambas constataciones permitirán afirmar si la diferenciación es razonable o no”.

#### PRINCIPIO DE IGUALDAD APLICADO AL ÁMBITO TRIBUTARIO

“3. A. Corresponde ahora abordar el principio de igualdad aplicado al ámbito tributario; es decir, el principio de igualdad tributaria.

Es de indicar que la Constitución no ha definido un modelo al que deba ajustarse el sistema tributario; ello habilita al legislador para configurar los tributos según sean las condiciones económicas y las necesidades públicas que identifique en cada momento. Así, cuenta con un extenso margen de acción legislativa; por lo que puede escoger entre múltiples posibilidades para configurar y actualizar el sistema tributario y para establecer las cargas tributarias —materiales y formales— no solo como instrumentos de recaudación, sino también como medios para lograr los fines que la Constitución le asigna; debiendo cuidarse únicamente de que en su accionar no traspase los límites fijados por la Constitución.

B. En ese sentido, uno de los límites que encuentra el legislador en la configuración normativa tributaria es el principio de igualdad, en cuya virtud tiene “el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales” —sentencia de 6-IX-1999, Inc. 23-98—. Por tanto, no implica la identidad de cargas tributarias para todos los contribuyentes; es decir, no conduce a un trato igual entre supuestos desiguales.

C. De tal forma, si bien toda persona que genera alguna unidad de renta, muestra, en abstracto, capacidad económica susceptible de ser sometida a imposición —junto con las demás obligaciones tributarias formales relacionadas—, por lo que, en principio podría ser sujeto a obligaciones tributarias, resulta que las cargas tributarias se asignan una vez superado un determinado umbral de renta, el cual es establecido por el legislador a partir de los criterios que este tome en consideración. Entonces, los sujetos que no superan el umbral de riqueza contemplado por el legislador, quedan excluidos de las obligaciones tributarias concernidas.

En lo que a nuestro análisis corresponde, debe señalarse que el examen de la igualdad tributaria presupone, necesariamente, la existencia de un índice o manifestación de riqueza susceptible de ser sometido a imposición, dentro del cual pueda realizarse el juicio de igualdad, a partir del término de comparación aportado por el solicitante o incluso por alguno de los demás intervinientes en el proceso.

Ahora bien, lo anterior no debe confundirse con una exención tributaria, pues en estas, lo que ocurre es que la disposición tributaria contempla que en deter-

minados supuestos, previstos expresamente en ella, no obstante producirse *el hecho generador del tributo*, no se desarrolle su efecto principal: el deber de pagar el tributo —y demás obligaciones formales—”.

#### EXENCIONES TRIBUTARIAS

“Es decir, una exención tributaria “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” (sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005). Circunstancia que es distinta a que un grupo indefinido de individuos no sean objeto de la norma tributaria por cuanto no revelan el umbral de riqueza gravado por la disposición; es decir, no se trata de que se les reconozca la posibilidad de eludir los efectos contemplados en la ley, sino que, pese a tratarse de potenciales contribuyentes, no entran en la hipótesis normativa, *ya que se ubican por debajo del punto de partida que toma el legislador*.

Y es que, es preciso reiterar que en virtud del principio de igualdad tributaria, el legislador no está obligado a gravar con iguales cargas a todos los contribuyentes, sino a establecer cargas semejantes a aquellos que revelen condiciones equiparables, o a dar “de forma deliberada y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados, bajo criterios estrictamente objetivos y razonables”; pudiendo determinar “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” (Inc. 66-2005, precitada”).

#### OBLIGACIONES TRIBUTARIAS FORMALES

“A. La jurisprudencia de esta Sala ya ha señalado que el “binomio poder tributario-deber de contribuir, está marcado por una clara finalidad, por un lado, la necesidad del Estado de recaudar impuestos con el objeto de cumplir los fines a los que la misma Constitución le compromete y por otra, viabilizar esa captación de renta procurando la mayor aquiescencia social de los contribuyentes” —sentencia de 16-IV-2002, Amp. 99-2001—.

Así, precisamente a partir del precitado binomio se verifican las relaciones tributarias; dentro de las cuales existen otras obligaciones *además del tributo*, pues en la extensión de la relación jurídico tributaria se puede identificar un núcleo constituido por la obligación tributaria principal y otras áreas adyacentes que implican diversos efectos jurídicos previstos también por normas tributarias, que constituyen obligaciones accesorias o formales.

B. Entonces, las obligaciones tributarias formales consisten en *prestaciones no pecuniarias exigidas por ley en ocasión del ejercicio de las facultades tributa-*

*rias*; es decir, se trata de obligaciones distintas a la entrega de dinero, cuyo fin es facilitar a la Administración el ejercicio de las potestades en el ámbito tributario. De tal manera, se caracterizan porque no tienen una naturaleza monetaria —a diferencia de las obligaciones materiales que sí poseen este carácter—.

Así, una obligación tributaria formal tiene su origen, mediato o inmediato, en la ley. Por tanto, acaece cuando en la realidad fáctica se producen ciertos hechos o circunstancias contemplados en la norma, a los cuales esta vincula un deber a cargo del particular de realizar una prestación concreta y determinada. El citado presupuesto de hecho de la obligación tributaria formal no debe necesariamente coincidir con el presupuesto de un tributo o hecho imponible.

Sin embargo, las obligaciones tributarias formales siempre han de suponer hechos cuya realización se considera relevante para la gestión tributaria, de manera que su práctica contribuya a la ejecución de los fines del poder tributario.

En efecto, en virtud del cumplimiento de las competencias de comprobación y recaudación de la Administración tributaria, los contribuyentes en general, y particularmente los sujetos que practican actividades de relevancia económica, se ven obligados a realizar determinadas prestaciones no monetarias, tales como la solicitud del número de identificación tributaria, los registros como contribuyentes o la presentación de declaraciones de naturaleza informativa.

En ese sentido, los contribuyentes —entre otras cargas legales— están obligados a proporcionar a la Administración tributaria la información que esta les requiera; la cual, en todo caso, ha de revelar transcendencia tributaria. Es decir, debe tratarse de información que resulte útil, directa o indirectamente, para determinar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de un sujeto pasivo tributario”.

#### PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS

“C. Como se adelantó, entre las citadas obligaciones formales se encuentra la *presentación de declaraciones tributarias*. Estas no constituyen en sí mismas un índice de capacidad económica, sino que son los medios escritos a través de los cuales el sujeto pasivo consigna datos que son de utilidad para que la autoridad fiscal competente deduzca la existencia o no de obligaciones tributarias y, en su caso, establezca el cálculo del monto a pagar que corresponda por un tributo específico; así como algunas otras consecuencias de índole tributaria establecidas por ley.

1. Como se ha reiterado a lo largo de esta sentencia, en el presente proceso se rebate la exclusión del mandato de presentar la declaración de inmuebles a las personas naturales que perciban rentas iguales o inferiores a mil cuatrocientos cuarenta y seis salarios mínimos mensuales, a las que posean inmuebles con valores iguales o inferiores al monto referido y a quienes no tengan el dominio de inmuebles; por considerarse que ello contraviene el principio de igualdad.

A. Ahora bien, pese a que el contenido normativo sometido a análisis constitucional se limita a los incisos 6°, 7° y 8° del art. 91 del CT, para practicar el juicio de igualdad solicitado es preciso examinar otros elementos del precepto impugnado, a fin de tener los criterios necesarios para determinar si la aparente



desigualdad prevista en el objeto de control es contraria al principio constitucional invocado.

a. En ese orden, este tribunal estima necesario considerar el contenido normativo de otros apartados del mismo art. 91 del CT que muestren relación con los impugnados y que por ello resulten útiles para dilucidar el asunto en cuestión.

Así, se advierte que el inc. 11° del art. 91 del CT establece que la “declaración de bienes inmuebles será utilizada por la administración tributaria para el ejercicio de sus facultades legales, y aplicar la presunción por incremento patrimonial no justificado por el sujeto pasivo, y determinar el impuesto sobre la renta, el impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios y el impuesto ad-valorem o específico, según el caso, que resulte por dicho ajuste”.

Entonces, el propio precepto impugnado determina cuáles son los fines que se persiguen mediante la presentación de la declaración concernida, a saber: (i) en primer lugar, el ejercicio de las facultades legales tributarias; y en segundo término, (ii) la aplicación de la presunción por incremento patrimonial no justificado.

(i) Respecto del primer objetivo, es decir, ejercer las facultades legales de la Administración, el propio CT, en sus arts. 25 y 120 inc. 2°, respectivamente, enumera la “fiscalización, verificación, inspección, investigación y control”; y “fiscalización, verificación, investigación, inspección, control, cobro, recaudación y demás materias relacionadas con los tributos que administra”. Por tanto, tratándose de la Administración tributaria, sus facultades legales se incardinan en su fin primordial: recaudar ingresos para el cumplimiento de las funciones públicas; lo cual lleva a cabo a través de tareas de fiscalización, verificación, investigación, control, cobro, recaudación de los tributos. Es decir, todas las facultades legales referidas son instrumentos para el fin esencial de la Administración tributaria: garantizar el cobro de los tributos.

Asimismo, se observa que la exigencia antes apuntada se relaciona con otras funciones de la Administración tributaria contempladas en el artículo 23 del CT, entre las cuales destacan: el registro, control y clasificación de los sujetos pasivos en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la administración cumplir eficazmente con su gestión; la exclusión de sujetos pasivos *cuando carezcan de capacidad contributiva*; el registro y control de los cumplimientos tributarios tanto de los contribuyentes como de los obligados formales; la fiscalización de las liquidaciones hechas por los contribuyentes; las liquidaciones oficiosas del impuesto; la aplicación de sanciones, etc.

(ii) El otro elemento que encontramos en el precepto legal analizado, aludido como objeto de la presentación de la declaración de inmuebles referida, es la aplicación de la presunción por incremento patrimonial no justificado.

Dicha figura, aparece contemplada en el art. 195 del CT y consiste en que los “incrementos patrimoniales no justificados y los gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos, constituyen renta obtenida para efectos del Impuesto Sobre la Renta. En materia de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, los incrementos patrimoniales no justificados y los gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos se presumirá que provienen de transferencias o prestaciones de

servicios gravadas omitidas de declarar en los períodos tributarios incluidos en el ejercicio comercial, cuando el contribuyente tenga por giro o actividad la transferencia de bienes o prestación de servicios afectos a dicho impuesto, en razón de lo cual la Administración Tributaria podrá liquidar de oficio el impuesto original o complementario correspondiente”. Entonces, del texto legal transcrito se colige que la figura concernida *también tiene como fin la aplicación de tributos*.

Y es que *los incrementos no justificados de patrimonio* son una institución jurídica en virtud de la cual se da el tratamiento de renta gravable a los elementos patrimoniales poseídos por el contribuyente que no se corresponden con las fuentes de financiación aparentemente disponibles para adquirir tales bienes. Suponen un recurso a través del cual el legislador confiere la calificación de renta actual a una renta o a rentas presuntas y pretéritas. Las ganancias no justificadas acreditan necesariamente la existencia de unos componentes de la renta gravada, obtenidos por el contribuyente en periodos coetáneos o anteriores a las adquisiciones patrimoniales de bienes, deudas o al dinero oculto, siendo materialmente imposible adscribirlos a determinada fuente de renta

Entonces, la figura en análisis requiere que *se detecte un incremento en el patrimonio del sujeto pasivo*, para que, a partir de dicho incremento no justificado, la Administración tributaria resulte facultada para tomar como renta gravable todas aquellas rentas, bienes o elementos patrimoniales que no se declararon, o que no se demuestre su origen; salvo que el contribuyente demuestre que los fondos para su financiamiento proceden de ingresos exentos o no gravados.

Por tanto, se trata de una cláusula tributaria de cierre, en cuya virtud se permite exigir la tributación por las rentas *acumuladas en el patrimonio del sujeto pasivo*, sin haber sido declaradas en su momento a los efectos oportunos. Así, se trata de una presunción *iuris tantum* que podrá hacer valer la Administración para que tribute una renta hasta el momento oculta, cuya existencia descubre, pero respecto de la cual el obligado tributario es incapaz de establecer su origen.

b. En efecto, el art. 91 inc. 11° del CT establece que la declaración de inmuebles debe ser utilizada por la administración tributaria para el ejercicio de sus facultades legales en general; y particularmente para la aplicación de la presunción por incremento patrimonial no justificado por el sujeto pasivo y la determinación de los impuestos sobre la renta, a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios y *ad-valorem* o específico, según el caso.

Así, el referido requerimiento tiene por finalidad establecer, por medio de un mecanismo adicional de control tributario, los incrementos de patrimonio y de gastos que hayan sido realizados por el contribuyente sin justificar el origen de los recursos, a efecto de que se determinen los montos pecuniarios que correspondan de los impuestos sobre la renta, a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios y *ad-valorem* o específico, de conformidad con las reglas que establece el artículo 195 del CT.

Con lo anterior se constata que la declaración patrimonial que prevé la norma impugnada, constituye una herramienta adicional de control y fiscalización mediante la cual se pretende recabar información que contribuya a garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y evitar la evasión fiscal en los casos en que el sujeto pasivo tenga mayor cantidad de renta o patrimonio”.

PRINCIPIO DE IGUALDAD IMPLICA DEBER DE DISPENSAR UN MISMO TRATAMIENTO A QUIENES SE ENCUENTRAN EN SITUACIONES JURÍDICAS IGUALES; Y NO SUPONE LA IDENTIDAD DE CARGAS TRIBUTARIAS PARA TODOS LOS CONTRIBUYENTES

“2. Referido lo anterior, y a fin de decidir la constitucionalidad del objeto de control, corresponde examinar los argumentos de los intervinientes en el presente proceso.

A. a. El solicitante sostuvo que las obligaciones tributarias se rigen por el principio de igualdad, *por lo que deben cumplirse por todo sujeto pasivo*; sin embargo, en virtud de la disposición impugnada no se fiscaliza a un grupo de personas. Y con ello se verifica una discriminación negativa, pues se persigue fiscalmente solo a una parte de los sujetos pasivos de los tributos y se desconoce la calidad de sujeto pasivo tributario que tienen *todas las personas que tengan inmuebles de igual o menor valor que el aludido en el precepto impugnado o que no tengan inmuebles*.

b. Respecto de tal alegato, se advierte que el solicitante parte de la idea de que en virtud del principio de igualdad, todos los sujetos pasivos de tributos deben gravarse con las mismas cargas tributarias; no siendo admisible que se excluyan algunos que no se ubican por debajo del umbral de *renta establecido por la norma tributaria*.

Sin embargo, en el apartado III.3.B de esta sentencia se estableció que el principio de igualdad implica el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales; y no supone la identidad de cargas tributarias para todos los contribuyentes; es decir, no conduce a un trato igual entre supuestos desiguales.

Asimismo, se estableció en el acápite III.3.0 que las cargas tributarias se establecen una vez superado cierto umbral de renta, cuya determinación corresponde al legislador; quien lo adopta a partir de los criterios que tome en consideración en cada obligación. De tal forma, los sujetos que no superan el umbral de riqueza establecido por el legislador para aplicar las cargas tributarias, naturalmente quedan al margen de estas; y acerca de ellos no es posible practicar el análisis de la igualdad tributaria, pues no muestran un índice o manifestación de riqueza susceptible de ser sometido a imposición, dentro del cual pueda realizarse el juicio de igualdad, a partir del término de comparación aportado.

Consecuentemente, este tribunal no puede acoger los argumentos de inconstitucionalidad planteados por el solicitante”.

VÁLIDO EXIGIR DECLARACIÓN DE BIENES INMUEBLES CUANDO SE SUPERE DETERMINADO UMBRAL DE RENTA QUE RESULTE RELEVANTE PARA FINES CONTRIBUTIVOS, CON EXCEPCIÓN A LOS QUE NO REVELAN UN UMBRAL DE RIQUEZA GRAVADO EN EL SUPUESTO NORMATIVO

“B. a. En lo que atañe al informe de la Asamblea Legislativa, en su calidad de autoridad emisora de la disposición impugnada, como se consignó en el apartado 1.3 de esta sentencia, dicha autoridad rindió el informe requerido de manera extemporánea, por lo que las razones que haya argüido para justificar la constitucionalidad del art. 91 incisos 6°, 7° y 8°, no serán analizadas.

b. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —como cita, en sentencia de 15-III-2002, Inc. 30-96— que para analizar las razones que justifiquen la emisión de una ley reguladora de derechos constitucionales debe basarse —por orden de prevalecencia— en los siguientes documentos: (a) el informe rendido por la autoridad emisora de la norma en el proceso, ya que se entiende que dicho informe contiene una argumentación reflexiva orientada primordialmente a la defensa de la norma impugnada; (b) los Considerandos de la ley; (c) *el texto mismo de la ley*; y (d) los documentos oficiales previos a la emisión de la ley que sean de contenido técnico, mediante los cuales se propone a la autoridad emisora, la elaboración de la norma impugnada.

Por tanto, este tribunal está habilitado para considerar el texto del cuerpo normativo impugnado como justificación para la implementación de las normas contempladas en el objeto de control.

c. En ese sentido, la propia disposición impugnada establece (inc. 11°) que el fin que persigue la presentación de la declaración de bienes inmuebles es aplicar la presunción de incremento de patrimonio no justificado.

Y es que dicha figura, como antes se anotó (apartado 1.A.b de este considerando), tiene por finalidad establecer, por medio de un mecanismo adicional de control tributario, los incrementos de patrimonio y de gastos que hayan sido realizados por el contribuyente sin justificar el origen de los recursos, a efecto de que se determinen los montos pecuniarios que correspondan de los impuestos sobre la renta, a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios y *ad-valorem* o específico, de conformidad con las reglas que establece el artículo 195 del CT. Constituye *una herramienta adicional de control y fiscalización mediante la cual se pretende recabar información que contribuya a garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y evitar la evasión fiscal*.

De tal manera, resulta justificado que la exigencia de presentar la declaración de inmuebles se establezca ante la concurrencia de un valor económico definido por el legislador, pues este es tomado como punto de partida para apreciar que ha habido un incremento patrimonial que ha de sujetarse a tributación.

Así, como se anotó en el punto IV de esta sentencia, la presentación de declaraciones tributarias es una obligación formal a través de las cuales el sujeto pasivo consigna datos útiles para que la autoridad fiscal competente deduzca la existencia o no de obligaciones tributarias y, en su caso, establezca el cálculo del monto a pagar que corresponda por un tributo específico; así como algunas otras consecuencias de índole sancionatorio establecidas por ley. De manera que solo podrán exigirse cuando proporcionen información con transcendencia tributaria.

Por lo tanto, es válido que se exija una declaración tributaria cuando se supere determinado umbral de renta que resulte relevante para fines contributivos. Quedando al margen de tal exigencia todos aquellos sujetos que no entran en el supuesto normativo, por cuanto no revelan el umbral de riqueza gravado por la disposición; es decir, no se trata de que se les reconozca la posibilidad de eludir los efectos contemplados en la ley, sino que, pese a tratarse de potenciales contribuyentes, no entran en la hipótesis normativa, ya que se ubican por debajo del punto de partida que toma el legislador”.

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD AL IMPONER UNA CARGA TRIBUTARIA EN BASE A LA APLICACIÓN DE PRESUNCIÓN DE INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO

“3. A. Vistos los argumentos de los intervinientes; y a la luz de las consideraciones arriba consignadas, esta Sala concluye que la distinción hecha por el art. 91 incs. 6°, 7° y 8° del CT, en el sentido de excluir de la obligación de presentar la declaración de bienes inmuebles a las personas naturales que obtengan rentas iguales o inferiores a trescientos sesenta y dos salarios mínimos mensuales en el ejercicio o período de Imposición; a las que tengan el dominio de inmuebles con valores iguales o inferiores a mil cuatrocientos cuarenta y seis salarios mínimos mensuales y a las que no tengan dominio de inmuebles, *no contradice el principio de igualdad* establecido en el art. 3 inc. 1° Cn., por cuanto la obligación eludida para los citados grupos, si bien constituye una obligación tributaria de tipo formal, está asociada a la aplicación de la presunción de incremento patrimonial no justificado, respecto de lo cual resulta determinante la acreditación de un umbral de riqueza, cuyos contornos deben ser delimitados por el legislador.

Así, corresponde al legislador establecer el rango de riqueza que considera relevante para exigir la presentación de la declaración de inmuebles, siendo tal elemento un parámetro razonable y objetivo, coherente con los fines perseguidos con la medida en mención; de cuya exigencia pueden excluirse aquellos grupos que se encuentran por debajo del umbral de riqueza determinado por la norma.

B. Y es que, se insiste, la igualdad no implica crear idénticas cargas en todos los contribuyentes cuando se persiguen fines que no concurren respecto de todos; por el contrario, la igualdad supone que a aquellos que se encuentren en igualdad de condiciones deban aplicárseles iguales consecuencias jurídicas.

Entonces, el término de comparación propuesto por el actor, que consiste en el hecho de ser contribuyentes todos, resulta irrazonable, pues, a partir de tal condición no podrían existir distingos en cuanto a las obligaciones formales de los contribuyentes, y tampoco de sus obligaciones sustantivas.

Además, se ha establecido en esta sentencia que las obligaciones formales son *accesorias a las sustantivas*, puesto que son instrumentos que pretenden la realización del fin último del sistema tributario: la recaudación de ingresos para el cumplimiento de las funciones estatales —ello, al margen de los fines extrafiscales que puedan perseguir los tributos—.

Por tanto, en el presente caso, la propia disposición impugnada determina que la declaración de inmuebles será usada para aplicar la presunción de aumento injustificado de patrimonio, la cual sí está relacionada con riqueza, y concretamente, con un incremento de esta; respecto de la cual el legislador tiene la libertad de *establecer el monto mínimo que considera relevante para considerar que se ha verificado dicho incremento*.

De tal manera, la presentación de la declaración en cuestión es una obligación instrumental, y por tanto, carente de fines en sí misma; que se justifica únicamente cuando se vincule con la institución para cuya facilitación fue creada.

En ese sentido, se advierte que el objeto de control en abstracto ha establecido un rango que considera relevante y otro que, por ser inferior, está exento de la exigencia en mención. Ello, en tanto que el enriquecimiento injustificado concurre *cuando se supera determinado umbral relevante para fines fiscales. Umbral que debe ser definido por el legislador de conformidad con la política fiscal que haya diseñado.*

En conclusión, en el caso concreto, el legislador ha decidido que rangos inferiores a los establecidos en los preceptos impugnados no estén sujetos al requisito de presentar la declaración de bienes inmuebles, porque no resultan relevantes a fin de aplicar la presunción de incremento de patrimonio no justificado; y porque, además, su recepción implicaría un costo innecesario e insostenible por parte de la Administración tributaria.

Y por ende, esta Sala descarta la alegada vulneración al principio de igualdad, por lo que ha de desestimar la pretensión de inconstitucionalidad planteada”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2011, fecha de la resolución: 03/12/2014.*

## DELITOS CONTRA EL NO NACIDO

### IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN ANTE LA FALTA DE RAZONES QUE AMERITEN IMPUGNAR LA TIPICIDAD DE LOS DELITOS EN CONTROVERSIA

“D. En suma, no se advierte en la demanda en examen, razón alguna que amerite impugnar la tipicidad de alguno de los delitos contemplados en el Capítulo II del Título I del Código Penal, por la supuesta razón de no haberse regulado una clausula específica que resuelva los conflictos entre los bienes jurídicos ahí regulados; ya que ello entra en el ámbito de las excluyentes de responsabilidad, y en particular de las causas de justificación o de inculpabilidad que resulten aplicables al caso en concreto”.

### CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN NO SE REGULAN DE FORMA TAXATIVA SINO MEDIANTE CRITERIOS JURÍDICOS GENÉRICOS

“E. Resta afirmar sobre este tópico, y para ilustración del demandante, no confundir los ámbitos de la tipicidad con los que corresponden a la antijuridicidad y su exclusión; pues las causas de justificación, al constituirse en derechos de intervención que autorizan la lesión de bienes jurídicos, no se regulan de forma taxativa como acontece con los tipos penales, sino que se plasman mediante criterios jurídicos genéricos —como los prescritos en el art. 27 C.Pn.— que pueden ser aplicados independientemente de la descripción típica que servirá para la calificación del delito y en atención también a las particularidades del caso en concreto.

Por ende, su determinación legal y taxativa —que sí es necesaria en la tipicidad conforme el principio *nullum crimen sine lege*— no rige en el ámbito de las causas de justificación, ya que aquí lo que la ley plasma son principios reguladores de carácter general y que proceden en forma dinámica de todo el ámbito jurídico.

Empero, ello no es óbice, para que el legislador —conforme a determinadas valoraciones sociales y jurídicas— decida cuando lo estime a bien, plasmar en la parte especial del Código Penal determinados preceptos con la finalidad de solventar tales controversias. Y aún, que pueda crearse a nivel de la legislación administrativa, un protocolo de actuación para que las instituciones de salud estatales y privadas a nivel nacional puedan solventar de forma satisfactorias las probables colisiones entre el referido binomio madre-hijo. Pero ello, supone un juicio de perfectibilidad del ordenamiento jurídico salvadoreño que trasciende a la competencia constitucional de esta Sala.

Por lo anterior, conviene declarar la improcedencia de la demanda por este motivo”.

#### IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN ANTE LA AUSENCIA DEL TÉRMINO DE COMPARACIÓN Y LA SUPUESTA IRRAZONABILIDAD AL INTENTAR ENJUICIAR UNA INFRACCIÓN A LA IGUALDAD

“2. Con relación a la específica impugnación del art. 133 del Código Penal que regula el aborto consentido y propio, por una presunta vulneración a los principios de igualdad, legalidad, proporcionalidad y resocialización, es procedente efectuar las siguientes consideraciones.

A. De inicio conviene descartar la impugnación relativa al principio de igualdad, ya que el accionante no efectúa ningún término de comparación entre la conducta delictiva en examen con otras del Código Penal, ni tampoco en relación con otras penas. En suma, no identifica un trato diferenciador alguno entre los diferentes preceptos penales, ni tampoco relaciona en su demanda algún término de comparación que ponga en evidencia situaciones fácticas que deberán ser comparadas. Al contrario, su argumentación se enfila a la supuesta vaguedad de la descripción típica del art. 133 C.Pn. y que las supuestas magnitudes inferior y superior de la pena son contrarias al principio de resocialización.

Por ende, debe descartarse mediante la improcedencia este motivo”.

#### PROPORCIONALIDAD DE LA PENA COMPETE A VALORACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

“B. También, el tópico relativo a la proporcionalidad de la pena del art. 133 C.Pn. ya ha sido anteriormente resuelto por esta Sala en el auto de improcedencia dictado el 13-IV-2011, Inc. 67-2010, afirmando que esta Sala no puede efectuar un juicio de perfectibilidad acerca de cuál es el marco adecuado de penalidad que debe poseer un delito, pues ello es una decisión legislativa que corresponde a las valoraciones político sociales y de política criminal que rigen en un determinado momento histórico, las cuales no pueden ser sustituidas por esta Sala.

Al haber sido conocido anteriormente tal contraste normativo entre el referido principio constitucional con el mismo precepto secundario y bajo los mismos argumentos, debe declararse también improcedente dicho motivo”.

## ABORTO ES UN CONCEPTO NORMATIVO OBJETIVAMENTE DETERMINABLE

“C. En cuanto al motivo referido a la vaguedad e imprecisión de los términos utilizados en el art. 133 C.Pn., particularmente en lo que concierne al significado de “aborto” conviene afirmar que esta Sala en la sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, enfatizó que el denominado *principio de legalidad* es una derivación conceptual de la seguridad jurídica, y que consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico, todo ello como un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho.

En la específica materia penal, este principio adquiere connotaciones más acentuadas que en las otras ramas jurídicas, en razón de los intereses que son puestos en juego: la protección de los diversos bienes jurídicos -individuales o colectivos- de la ciudadanía en general, y el derecho fundamental a la libertad -y otros conexos- de los cuales puede verse privado quien se indique como realizador o ayudante de un hecho delictivo, siendo confirmada tal aseveración por medio del proceso penal.

Una derivación del principio de legalidad, es el denominado mandato de certeza o de taxatividad de las prescripciones penales -conocido bajo el brocardo latino *lex certa*-, que impone el deber al legislador de delimitar concreta y exhaustivamente tanto la conducta punible como la pena con la cual se conmina. Al respecto, esta Sala ha efectuado concretas referencias del mismo en la sentencia de 11-IX-2007, Inc. 27-2006, cuando estableció que la determinación prescriptiva de las conductas punibles obliga a que no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes sean precisas y claras.

Sin embargo, el respeto al mandato de certeza y taxatividad de los preceptos penales, no implica necesariamente el uso de un casuismo exagerado en cuanto a la enumeración de las conductas típicas o la inclusión farragosa de definiciones legales, como parece sugerir el demandante al proponer una definición legal de aborto; sino más bien, un mesurado equilibrio dentro del contenido del supuesto de hecho entre los conceptos descriptivos y normativos, que permita un normal entendimiento a los ciudadanos y ciudadanas de lo que resulta prohibido en el marco de un sistema social.

Por ello, la función motivadora o preventivo-general inherente a las normas penales, implica la búsqueda de una precisión adecuada por parte del legislador, lo que no significa redacciones extensas o formulaciones demasiado escuetas.

A ello se ha referido anteriormente esta Sala -con relación al art. 211 del Código Penal- cuando se afirmó: “...existen descripciones penales donde la indeterminación de algunos términos resulta relativa, quedando bajo el ámbito de los tribunales la concreción de su radio de aplicación mediante la interpretación. En tal sentido, resulta un tema consensuado en la dogmática jurídico-penal, la existencia de un mayor grado de abstracción cuando son utilizados por el legislador los denominados conceptos necesitados de complementación contextual y en especial, cuando se utilizan los denominados conceptos normativos del tipo, es decir, aquellos cuya interpretación se deberán tener en cuenta ciertas pau-



tas normativas complementarias para encontrarles su sentido. Su uso resultará admisible, en cuanto a que tales términos permitan una resolución sistemática del caso individual conforme a la intención reguladora del legislador, y ello no es contrario al principio de certeza de los preceptos penales, ya que se parte de la premisa que si las leyes únicamente pudieran contener elementos descriptivos: o bien tendrían ser infinitamente largas o presentarían tal rigidez en su aplicación que podrían producir resultados sumamente desafortunados a efectos político-criminales. Y es que una redacción legal altamente casuística —que intente incorporar todos los presupuestos posibles de la punibilidad— siempre deberá considerarse incompleta” (*sentencia 21-X-2013, Inc. 19-2008*).

Entrando en materia, la intelección de la materia de prohibición contenida en el art. 133 C.Pn., es sencilla: se trata de la provocación dolosa de un aborto por la propia gestante o brindando su consentimiento para que un tercero se lo practique. Y en ello, radica su diferencia con relación a la figura contemplada en el art. 134 C.Pn. —aborto sin consentimiento—. Por otra parte, la significación social de lo que debe entenderse por aborto no reporta dificultad alguna. En efecto, es la interrupción voluntaria del embarazo que ocasiona la muerte del fruto de la concepción; o si se desea definir de diferente forma, es la destrucción de la vida pre-natal.

En conclusión de este apartado, es perceptible conforme el estado actual de la ciencia médica, la dogmática penal y la jurisprudencia penal, una concreción definitoria de lo que puede entenderse por aborto, que demuestran que estamos a un concepto normativo objetivamente determinable.

Por lo anterior, se declara improcedente también este motivo”.

#### IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN AL NO EVIDENCIAR LA REGULACIÓN SANCIONATORIA INHUMANA EN LOS SUPUESTOS DE ABORTO

“D. Por último, en cuanto a la afectación al principio constitucional de resocialización contemplado en el art. 27 inc. 3° Cn., el accionante considera que estamos en presencia de una pena inhumana, destructiva de la personalidad y del futuro de la mujer condenada por el delito de aborto. Sin embargo, no argumenta en qué medida ello puede resultar así, cuando el ordenamiento jurídico penal contempla magnitudes sumamente laxas —2 a 8 años de prisión— que podrían dar lugar a la aplicación de sustitutivos penales tales como el reemplazo o la sustitución de la pena de prisión (art. 74 C.Pn.) así como la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las cuales operarán en defecto de la no apreciación judicial de una eximente completa de las contempladas en el art. 27 C.Pn.

En efecto, ambos institutos penales tienden a evitar un corto periodo de encarcelamiento, frente a situaciones que la gravedad del injusto o el reproche jurídico-penal se muestra aminorado como pudiera acontecer en el ámbito del aborto consentido y propio.

Por otra parte, no se vislumbra en qué sentido la regulación sancionatoria de los supuestos de aborto comprendidos en el Código Penal resulta ser inhumana, ya que existe una clara renuncia a la imposición de una pena cuando éste pro-

venga de la conducta imprudente de la propia madre o estemos en presencia de un intento fallido (art. 137 C.Pn.).

Por lo anterior, también debe descartarse también este motivo”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 170-2013, fecha de la resolución: 23/04/2014.*

## **DERECHO AL TRABAJO**

CONTENIDO RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO

“2. En la sentencia de 19-X-2000, Amp. 82-99, se señaló que el trabajo, en su esencia, puede entenderse como la manifestación humana de actividad que engendra una transformación en la realidad para la consecución de ciertos fines individuales y sociales. Hablar de un derecho al trabajo, como lo consagra el art. 2 Cn., y tal como lo ha interpretado este tribunal, significa hablar del derecho mediante el cual se reconoce a toda persona su calidad de ente capaz de exteriorizar conscientemente su energía física y psíquica, a fin de conseguir la realización o satisfacción de una necesidad, un interés o una utilidad social.

Existen diferentes condiciones a las que puede verse sometido el ejercicio del derecho al trabajo, las que pueden ser referidas al sujeto que lo ejercita -subjetivas- o a la actividad que se lleva a cabo -objetivas-.

Con respecto a las condiciones objetivas, que son las relativas a la actividad que conlleva el ejercicio del *derecho al trabajo*, puede decirse que las mismas son de dos tipos, las que están en relación con la existencia de la actividad y las que están en relación con la forma de su desempeño. En cuanto a las segundas, cabe decir que tales comprenden tanto los términos bajo los que se lleva a cabo la relación de trabajo, como los parámetros que regulan las funciones concretas que va a desempeñar cada trabajador”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 69-2012, fecha de la resolución: 01/09/2014.*

## **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN RELATIVA A LOS PARTIDOS POLÍTICOS**

GENERALIDADES

“V. Una de esas materias que requiere de actualización legislativa es la tiene que ver con los partidos políticos, dada la función que estos desempeñan en la democracia representativa. Estos institutos son asociaciones de individuos unidos por la defensa de unos intereses, organizados internamente mediante una estructura jerárquica y de reparto de funciones, con vocación de permanencia y cuya finalidad es la de alcanzar el poder, ejercerlo y desarrollar un programa político. Son necesarios para el funcionamiento de la democracia en las condiciones actuales de las sociedades. Primero porque los partidos en general no pueden dejar de existir, pues siempre habrá partidarios de las distintas corrientes

de pensamiento, que se asocian y coordinan para lograr la representación de esos intereses. Segundo debido a que, en las sociedades de hoy, los individuos no pueden influir en el poder ni ejercerlo aisladamente; para ello es necesario contar con una organización de personas que actúan con cierta unidad, al menos en el nivel donde se toman las decisiones. Se trata de instrumentos cualificados de la representación política puesto que sirven para recoger las demandas de los individuos y grupos sociales y presentarlas a toda la población, para que esta vote a favor o en contra. Esto explica el porqué nuestra Constitución reconoce a dichos institutos (sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009)".

#### FUNCIONES ESPECÍFICAS POR LAS CUALES LOS PARTIDOS POLÍTICOS CONCRETAN EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

"La exigencia de los partidos políticos es condición necesaria en las sociedades contemporáneas, para que el pueblo pueda manifestar su voluntad dentro de un proceso organizativo, que formalmente se realiza mediante las normas jurídicas correspondientes al Derecho Electoral y materialmente por la acción de los partidos políticos. Estos concretan el principio democrático realizando, entre otras, las siguientes funciones específicas: (i) agrupan propuestas de solución sobre la problemática nacional que vienen de toda la población; (ii) canalizan las aspiraciones y pretensiones de los ciudadanos y de los distintos sectores sociales, dándoles la forma de un programa político realizable; (iii) formulan programas políticos que compiten con otros y tienen por objeto, tanto darles más criterios a los ciudadanos para analizar los problemas sociales como inspirar las acciones del Estado desde el gobierno o la oposición; (iv) elaboran listas de candidatos; (v) informan a la población sobre los complejos asuntos nacionales y advierten a la ciudadanía sobre la conveniencia o no de determinadas acciones de gobierno; (vi) ofrecen al electorado su capacidad organizativa, lo cual permite que los deseos de la población se realicen en mayor medida y en proporción a los resultados electorales; (vii) refuerzan el sistema político —sean de gobierno o de oposición—, haciéndolo estable y garantizando de esa manera su propia supervivencia; y (viii) y propician la defensa del sistema democrático pluralista y representativo.

Nuestra Constitución reconoce la existencia de los partidos políticos desde dos perspectivas. La primera, como una concreción del derecho fundamental a asociarse (art. 72 ord. 2° Cn.), que se ejerce con la finalidad de colaborar en la formación de la voluntad política, con base en una tendencia ideológica o un conjunto de creencias sobre aspectos políticos y socioeconómicos —entre otros—, que aspiran a influir en la formación de la voluntad estatal (sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004). En tal derecho se aprecian dos vertientes: una individual, relativa al derecho de cada persona aisladamente considerada, y otra colectiva, que implica el libre desenvolvimiento de la asociación como persona jurídica dentro de la licitud de sus fines. Ello hace de los partidos políticos asociaciones con restricciones en cuanto a sus objetivos, pero también con ventajas (ej. monopolio para la presentación de candidaturas presidenciales —art. 151 Cn.—, subvención para campañas electorales —art. 210 Cn.—, etc.)

De acuerdo con la segunda perspectiva, el partido es un componente esencial del sistema democrático, cuya finalidad es la de contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo. Como se expresó en la Inc. 11-2004 citada anteriormente, cuando el art. 85 inc. 2° Cn. señala que los partidos políticos “son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”, hace referencia a que son los medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad del poder estatal. Además, los partidos políticos son los que, por su condición de mediadores, llevan el pluralismo político hacia las instituciones”.

#### FUNCIÓN CONSTITUCIONAL EJERCIDA POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS

“Un aspecto particular de los partidos políticos es que son órganos que cumplen una función constitucional, esto es, la de contribuir a formar la voluntad política del pueblo, pero no son órganos del Estado. Son, más bien, grupos libremente formados que enraízan en la esfera sociopolítica, llamados, por ello, a cooperar en la formación de la voluntad política del pueblo y a incidir en la estatalidad institucionalizada. Para que los partidos cumplan su función, es importante que se asienten sobre los valores de un orden democrático, libre y pluralista.

Pues bien, la regulación de los partidos políticos conforma su estatus de libertad externa e interna. El primer estatus se refiere a la autonomía de los partidos políticos frente al Estado y a los demás partidos con respecto a su creación, existencia y actividades. *El segundo estatus alude a que un proceso genuinamente democrático debe ser libre desde su origen* (art. 85 inc. 2° frase 2ª Cn.). En vista de lo anterior, y de la metodología dispar y de los constantes cambios en los procedimientos que los partidos emplean para elegir a sus autoridades internas y a los candidatos a cargos públicos, tal regulación (no solo constitucional) debe quedar reservada a la ley formal, la cual, con mayor o menor detalle, debe ocuparse de los derechos y obligaciones de los partidos políticos, las relaciones entre afiliados y partido y la conformación de sus órganos de gobierno. Dos tópicos sometidos a una regulación por medio de decreto legislativo son la transparencia y la rendición de cuentas, así como los procedimientos democráticos internos de los partidos políticos”.

#### IMPLICACIONES ANTE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

“VI. 1.A. La transparencia y la rendición de cuentas están estrechamente conectadas con el derecho de acceso a la información. De acuerdo con la sentencia de 5-XII-2012, Inc. 13-2012, este derecho posee la 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 Republicano de Derecho (art. 85 Cn.), que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Ad-

ministración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos con relevancia públicas (sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010). De esa condición de derecho fundamental se derivan, entre otras consecuencias: (i) la prohibición de alterar su contenido esencial, tanto en su interpretación como en su regulación; (ii) el reconocimiento de su dimensión objetiva o institucional, con sus implicaciones prestacionales y de garantía; la directiva de su armonización, balance o equilibrio con otros derechos en conflicto; y el *reconocimiento de su fuerza expansiva y optimizadora*. De sus posibles manifestaciones, aquí interesa referirse al derecho de acceso a la información relativa a las actividades de los partidos políticos.

En términos generales, el derecho de acceso a la información consiste en la facultad de solicitar o requerir la información bajo control o en poder de los partidos políticos, con el deber correlativo de estos 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 (militante partidario o no), como integrante de la Comunidad titular del poder soberano, tiene el derecho a conocer la manera en que los partidos políticos utilizan sus fondos y de ello deriva el derecho de acceso a la información.

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 los procesos de elección, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva fundada sobre los asuntos que son de interés público. Esto fomenta una participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento a las reglas afianzadas por la democracia. En dicho sentido, este nivel de contraloría ciudadana sobre el quehacer de los partidos políticos incentiva a estos a utilizar sus recursos efectivamente y reduce los espacios para la corrupción”.

#### RENDICIÓN DE CUENTAS COMO PILAR PARA SOSTENER CUALQUIER RELACIÓN DE REPRESENTACIÓN

“B. La rendición de cuentas es uno de los pilares que sostienen cualquier relación de representación, sea esta privada o pública. El concepto está relacionado con la responsabilidad de quien administra en nombre de otros y, por lo tanto, está sujeto a un control de sus actos. Rendición de cuentas, responsabilidad y control son elementos centrales de las democracias modernas basadas en la idea de representación. Se trata de un deber esencial de quien gestiona asuntos de terceros o pretende hacerlo. La rendición de cuentas permite controlar, analizar y valorar una acción, a fin de aprobar o no lo actuado, especialmente si hay un interés público que proteger.

La rendición de cuentas de las personas jurídicas en general está regulada como una obligación de las autoridades hacia los miembros de la sociedad o asociación de que se trate. La legislación establece que las rendiciones de cuen-

tas en materia económica (ej., los balances y estados contables) deben registrarse y hasta en algunos casos publicarse, para dejar a salvo los derechos de terceros posiblemente afectados. A mayor responsabilidad pública, mayores son las obligaciones. Si esta idea se proyecta al campo de los partidos políticos, se podrá concluir sin mayor dificultad que este deber ha de centrarse no solo en la relación que existe entre las autoridades partidarias y los miembros del partido, sino también entre dichas autoridades y el resto del cuerpo electoral y, más en general, con la población.

La creciente preocupación por la corrupción y los riesgos de que esta involucre a los partidos políticos y al aparato estatal, y la búsqueda de métodos para evitar estas prácticas obligan a poner el foco de atención en las relaciones o vínculos entre los dirigentes partidarios y funcionarios públicos y los representantes de los intereses económicos. Una de las áreas más sensibles en el tema de los partidos políticos, y que está relacionado con el motivo de inconstitucionalidad alegado, es el del financiamiento de las campañas electorales, que por sus características involucran sumas cada vez más elevadas que están exentas de controles eficaces. Ello produce una zona de opacidad y orienta o determina significativamente la acción de los funcionarios públicos, que fueron propuestos como candidatos por los partidos políticos, una vez electos”.

#### TRANSPARENCIA PARTIDARIA

“Los partidos políticos son instituciones u organizaciones fundamentales para la democracia representativa. Esta relevancia debe impulsar la búsqueda de transparencia, como una estrategia clave en la lucha contra la corrupción, en lugar de acentuar una respuesta sancionatoria. La complejidad del concepto de transparencia es manifiesto. La transparencia partidaria exige estándares de integridad en la acción política, la cual comienza por la publicidad y la facilitación del acceso a la información, pero no como fines en sí mismos, sino como herramientas indispensables para el ejercicio del control de legalidad, la auditoría económica y la puesta en marcha de la responsabilidad política.

C. En materia de manejo de fondos por parte de los partidos políticos, la transparencia contribuye a mejorar la calidad del proceso democrático ya que optimiza la calidad de la información del elector, facilita la identificación de vinculaciones entre políticos y sectores de interés, genera incentivos para evitar conductas corruptas o, por lo menos, aumenta el costo o el riesgo que traen aparejados los actos de corrupción, permite la verificación del cumplimiento de las normas sobre financiamiento, tiende a evitar la desviación de fondos públicos a favor del partido de gobierno, incentiva el control recíproco de los partidos políticos y brinda insumos y parámetros para la evaluación de las decisiones de los funcionarios, una vez que han sido electos”.

#### REGULACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SU FINANCIAMIENTO

“Existe una tendencia a creer que el control de los partidos políticos sobre el manejo de sus finanzas es un ámbito exclusivamente privado, en el que rige

una especie de “principio de máxima libertad” con respecto a la recaudación y empleo de los recursos económicos. No obstante, es ineludible regular de modo exhaustivo el funcionamiento de los partidos políticos y su financiamiento. Esta exigencia está justificada, por lo menos, en dos razones. Por un lado, la Constitución reconoce la existencia de los partidos políticos, a los cuales les confiere una importancia relevante en la democracia. Por otro, reduce el riesgo de que aparezcan casos de actos de corrupción de funcionarios públicos, relacionados con la financiación de la política.

Al momento de elaborarse la legislación respectiva, el Órgano encargado de producirla ha de tomar en cuenta los siguientes parámetros: (i) la exigencia de presentar rendiciones de cuentas a un determinado organismo y a la población; (ii) la forma y contenido de esas rendiciones de cuentas, para permitir el análisis y comparación de la información; (iii) crear mecanismos adecuados de difusión y divulgación de la información contenida en las rendiciones de cuentas, pues no es suficiente con que estos datos se registren ni que la institución controladora acceda a ellos, verifique su legalidad y aplique las sanciones correspondientes; (iv) garantizar el derecho de acceso a la información a los ciudadanos, de manera efectiva, sencilla y oportuna; (v) crear instrumentos de auditoría, de tal manera que se garantice la veracidad de la información reportada por los partidos”.

#### PUBLICITAR EL ORIGEN Y DESTINO DE LOS FONDOS CON LOS QUE SE FINANCIAN LOS PARTIDOS POLÍTICOS POSIBILITA EL VOTO INFORMADO

“Desde el punto de vista de la calidad del proceso democrático, es importante que el Legislativo regule la transparencia sobre el origen y destino de los fondos con que los partidos y candidatos financian su actividad. Es necesario facilitar al ciudadano información sobre quién y cuáles sectores están detrás de cada candidato. Esta publicidad, en la medida en que sea completa y oportuna, posibilita el “voto informado” del ciudadano y permite verificar la coherencia del discurso de los candidatos y la verdadera intención de las medidas de gobierno en caso de resultar electo. Las reglas sobre el financiamiento de la política no tienen por finalidad debilitar a los partidos, sino aplicar los principios de orden, racionalidad y transparencia en el manejo de fondos, que incluyen importantes sumas de dinero provenientes del presupuesto público y de los donantes privados. Para ello es conveniente que los partidos adecuen sus estructuras organizativas en cuanto a los procesos de decisión, ejecución y control interno de las decisiones financieras”.

#### DEBER DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DE CONTAR CON UN SISTEMA DE CONTROL INTERNO

“D. En una sociedad democrática, un adecuado sistema de control interno requiere la fijación de una serie de normas y procedimientos para asegurar la transparencia y corrección en el manejo de fondos, así como la correcta contabilización de esos movimientos y la organización de un sistema confiable de soporte de información que respalde cada movimiento. El sistema de control interno

debería prever también la existencia de una instancia cuya función específica sea el control y auditoría. Los partidos deben organizar sus sistemas contables y de información, de manera tal que tanto la autoridad pública, como la ciudadanía, puedan acceder a la información pública.

Con vistas a la transparencia que debe orientar el manejo económico de los partidos, tanto en su funcionamiento ordinario como en lo relativo a las campañas electorales, debe organizarse un sistema de información y registro que permita a aquellos no sólo cumplir de manera ágil, completa y veraz con las presentaciones periódicas que se exijan, sino también disponer de todos los datos que pudieran ser necesarios para ofrecer un cuadro aún más completo de su situación y gestión económico-financiera.

Para cumplir con estos objetivos, los partidos han de contar con registros de los aportes privados, que contengan, al menos, la identidad de los aportantes y los montos aportados, así como el registro de gastos ordinarios y de campaña; todo ello a fin de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, en consonancia con lo que esta Sala afirmó en las sentencias de 29-VII-2010 y de 24-X-2011, Incs. 61-2009 y 10-2011.

De igual manera es muy importante que se brinde a los ciudadanos, cuando así lo soliciten, la información detallada sobre los aportes de fondos públicos a cada partido y el uso que se hace de dichos fondos”.

#### DEMOCRACIA INTERNA DE LOS PARTIDOS SOMETIDO A RESERVA DE LEY

“2. Otro aspecto sometido a reserva de ley es la democracia interna de los partidos políticos. Fundamentalmente, esta alude al modo en que los partidos toman las decisiones, tanto en el aspecto procedimental como en el aspecto sustantivo de participación y transparencia. La democracia interna partidaria tiene como objeto impedir que un eventual déficit democrático de estas organizaciones se traduzca en una merma de los mecanismos de representación política y ponga en peligro el correcto funcionamiento del Estado democrático. Por ello, una forma de ver las relaciones entre democracia y partidos políticos consiste en entender que el elemento esencial de la primera es la participación y que los partidos políticos son en dicho contexto espacios fundamentales para su ejercicio.

Los partidos políticos no escapan a la fuerza normativa del principio de democrático. Si dichas organizaciones son el “único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno”, entonces sus normas, organización y funcionamiento también deben sujetarse a las normas —principios y reglas— de la democracia representativa (art. 85 inc. 2° Cn.) La democracia partidaria debe tener como postulado la idea de dominio de los miembros que la conforman, sobre sí mismos. Lejos de ser un orden de dominación, constituye un orden de cooperación pues se fundamenta en la concepción de la persona libre e igual en comunidad o asociación.. La democracia se considera un modo de legitimar a la dirección del partido porque el poder deriva de todos los que lo conforman y, además, excluye los autoritarismos y totalitarismos mediante elecciones libres y periódicas internas.

A semejanza de la democracia en general, la democracia interna de los partidos políticos puede entenderse en términos institucionales —*como democracia*



*formal*—, en donde el aspecto central es la elección de los órganos internos del partido y la postulación como precandidato para puestos de elección popular, por medio de elecciones competitivas. En este sentido, el método democrático es el mecanismo institucional cuyo fin es llegar a decisiones políticas y en el cual los miembros del partido adquieren la facultad de decidir y ser elegido, mediante una lucha competitiva por el voto. Según esta noción formal, la democracia consiste en un método de formación de las decisiones partidarias, y precisamente en el conjunto de las reglas que atribuyen a la militancia, o mejor, a la mayoría de los militantes, el poder de asumir tales decisiones. Por ello sus componentes típicos en los partidos son las elecciones libres y la regla de la mayoría.

Hay que recordar la incidencia que los miembros del partido tienen en la democracia interna partidaria. Ellos son titulares de un conjunto de condiciones que posibilitan su participación en la vida política de estas organizaciones; son, en definitiva, titulares de derechos de participación política oponibles al partido y a la dirección de estos, entre los cuales pueden mencionarse el derecho a votar en las elecciones de los órganos de decisión y de los precandidatos a cargos de elección popular, el derecho a ser electo o votado y, por ello, a competir para participar en el gobierno del partido y de ser admitido como precandidato, el derecho de petición política y el derecho de reunirse con fines políticos”.

#### FINALIDAD DEL CONTROL ESTRUCTURAL Y DE FINANCIAMIENTO SOBRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

“Pero esa dimensión formal de la democracia interna de los partidos es insuficiente, pues para su supervivencia necesita de límites sustanciales; la democracia partidaria, entendida solo en su aspecto formal, podría permitir la supresión de derechos fundamentales de los militantes de estas organizaciones políticas. La voluntad de los miembros se expresa auténticamente solo si lo hace libremente, y esto solo puede lograrse mediante el ejercicio del voto libre, directo, igualitario y secreto, y de las libertades de pensamiento, expresión, opinión e información, entre otros, en las elecciones internas.

Estas exigencias han sido reconocidas por esta Sala. En la sentencia 5-I-1994, Amp. 6-S-93, se recordó que los partidos políticos tienen la obligación de respetar y obedecer la Constitución. En dicho precedente se dijo que “... el artículo 85 parte final de la Ley Fundamental [...] impone a los partidos políticos la obligación de sujetarse a la Constitución, cuando se establece que *las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa*”. En consecuencia, los actos de los partidos políticos, como los de las demás entidades reconocidas a nivel constitucional, están sujetos al ordenamiento jurídico y, por ello, no pueden infringir la normativa constitucional. Se siguió expresando que “...[!]a actuación “ad intra” que realizan los partidos políticos no puede ser ignorada...” puesto que “...al constituir éstas elementos esenciales e imprescindibles para el funcionamiento del gobierno constitucional, para que las mismas actúen como verdaderos instrumentos del Gobierno, han de cumplir con el requisito de observar sujeción dentro del marco que traza la Ley Fundamental”.

Lo anterior condujo a afirmar que “...tanto la constitución, organización, funcionamiento, y hasta la extinción de los partidos políticos, deben encontrarse encuadrados dentro de los principios de una verdadera y sana democracia, contra todo aquello que las desconozca, afecte amenace”. Por ello, se concluyó que, “[e]n razón de la labor tan importante que ejecutan los partidos políticos, cada vez se demanda más por un proceso de control de su actividad —al interior o exterior— orientando sus actividades dentro de un marco del orden constituido, pues con ello —en el fondo— se defiende el sistema democrático. El control estructural y de funcionamiento que debe ejercerse sobre los partidos políticos [...] busca lograr que su estructura y actividad se adecúen a los principios constitucionales y democráticos, y al mismo tiempo se trata de proteger a los afiliados, especialmente en la selección de la dirigencia o de candidatos a cargos de elección popular, como manifestación de la democracia interna de los partidos políticos”.

En ese sentido, los miembros de los partidos políticos pueden oponer sus derechos constitucionales a estas estructuras. Entre estos derechos pueden mencionarse los de ejercer libremente el derecho a votar —con todas sus garantías: libre, igualitario, secreto y directo— y participar activamente en los procesos para integrar los órganos internos del partido, postularse como precandidato para puestos de elección popular, solicitar y recibir información sobre la marcha interna de la organización, manifestar libremente sus puntos de vista dentro y fuera del partido, y el de participar en la elaboración de los programas o en espacios de discusión. Por ello, la democracia interna de los partidos políticos implica observar el verdadero funcionamiento de estas organizaciones, es decir, cómo se elige a los líderes, cómo se designa a los órganos de dirección, qué procedimiento de control se establece para que los dirigentes rindan cuentas ante sus militantes, cómo se toman las decisiones y quienes intervienen en las mismas, qué actitud adoptan ante las corrientes de opinión, cómo se elaboran los programas y las líneas políticas y quiénes participan, qué puentes se construyen entre el partido y los ciudadanos, o qué proceso o criterios se siguen a la hora de confeccionar las listas electorales.

En síntesis: los derechos y garantías constitucionales que deben observarse en el sistema político en general y la participación de los ciudadanos en el mismo, son también aplicables, en lo pertinente, a los miembros de los partidos frente a sus respectivos institutos políticos”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 43-2013, fecha de la resolución: 22/08/2014.*

## **DERECHO DE IGUALDAD**

CONTENIDO RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO

“II. Previo a emitir el fallo que corresponda, resulta necesario externar unas breves consideraciones jurisprudenciales sobre el principio de igualdad, el derecho al trabajo, la función notarial y la profesión de la abogacía.

Al respecto se tiene:

1. A. El principio de igualdad pretende que las entidades estatales, en el ejercicio de sus actividades, den a todas las personas un trato equivalente, *si éstas se encuentran en condiciones similares*; sin embargo, también posibilita el trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados, si estos se encuentran en condiciones distintas; ambas opciones —vale aclarar— son permitidas, siempre y cuando, se desarrolle con base en criterios objetivos y justificables a la luz de la misma Constitución.

La igualdad, por tanto, puede presentarse como exigencia de diferenciación, de manera que deba darse un trato desigual a circunstancias o situaciones, que no obstante ser *similares*, mantienen un *criterio diferenciador relevante*; o como exigencia de equiparación, sobre situaciones o circunstancias que, no obstante mantienen ciertas *diferencias*, existe entre ellas un criterio relevante que habilita a tratarlas de manera similar —sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002—.

Por tanto, la igualdad que se predica de un conjunto de supuestos diversos, ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles. Cuáles sean éstos, es decir, cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación, *constituye el término de comparación respecto del cual se denuncia la desigualdad*.

Por ello, las impugnaciones normativas que pretenden evidenciar una violación al principio de igualdad deben encaminarse a establecer, no sólo la desigualdad aludida, sino además los motivos por los cuales se sostiene que esa diferenciación o equiparación —según sea el caso— no se encuentra justificada constitucionalmente.

Pero también, *el principio de igualdad es un concepto relacional*; por lo que el interesado en que se enjuicie la constitucionalidad de la norma jurídica que se propone como objeto de control debe concretar cuál es el mandato dirigido al legislador, quien está obligado a respetar las situaciones jurídicas de distintos sectores, en relación con las consecuencias previstas para supuestos de hecho con iguales características, es decir, su violación no puede ser afirmada o negada como descripción de la realidad aisladamente considerada, puesto que se trata de una concepción que surge con arreglo a una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones.

Por tanto, *el principio de igualdad en la ley se vulnera cuando un sector destinatario de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otro que posee las mismas características y sin que existan diferencias que permitan justificar la desigualdad*.

Ahora bien, es necesario recordar que, de acuerdo con lo afirmado en reiterada jurisprudencia de esta Sala, para el adecuado establecimiento de una pretensión de inconstitucionalidad que se base en una infracción a la *igualdad*, es necesario que el actor no sólo demuestre en términos argumentativos que la disposición impugnada contiene una desigualdad por *equiparación* o una desigualdad por *diferenciación*; y respecto a qué criterio se basa la comparación que le lleva a concluir que existe una diferenciación o equiparación, debiendo precisar con cuáles sujetos o situaciones se hace la desigualdad; sino que además debe evidenciar la existencia de una desigualdad carente de justificación —sentencia de 6-I-2004, Inc. 36-2002—”.

## TÉRMINO DE COMPARACIÓN COMO ELEMENTO NECESARIO

“B. Profundizando más en el *término de comparación* resulta relevante destacar sus componentes de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala, *v.gr.* la sentencia de 15-III-2006 pronunciada en la Inc. 10-2005.

a. El primero de estos consiste en el *elemento factual*, es decir los hechos, situaciones, regímenes o normas de carácter general en los cuales se basa la comparación que permita deducir la diferenciación de trato; al respecto, es necesario decir que dichos criterios deben ser comparables, es decir que las categorías comparadas deben pertenecer a la *misma clase* o, al menos, debe concurrir en ellas una cualidad común.

b. El segundo componente se configura mediante el establecimiento de las *similitudes o diferencias* abstractas o generales del elemento factual que sirven de fundamento para reclamar un trato equiparador o diferenciado, respectivamente. Estos dos elementos deben permitir examinar si el tribunal se encuentra ante estructuras jurídicas diferentes y con características propias, o en el caso de existir rasgos comunes, determinar hasta qué punto son relevantes para que se puedan considerar como normas o situaciones normativas equiparables. En definitiva, sólo acreditándose una semejanza o una diferencia sustancial entre las personas o grupos sometidos a un mismo régimen jurídico o a uno distinto, se podrá entrar a examinar la constitucionalidad de un trato diferencial o equiparador.

c. Por último, el tercer componente del término de comparación es la *finalidad y perspectiva de comparación*. Así, la finalidad se refiere a las razones por las cuales se formula la comparación estableciendo, ya sea la necesidad o la irrelevancia del factor diferencial para la protección de bienes jurídicos; lo que para algunos autores se traduce en la razón de ser o el fundamento de la norma. En definitiva, la finalidad de comparación permite examinar la arbitrariedad en la selección de *término de comparación* por parte del legislador quien es el que toma la decisión sobre el tema de regulación”.

## NECESARIO DEMOSTRAR UN CRITERIO RELEVANTE QUE DEMUESTRE LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE DESIGUALDAD

“III. Delimitadas las consideraciones jurídicas que anteceden resulta necesario contrastarlas con los argumentos propuestos por el ciudadano sobre el motivo de inconstitucionalidad alegado, para clarificar si han sido adecuadamente configurados.

En ese sentido se tiene:

1. A criterio del actor, las disposiciones impugnadas vulneran el principio de igualdad —art. 3 inc. 1° Cn. —, en relación con el derecho al trabajo —art. 2 inc. 1° Cn. — de los abogados que desean ejercer la función notarial, debido a que estos deben someterse a un examen que no es exigido para las personas que pretenden autorizarse como abogados.

El demandante sostiene además que las personas que pretenden ser notarios reciben un trato distinto en función de otro tipo de profesionales —ingenieros

civiles, administradores de empresa, economistas, entre otros— a quienes no se les exige examen alguno.

2. De los argumentos expuestos por el actor se colige que este propone como grupo de sujetos comparables, por una parte a los *abogados* aspirantes a convertirse en notarios —sujetos discriminados mediante la exigencia de aprobar el examen a que se refieren las disposiciones impugnadas— y por otro lado, a los *licenciados en ciencias jurídicas* que desean recibirse como abogados, quienes no requieren la aprobación de un examen.

Además, agrega un tercer grupo de sujetos comparables, que son los profesionales de otras carreras de quienes afirma que una vez graduados “registran sus firmas en la oficina correspondiente” y de inmediato pueden ejercer la profesión para la cual han estudiado; y como ejemplo señala a los *ingenieros civiles, administradores de empresa, economistas, etc.*

3. A. En atención a las circunstancias evidenciadas, es preciso retomar lo prescrito por las disposiciones impugnadas.

En ese sentido, el art. 51 ord. 3° LOJ establece que es atribución de la Corte Plena practicar el recibimiento de Abogados y autorizarlos para el ejercicio de su *profesión*; además, autorizar a los abogados para el ejercicio de *la función pública* del notariado, previa aprobación de examen.

El art. 145 del mismo cuerpo normativo prescribe que los abogados podrán ejercer la función pública notarial mediante la autorización de la Corte en Pleno. Aunado a ello, el art. 1 de la Ley de Notariado establece que “[e]l notariado es una *función pública* (cursiva suplida).

B. Al examinar el contenido normativo de las disposiciones legales relacionadas, se observa que todas determinan la diferencia entre *la abogacía* y *el notariado*, ya que se refieren a la primera como una *profesión* y a la última como una *función pública*.

Ello hace indispensable recurrir a la definición de ambos términos. Para ello, se tiene que el vocablo *profesión* es definido como el ejercicio de una carrera la cual ha sido seguida y culminada en un centro universitario; mientras que por *función pública* se entiende el conjunto de asuntos que deben ser seguidos por una persona vinculada al Estado por la obligación del derecho público.

4. A. De acuerdo con las circunstancias apuntadas, se colige que el grupo de *sujetos comparables* propuesto por el actor —abogados que desean convertirse en notarios y licenciados en ciencias jurídicas que aspiran a recibirse como abogados y el resto profesionales de otras carreras— no se encuentran en condiciones similares, pues no poseen las mismas características en relación con el tipo de faena que desempeñan. Por tal motivo, *no se percibe un criterio relevante que demuestre la existencia de una posible desigualdad.*

Al examinar los elementos que conforman el término de comparación propuesto por el ciudadano, se determina que los sujetos no son confrontables entre ellos en tanto que no pertenecen a una misma clase y sus diferencias (preexistentes) son más relevantes que sus supuestas similitudes.

En primer lugar, la persona que desea autorizarse como notario —abogado— ya ha cumplido los requisitos indispensables para el ejercicio de la profesión de la abogacía; mientras que las personas que desean convertirse en abo-

gados, son licenciados en ciencias jurídicas y deben cumplir con los requisitos demandados por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo estipulado en los arts. 140 y siguientes LOJ.

Otro elemento que denota que los sujetos propuestos no son comparables entre ellos es el tipo de actividad que realizan. El abogado ejerce una *profesión*, la cual consiste en la representación judicial o extra judicial de sus clientes; mientras que el notario detenta una *función pública* que le es conferida por el Estado para dotar de fe los actos que se otorguen ante sus oficios. Por ello, es que hay una diferenciación en los requisitos exigidos por la legislación para la autorización de cada uno de los sujetos propuestos como parámetro de comparación.

En atención a las circunstancias evidenciadas, el actor no ha configurado un *término de comparación* que permita a esta Sala realizar el juicio de igualdad a fin de evidenciar algún trato diferenciado; en consecuencia, el motivo de la pretensión propuesto a análisis se encuentra viciado, ya que los grupos de sujetos comparables no participan de las mismas características.

Por lo expuesto, este tribunal se ve imposibilitado de realizar un examen de fondo sobre la supuesta vulneración al principio de igualdad, ya que no cuenta con los elementos necesarios para ello, siendo procedente sobreseer el presente proceso respecto del motivo alegado.

*B.* No obstante lo anterior, es preciso referirse a la supuesta violación al art. 2 inc. 1° —derecho al trabajo— como elemento relacional del principio de igualdad.

Al respecto, la jurisprudencia oportunamente relacionada hace colegir que la función que desempeñan los notarios y que a criterio del actor se ve limitada para aquellos abogados que no hayan aprobado el examen establecido por las disposiciones impugnadas, es una actividad que no se enmarca dentro de un puesto laboral en el que medie una relación de subordinación entre un patrono y trabajador. El notario no está sujeto a la observancia de una jornada laboral, al cumplimiento de un horario, no recibe una prestación en concepto de salario.

Por ello, no es posible relacionar al principio de igualdad una aparente vulneración al derecho al trabajo de los abogados que no han aprobado el examen a que se refieren las disposiciones impugnadas, pues esta función no es de naturaleza laboral, sino más bien una manifestación del libre ejercicio de la profesión.

En atención a lo expuesto, igualmente deberá sobreseerse el presente proceso respecto de la violación al art. 2 inc. 1° Cn. —derecho al trabajo— como categoría relacional a la inobservancia al principio de igualdad”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 69-2012, fecha de la resolución: 01/09/2014.*

## DETENCIÓN PROVISIONAL

MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL QUE NO CONSTITUYE UNA PENA ANTICIPADA

“III. Si bien esta Sala ha tenido en varias ocasiones la oportunidad de pronunciarse acerca del inc. 2° del art. 331 C.Pr.Pn., con relación a la imposibilidad de sustituir la detención provisional por otra medida sustitutiva —admitiendo una

interpretación conforme del mismo— no puede dejar de señalarse que en tales pronunciamientos se han delineado de forma sumamente clara los presupuestos constitucionales que informan el instituto de la prisión preventiva dentro del proceso penal.

1. Así, el encarcelamiento preventivo se ha caracterizado como una medida cautelar de carácter netamente personal, en virtud de la cual se priva de su libertad física a un presunto autor o partícipe de un hecho delictivo durante la sustanciación de un proceso penal —v.gr. sentencia de 19-IV-2006, HC 217-2005).

En otras palabras, estamos en presencia de una privación de libertad que se ordena antes de la existencia de una sentencia firme, dictada por un tribunal competente y en contra de un imputado determinado, cuyo fundamento radica en el peligro de fuga —evitar la realización del juicio oral o la ejecución de una eventual sentencia condenatoria— o en el de la obstaculización de la averiguación de la verdad.

“2. Tal como se señaló en la sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006, los derechos fundamentales no son absolutos, y en cuanto a la libertad personal, esta puede ser limitada por otros valores, principios o bienes constitucionalmente protegidos cuando entren en conflicto; requiriéndose entonces efectuar diversas ponderaciones entre los intereses enfrentados, recayendo primeramente en el legislador la obligación de solventarlos y en el caso concreto en el juez de la causa.

Desde tal óptica, la necesidad de salvaguardar los fines del proceso penal mediante la sujeción del imputado al mismo —y aún de privarlo de su libertad hasta el pronunciamiento definitivo en ciertos casos— se muestra razonable bajo determinados presupuestos constitucionales, tales como el irrestricto respeto a la presunción de inocencia y a la proporcionalidad de la medida a aplicar. *Y ello a partir del entendimiento de la detención provisional como una medida cautelar de carácter personal —concepción procesal— y no como una suerte de pena anticipada —concepción sustantivista—.*

En efecto, como se ha sostenido en la sentencia de 16-IX-2003, Inc. 4-2003, las medidas cautelares son herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia a la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento. *Y por ende, lo que legítima constitucionalmente al encierro preventivo, es que se persigan con su adopción finalidades netamente procesales, esto es, asegurar la realización del juicio y la probable ejecución de una condena.* De ahí que se hable de su *instrumentalidad* como una de las características esenciales, aunque no exclusiva del instituto procesal en estudio, pues también la poseen todas aquellas medidas de coerción que dentro del proceso penal afecten la integridad personal, el derecho propiedad, la intimidad o las comunicaciones u otros derechos fundamentales de carácter personal —sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96—.

En precisión, y como se sostuvo en la sentencia de 14-IX-2011, Inc. 37-2007, la custodia provisional durante el procedimiento penal constituye solamente una de las maneras de conseguir que se cumplan los fines el enjuiciamiento, a saber: la averiguación correcta de la imputación objeto del proceso, evitar entorpecer el

descubrimiento de la verdad histórica, lograr el sometimiento del imputado al proceso —evitando un juicio en contumacia— y, ejecutar eventualmente la condena. Por ende, es indiscutible su necesidad dentro del catálogo de aquellas medidas de coerción procesal que la autoridad jurisdiccional competente puede utilizar”.

#### LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA

“Los anteriores considerandos, son coincidentes con lo expresado en el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— cuando estipula que la libertad del penalmente procesado “podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Así, como de lo expuesto en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— que establece “... [1] prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, en su caso, para la ejecución del fallo”.

A esto se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— cuando advierte la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia, tratándose la prisión preventiva de una medida cautelar y no de un anticipo de pena (Sentencia de 24-VI-2005, *Acosta Calderón vrs. Ecuador*, párrafo 111)”.

#### PRESUNCIÓN DE INOCENCIA NO PUEDE SIGNIFICAR DE NINGUNA FORMA LA PROHIBICIÓN DEL DICTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, CUANDO CON SU IMPOSICIÓN, SE BUSQUE SALVAGUARDAR FINALIDADES Estrictamente PROCESALES

“3. Por ende, tanto los requisitos como las causales contempladas en los arts. 329 y 330 del Código Procesal Penal, tienen que ser interpretados conforme la finalidad de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución de la eventual condena, haciendo posible el descubrimiento de la verdad material, evitando con su aplicación la fuga del imputado o que la prueba sea falseada; se descarta entonces que con su utilización se persigan metas preventivo-generales o preventivo-especiales que únicamente pueden predicarse de la pena de prisión.

No obstante lo anterior, esta Sala es consciente de la idéntica naturaleza material que existe entre la pena privativa de libertad y la detención provisional pues ambas entrañan una intensa restricción al derecho fundamental de la libertad personal; pese a ello, es posible efectuar un claro deslinde entre ambos institutos jurídicos en lo relativo a su finalidad, pues la primera —la pena— persigue el afianzamiento en la conciencia colectiva del respeto y fidelidad hacia el Derecho, mientras que la segunda —el encarcelamiento preventivo— tiene una función de aseguramiento procesal; no pudiéndose introducir a esta última las



diferentes concepciones relativas a los diversos fines de la pena, so pena de inobservar de manera grave el derecho fundamental relativo a la presunción de inocencia (*art. 12 Cn.*).

En resumen, y en un sentido distinto al señalado por el demandante al mencionar una probable afectación al inc. 1° del art. 12 Cn., la presunción de inocencia no puede significar de ninguna forma la prohibición del dictado de la prisión preventiva cuando con su imposición se busque salvaguardar finalidades estrictamente procesales; pero sí resulta constitucionalmente vedada su consideración como una suerte de pena anticipada o de sanción procesal. Por ende, es factible diferenciar la misma —el encierro cautelar— de la pena y de las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas por la comisión de un delito”.

#### PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN SU APLICACIÓN

“4. Lo desarrollado en los anteriores considerandos, ha permitido reconocer en la jurisprudencia de esta Sala, cuatro principios de corte constitucional que rigen la aplicación de dicho instituto —entre otras: sentencias de 31-I-2000 y 14-XII-2011, HC 452-99 e Inc. 37-2007 respectivamente, a saber: (a) la *excepcionalidad*; (b) *jurisdiccionalidad* (c) *provisionalidad*; y (d) *proporcionalidad*.

A. La *excepcionalidad* de esta medida de coerción parte de una premisa básica: el imputado debe recibir un trato de inocencia hasta que la sentencia que pone fin al proceso se encuentre firme. Por ende, su admisibilidad constitucional depende de que sea absolutamente imprescindible para los fines del proceso; y tal inferencia requiere, igualmente, examinar y llegar al convencimiento de que otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales pueden resultar un fracaso. En suma, constituye la *ultima ratio* de las medidas de coerción procesal de las que el juez puede valerse para asegurar los resultados del juicio. Percepción que es coincidente con la efectuada por la CIDH, cuando afirmó que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (sentencia de 7-IX-2004, caso *Tibi vs. Ecuador*, párrafo 106).

B. Por otro lado, su imposición constituye una manifestación clara de la potestad jurisdiccional del juez penal, quien, luego de examinar objetivamente los datos que consten en el proceso, debe exponer un análisis motivado sobre la conveniencia de la citada medida en el caso concreto que juzga y que, a grandes rasgos, se relaciona con una sospecha seria de culpabilidad acerca de que el imputado ha cometido un delito, y que su actuar en libertad representa un peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

C. La *provisionalidad*, es una calidad inherente a cualquier medida cautelar, en el sentido de que su duración es siempre temporal —hasta la finalización del proceso— y sujeta a la variación sustancial de las condiciones que han dado lugar a su imposición —el denominado principio *rebus sic stantibus*—. Conforme a este último, la prisión preventiva debe ser modificada o sustituida por otra medida menos invasiva de la libertad, cuando los fines de aseguramiento

procesal puedan ser eficazmente garantizados en una forma menos extrema; e igualmente, concluir su duración cuando los plazos fijados en el art. 8 del C.Pr. Pn. sean cumplidos.

D. Por último, la duración de la prisión provisional no puede sobrepasar de ninguna forma la pena que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria, particularmente de alguien que tiene un estatus de inocencia ante el Estado. En otros términos, debe impedirse que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal irremediable y mayor que la propia reacción legítima del Estado en caso de una condena”.

#### APLICARLA REQUIERE LA EXISTENCIA DE UNA SOSPECHA SUFICIENTE DE UNA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL DEL IMPUTADO

“IV. Se reconocen al menos tres presupuestos materiales y uno de carácter formal que son necesarios para el dictado de la prisión preventiva: (a) la existencia de suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del hecho delictivo, y de la probable intervención del imputado, sea como autor o partícipe; (b) la existencia de un peligro de fuga o de una probable actividad de obstaculización de la investigación; el (c) respeto al principio de proporcionalidad. Y por último, (d) la ineludible exigencia de una motivación adecuada a cada presupuesto.

1. El primer presupuesto ha sido desarrollado de forma incesante por esta Sala, y se ha identificado conforme aforismo latino del *fumus bonis iuris* o “aparición de buen derecho”; sin embargo, debe reconocerse que resulta más adecuada su identificación con la *existencia de una sospecha suficiente de una probable responsabilidad penal del imputado*. A ello hace referencia la regla décimo novena del *Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal de las Naciones Unidas*—conocidas como las *Reglas de Mallorca*— que establece “[l]a detención sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de la participación de la persona en un delito”.

Su contenido viene constituido por un juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida. Así, mientras no exista una sospecha fundada o suficiente de culpabilidad no podrá dictarse una sentencia condenatoria; y más aún, la gravedad de esa sospecha implica un deber de tolerancia del encartado en cuanto a soportar la referida medida coercitiva. *A contrario sensu*, ante una mínima sospecha aumenta sensiblemente el riesgo de que el encarcelamiento preventivo afecte a un inocente.

Y es que, verdaderamente, dentro del proceso penal, citando lo expuesto en la ya mencionada sentencia 28-2008, existe siempre un conflicto entre el interés del imputado en su libertad y el interés estatal en cuanto la persecución del delito. Por ende, cuando la sospecha de culpabilidad es fuerte, aumenta el interés estatal que se efectúa mediante la actividad investigadora, e incrementa la posibilidad del dictado de una sentencia de mérito. En forma distinta, cuando la posibilidad de una sentencia condenatoria es escasa debido a una débil sospecha de culpabilidad, disminuye el interés estatal en la persecución penal.

No obstante lo expuesto, la grave sospecha no es suficiente para decretar la detención provisional, pues únicamente se trata de un presupuesto que debe

ser relacionado, o bien con el peligro de fuga o de probable entorpecimiento de la labor de investigación”.

PARA ESTABLECER EL PELIGRO DE FUGA REQUIERE TOMAR EN CUENTA LA GRAVEDAD DEL DELITO Y DE LA PROBABLE PENA A IMPONER

“2. Con relación al peligro de fuga, el mismo hace referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, ya sea evitando la realización de la etapa contradictoria o evadiendo la pena probable a imponer.

Como causal habilitante de la detención provisional, busca evitar los procesos penales en ausencia y que se dilate excesivamente el desarrollo de cada una de sus etapas. Y es que no sería posible la aplicación de las consecuencias penales a quien no se encuentre sujeto al procedimiento, y mucho menos garantizarle de esa manera el ejercicio óptimo de la defensa material.

En la misma línea anterior, la ya citada sentencia de 14-IX-2011, Inc. 37-2007, establece que la gravedad del delito —y de la probable pena a imponer— es un elemento que debe ser tomado en cuenta dentro de un análisis integral de una serie de datos que permitan inferir con alta probabilidad el concreto peligro de fuga o la conveniencia de la aplicación de una medida sustitutiva. Así, el mismo tendrá que ser conjugado con otros elementos tales como las condiciones personales del imputado, su arraigo —familiar, domiciliario y laboral—, la ausencia de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone y sus obligaciones monetarias, etc.

Estos indicadores coinciden con lo expuesto por gran parte de la doctrina procesalista penal, en el sentido que dentro de las circunstancias a tomar en cuenta dentro del análisis judicial se encuentran el monto de la pena esperada, las relaciones personales y familiares del imputado, su estabilidad laboral, la existencia de un domicilio fijo o de frecuentes cambios de vivienda o empleo, las enfermedades que padece, el uso de identidades o documentación falsas, etc”.

PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN CONSTITUYE UN FUNDAMENTO VÁLIDO PARA DICTAR LA MEDIDA CAUTELAR

“3. En cuanto al peligro de obstaculización, éste constituye un fundamento válido para dictar la medida cautelar en referencia, debiéndose constatar de las investigaciones que existen motivos fundados de que —conforme al núm. 3) del art. 330 C.Pr.Pn.—:(a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (b) influirá para que co-imputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o (c) que inducirá a otros a realizar tales comportamientos u otros hechos análogos.

Al igual que el peligro de fuga anteriormente tratado, el peligro de obstaculización debe ser deducido conforme a las circunstancias que plantea el caso en concreto, tomando en cuenta —y a título ejemplificativo— las condiciones personales del imputado así como su relación con otras personas, el interés y las posibilidades que éste tenga de realizar actos de obstaculización en el procedimiento penal que se le sigue, etc.”.

## PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE PARA IMPONERLA

“4. En tercer lugar, la proporcionalidad implica que pese a la procedencia de las anteriores condiciones, puede resultar contraproducente restringir la libertad personal dada la intensidad de la afectación al derecho fundamental en cuestión. Así, la idoneidad requiere considerar que la prisión preventiva constituye un medio idóneo para contrarrestar tanto el peligro de fuga como de obstaculización del encartado. La necesidad, implica considerar al encarcelamiento preventivo como el último recurso de las medidas que el juez puede aplicar, de modo que si el fin de sujeción al procedimiento penal se puede lograr a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental deben aplicarse cualquiera de estos otros medios. Y ello se traduce en la posible selección de cualquiera de las alternativas señaladas en el art. 332 C.Pr.Pn.; y por último, con relación a la proporcionalidad en sentido estricto, exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”.

## ADOPCIÓN REQUIERE DE UNA RESOLUCIÓN MOTIVADA

“5. En cuanto al requisito formal de motivar adecuadamente la decisión que autoriza el encarcelamiento preventivo o de aquella que rechaza su modificación o sustitución, implica por parte de la autoridad judicial competente un análisis de cada uno de los requisitos materiales *supra* relacionados conforme una valoración de los materiales hasta ese momento recolectados durante la investigación, teniendo que establecerse de forma clara y precisa las razones por las cuales se ordena o se mantiene la misma —arts. 144 y 334 C.Pr.Pn.—.

Como se estableció en la anteriormente citada sentencia de 14-IX-2011 — Inc. 37-2007, la motivación cumplen dos funciones esenciales: (a) por medio de tal exigencia se intenta eliminar cualquier viso de arbitrariedad o voluntarismo que pueda introducirse en la toma de decisiones públicas, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la sujeción al derecho de los poderes estatales; y (b) desde el punto de vista individual, permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales resulta privado o restringido de un derecho fundamental o de alguna facultad, posibilitando de esa forma el adecuado ejercicio de los medios de impugnación.

La motivación de las resoluciones, hace factible pues, para las partes procesales, conocer que una determinada decisión tiene como base un irrestricto apego al ordenamiento jurídico vigente y que igualmente tiene como base una interpretación racional del mismo. Con ello se descarta entonces, que su génesis devenga en una voluntad antojadiza o caprichosa por parte de quien la dicta.

Tal actividad judicial reporta en materia penal una importancia trascendental, pues las resoluciones judiciales, tanto las que imponen una sanción penal como una medida cautelar real o personal, guarda una estrecha relación con el derecho constitucional a la presunción de inocencia —art. 12 Cn.—; ya que tanto la imputación penal como la actividad probatoria practicada para su comprobación,

exigen que el órgano decisor exteriorice en la resolución dichas apreciaciones y consideraciones, que a la postre, son las únicas capaces de fundamentar la legitimidad legal y constitucional de la sanción o medida impuesta.

Por ello, su contenido no queda satisfecho con la mera invocación de apreciaciones aisladas y muchos menos con el uso de frases ritualistas o carentes de sentido, sino que requiere la exposición de las razones que llevan a la autoridad judicial al convencimiento de que concurren los presupuestos *supra* relacionados conforme una mínima actividad probatoria que sirva de fundamento —sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004—.

V. 1. Conviene ahora, resolver las impugnaciones presentadas por el ciudadano [...], afirmando inicialmente que las causales comprendidas dentro de los núm. 2) y 3) del art. 330 C.Pr.Pn., corresponden a las ya reiterados peligros de fuga y de obstaculización desarrollados *in extenso* en el considerando anterior, y que junto a la grave sospecha de culpabilidad contemplada en el inc. 1° del art. 329 C.Pr.Pn., constituyen los requisitos fundamentales para la adopción o mantenimiento de la detención provisional; por ende, y al tener los mismos un expreso reconocimiento en la jurisprudencia de esta Sala que establece su compatibilidad con la presunción de inocencia contemplada en el art. 12 Cn., debe descartarse su impugnación de inconstitucionalidad.

2. En lo relativo al núm. 1) —y de igual forma como acontece con el núm. 5) del art. 330 C.Pr.Pn. que si bien no fue objeto de impugnación pero resulta oportuno referirse a él— se tratan de causales que implican indiciariamente un peligro presunto de fuga, relacionándose el primero ante el rechazo de asistir a la práctica de un determinado acto procesal sin justificación alguna, o en el caso del 5), de incumplir alguna de las medidas sustitutivas contempladas en el art. 332 C.Pr.Pn.; empero, *ninguna de ellas implica la adopción inmediata del encarcelamiento preventivo*, pues el juez debe cotejar tales supuestos con los requisitos legales establecidos tanto en el art. 329 núm. 1) como en el art. 330 núm. 2) y 3) C.Pr.Pn.; aunado a lo anterior, conforme al principio de *ultima ratio* o de excepcionalidad al que se ha hecho referencia, en el caso del incumplimiento de algunas de las reglas impuestas, el juez debe valorar y analizar la gravedad del incumplimiento y las razones que el encartado tuvo para inobservarlas”.

#### REITERACIÓN DELICTIVA

“3. Por otro lado, en relación con el art. 330 C.Pr.Pn., es procedente analizar la causal establecida en el núm. 4) referida a la probable reiteración delictiva. La intención legislativa que subyace en la misma, según lo manifestado en el traslado respectivo en el presente proceso, es el de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del imputado, lo cual implica un juicio de prognosis judicial concerniente a la probable actividad delictiva que en libertad cautelar pudiera desarrollar.

Debe reconocerse que, aún tratándose de una causal polémica en su interpretación, ya que para algún sector doctrinario implica la adopción de fines preventivo especiales en su dimensión negativa lo que es contrario a la naturaleza estrictamente cautelar del encarcelamiento preventivo, cabe efectuar una inter-

pretación conforme, entendiendo que la misma tiene una función procesal basada en impedir la comisión de nuevos delitos; pues ello implicaría un probable retardo en el proceso, en la medida que la investigación fiscal tendría que abarcar también esos nuevos hechos. Pero más allá de ello, su finalidad trasciende en términos generales a la protección del orden jurídico en general y donde existe un interés preponderante en la defensa de los bienes jurídicos de la comunidad.

Esto es particularmente valedero cuando la autoridad judicial pueda deducir ese peligro no sólo en lo concerniente a la personalidad del imputado, la forma en que realizó el hecho delictivo la existencia de procesos penales pendientes o anteriores en que haya sido procesado o condenado; sino también, cuando pueda establecerse con alta probabilidad, su pertenencia a un grupo criminal organizado, y en el que actúa como miembro activo, dirigente o colaborador permanente del mismo (art. 345 C.Pn.).

En tal sentido debe reconocerse de forma general, que en los ámbitos de la delincuencia organizada, la misma estructura organizacional —y en algunos casos jerarquizada— impide que sus miembros se sustraigan a la realización de hechos delictivos futuros que se encuentren dentro de su giro delictivo empresarial; y por ende, es factible considerar su probable continuidad delictiva, que —no obstante lo anterior— es una circunstancia de deberá establecerse judicialmente caso por caso.

Por ende, se descartan los argumentos de inconstitucionalidad relativos a su incompatibilidad con el estatuto fundamental salvadoreño”.

#### INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA SUJECIÓN AL PROCESO PENAL, PUEDE SER VALORADO POR EL JUZGADOR PARA IMPONER LA MEDIDA CAUTELAR

“4. Por último, y respecto a la orden de captura contemplada en el art. 87 C.Pr.Pn., obviamente si el imputado decide no comparecer al juicio, pese a ser notificado o, se fuga, puede inferirse válidamente un aumento del riesgo de que busque sustraerse a la acción de la justicia. Con ello, impide el normal desarrollo del procedimiento penal y pone en vilo la ejecución eventual de una condena. En tales casos, dicha orden de aprehensión se relaciona con la prohibición constitucional de desarrollar procesos penales en contumacia, lo cual es a todas luces contrario al derecho de defensa y a la idea constitucional del juicio oral y contradictorio.

Y si bien la rebeldía tiene como base la incomparecencia injustificada del imputado —y la orden de captura agota su contenido con su aprehensión— ese incumplimiento de las obligaciones derivadas de su sujeción al proceso penal, son circunstancias que ameritan ser tomadas en consideración por el juez, en orden a configurar el necesario peligro de fuga como un requisito fundamental del encierro cautelar. Conviene, entonces desechar también esta última argumentación expuesta por el demandante acerca de su inconstitucionalidad.

En consecuencia, y resultando factible efectuar una interpretación conforme con la Constitución y en coincidencia con la consolidada doctrina desarrollada por esta Sala, resulta procedente descartar la pretensión sostenida por el de-

mandante de los arts. 87 y de los numerales 1), 2), 3) y 4) del art. 330 C.Pr.Pn., y así debe ser establecido en la presente sentencia”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 56-2012, fecha de la resolución: 18/06/2014.*

## DISCIPLINA MILITAR

### RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DE LA FUERZA ARMADA

“IV. 1. En relación con el régimen jurídico especial de la Fuerza Armada, la Constitución determina que a ella le corresponde principalmente la defensa nacional, es decir, la protección de la soberanía del Estado y la integridad del territorio (art. 212 Cn.); y que “Su estructura, régimen jurídico, doctrina, composición y funcionamiento son definidos por la ley, los reglamentos y las disposiciones especiales que adopte el Presidente de la República” (art. 213 Cn.). De acuerdo con lo anterior, esta Sala ha interpretado que la Fuerza Armada tiene “una peculiar forma de ordenación, pues se caracteriza por [...] una organización profundamente jerarquizada, en la que la formación, unidad, disciplina y subordinación de sus miembros constituyen factores cruciales para alcanzar sus fines”. También se ha dicho que la disciplina militar tiene “una finalidad específica tanto en la formación como en el método por medio del cual se realiza este entrenamiento: el uso controlado de la violencia en el contexto de los conflictos armados”, “la defensa armada del Estado y de la población” o “el uso [...] potente de herramientas bélicas para someter a sus oponentes” (Sentencia de 17-V-2013, Inc. 4-2012).

En otras palabras, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la función de la Fuerza Armada influye en sus características institucionales, de modo que la “serie de valores y características que deben identificar el comportamiento individual y colectivo” de ella están determinados “por la naturaleza de sus funciones”. Aunque —se ha aclarado—, la Constitución también reconoce a la Fuerza Armada como una “institución permanente al Servicio de la Nación”, que “forma parte del Órgano Ejecutivo”; y que, en virtud de esa ubicación institucional, “forma parte de la Administración Pública, por lo que está vinculada, en su organización y funcionamiento, al principio de juridicidad, arts. 86 inc. 3°, 159 incs. 1° y 2° y 213 Cn.” (Sentencia de 11-IV-2014, Inc. 103-2012). Todo lo anterior indica que la Fuerza Armada tiene, efectivamente, unas características especiales de estructuración interna y sujeción funcional, que están justificadas, en principio, por la naturaleza de sus competencias constitucionales, pero sometidas en todo caso al respeto del ordenamiento jurídico”.

EJERCICIO E INTENSIDAD DE LA DISCIPLINA MILITAR SOLO PUEDEN JUSTIFICARSE EN LA MEDIDA ADECUADA, NECESARIA Y PROPORCIONADA PARA EL CUMPLIMIENTO DE DICHA FINALIDAD

“2. Como ya se mencionó, una de esas características especiales es la particular importancia e intensidad de la *disciplina* como pauta de comportamiento de sus miembros. La jerarquía y la disciplina también son elementos integrantes

e integradores de la Administración Pública general, pero no cabe duda de que en el seno de las fuerzas armadas esas condiciones del servicio reciben una connotación singular o diferenciada. Una observancia más estricta, intensa o acentuada de la disciplina en el ámbito militar es una consecuencia razonable de la necesaria cohesión (o unidad de acción) y eficacia operativa que requiere la defensa nacional, así como de la trascendencia social del perjuicio que su falta ocasionaría, en caso de incumplimiento de la misión de la Fuerza Armada. Esa relación entre eficacia funcional de la institución castrense y la disciplina militar —esta última, como relación de mando responsable y obediencia de lo ordenado dentro del marco constitucional y legal— puede justificar un mayor rigor o una elevada dureza de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

Sin embargo, reconocida la importancia de la disciplina militar, es indispensable tener clara su *condición instrumental*, es decir, su *utilidad como uno de los medios para lograr la finalidad* asignada por la Constitución a la Fuerza Armada. En otras palabras, *la disciplina militar no es un valor constitucional (como sí lo es la libertad), ni tampoco un fin en sí mismo, sino solo un instrumento o medio para favorecer el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, la eficacia de la defensa nacional. En consecuencia, el ejercicio y la intensidad de la disciplina militar solo pueden justificarse en la medida adecuada, necesaria y proporcionada para el cumplimiento de dicha finalidad.* Además, en cuanto la aplicación del régimen disciplinario militar suponga una limitación de derechos fundamentales, ella debe sujetarse a los principios y exigencias constitucionales propias de toda forma de injerencia sobre tales derechos”.

#### NECESARIO JUSTIFICAR LA VIABILIDAD DE SOBREPASAR LÍMITES AL DERECHO DE LIBERTAD FÍSICA DENTRO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR

“3. Sobre esto último, es cierto que el régimen jurídico especial de la Fuerza Armada a que se refiere el art. 213 Cn. implica una relevante modulación de los derechos de las personas que se integran a su servicio. Esta Sala ha reconocido en diversas ocasiones que una relación jurídica especial de servicio puede justificar limitaciones particulares o diferenciadas de los derechos de las personas sujetas a dicho vínculo (por ejemplo, en la Sentencia de 29-IV-2013, Inc. 18-2008, sobre el régimen disciplinario de la policía; y la Sentencia de 28-II-2014, Inc. 8-2014, sobre los límites de la actividad política partidaria de los servidores públicos). Sin embargo, es importante observar que no basta la simple invocación de una “relación especial de sujeción” para salvar la constitucionalidad de cualquier forma de limitación de los derechos fundamentales, pues no se trata de una categoría que tenga en sí misma la capacidad para exceptuar la fuerza normativa de la Constitución.

En el fondo y en lo relevante, ese tipo de relaciones jurídicas consisten en supuestos que implican el juego concurrente de una eventual colisión entre derechos y bienes constitucionales, y el alcance del principio de igualdad, en los que debe determinarse la existencia de razones constitucionalmente legítimas para efectuar distinciones o diferencias en el ejercicio de ciertos derechos. Entonces, lo esencial es justificar en forma específica y concreta por qué el dere-



cho en cuestión debe considerarse limitado a favor de una mayor eficacia en el cumplimiento de un fin constitucional tendencialmente contrapuesto. Desde esta perspectiva, las relaciones especiales de sujeción no se diferencian de las técnicas constitucionales de control de las limitaciones de derechos o las de resolución de conflictos entre derechos y otros contenidos de la Ley Suprema. En consecuencia, *no basta remitirse a la “especialidad” del vínculo de servicio del personal militar para superar las objeciones contra algún aspecto de su régimen disciplinario, sino que debe presentarse una argumentación suficiente que, desde la Constitución, haga aceptable la limitación de derechos cuestionada*”.

#### INEXISTENCIA DE RAZONES PARA FUNDAMENTAR EL SUPUESTO CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LA APLICACIÓN DEL ARRESTO

“V. En este considerando final corresponde analizar la pretensión de inconstitucionalidad de los demandantes, en relación con los argumentos de la Asamblea Legislativa y del Fiscal General de la República, a partir de las ideas expuestas por esta Sala en los dos apartados anteriores.

1. El alegato de los demandantes es muy puntual: la sanción disciplinaria militar de arresto debe sujetarse al plazo máximo de 5 días que establece el art. 14 Cn. A pesar de ello, se observa que tanto la autoridad demandada como el Fiscal centraron sus opiniones en la especialidad del órgano competente para aplicar la sanción disciplinaria, afirmando que se trata de una medida impuesta por la jurisdicción militar y que la Constitución reconoce a esta “como régimen excepcional respecto de la unidad de la justicia”, según el art. 216 Cn. La respuesta refleja cierto grado de imprecisión, pues los demandantes cuestionan el arresto disciplinario militar porque dura más de 5 días y no por la condición, jurisdiccional o administrativa, de la autoridad que impone dicha sanción. Ahora bien, la contestación parece dirigida a sostener que el art. 14 Cn. se refiere al arresto aplicado por “autoridad administrativa”; que la disposición impugnada se refiere a una sanción impuesta por una “autoridad jurisdiccional”; y que por ello no existe la contradicción alegada.

Lo primero que hay que observar es que la competencia jurisdiccional para la aplicación de la sanción disciplinaria de arresto militar *solo está afirmada* en los planteamientos de las autoridades referidas, pero *no se incluye el fundamento normativo que sostenga dicha afirmación*. Además, en contra de esa tesis, aunque el CJM denomine “penas disciplinarias” a las sanciones establecidas en su art. 168, *los arts. 163 a 167 (que tipifican o describen las “faltas” y las “simples infracciones de disciplina militar”) indican que las conductas sometidas a tales sanciones pretenden garantizar el normal funcionamiento interno de la administración militar, mediante una coerción para el cumplimiento de las obligaciones y deberes inherentes al cargo del personal*.

*Esto, más que un asunto jurisdiccional, constituye el objeto propio del derecho disciplinario, que la Administración ejerce por sí misma, como parte de sus potestades auto organizativas* (Sentencia de 29-IV-2013, Inc. 18-2008, ya citada). La competencia para imponer sanciones disciplinarias no debe equipararse a la función jurisdiccional especial reconocida en el art. 216 Cn., porque esta

última implica decisiones que tengan carácter irrevocable (Sentencia de 8-XII-2006, Inc. 19-2006), que las distinguen de los actos administrativos de carácter disciplinario. En definitiva, en el presente caso ni la Asamblea ni la Fiscalía han proporcionado razones para fundamentar el supuesto carácter jurisdiccional de la aplicación del arresto contenido en el art. 168 CJM, por lo que dicho argumento debe ser descartado.

2. Por otra parte, la Asamblea Legislativa afirmó que la diferenciación de trato —en cuanto a la mayor duración del arresto disciplinario militar— se fundamenta en una “causa objetiva y razonable”, que identifica con el hecho de “que los miembros de la Fuerza Armada constitucionalmente no pueden ser iguales que cualquier persona civil”, “ya que su labor dentro de la institución castrense demanda que estos velarán sobre la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio”. En otras palabras, la “causa objetiva y razonable” para regular una sanción disciplinaria más prolongada de arresto sería la importancia de la misión constitucional de la Fuerza Armada. La distancia entre esos extremos o la relación de causalidad implícita —que más tiempo de arresto por infracciones disciplinarias garantiza mayor eficacia en el cumplimiento de la misión— no está justificada, aunque se entiende que, con esa suposición, la Asamblea Legislativa otorga preferencia o prevalencia a la función instrumental de la disciplina militar, frente a la función de garantía del derecho de libertad física, que cumple el plazo constitucional del arresto administrativo.

Este otro planteamiento de la autoridad demandada también debe ser rechazado, porque a pesar de que en abstracto, una mayor severidad sancionadora podría ser *idónea* para asegurar la disciplina militar (y, como efecto, favorecer la eficacia del servicio castrense), esa idoneidad hipotética no basta (de hecho, la correlación entre incremento de las sanciones y mayor disuasión del comportamiento ilícito es un asunto controvertido). Además, el argumento requeriría justificar o argumentar en detalle la *necesidad* de la medida. Es decir, habría que dar razones por las que se considera que una medida disciplinaria menos grave (por ejemplo, el arresto de hasta 5 días en lugar de hasta 30) sería insuficiente para lograr el mismo resultado. De igual manera tendría que descartarse, como alternativa, una revisión de las escalas de gravedad de las infracciones disciplinarias, que acomode la pretensión de eficacia de la sanción dentro de los límites constitucionales (temporales) del arresto administrativo, y que en su caso reubique, si es procedente, las conductas cuyo desvalor supere la dosis constitucionalmente permitida de dicha sanción (cambiando el arresto por otra medida que se estime más grave, si una conducta lo amerita).

La Asamblea Legislativa también omitió justificar por qué una mayor limitación del derecho de libertad física, dentro del régimen disciplinario militar, debe considerarse proporcionada en sentido estricto o más beneficiosa que perjudicial en un balance conjunto de la medida. Si se considera que no está demostrado que más días de arresto garanticen una mayor disciplina, ni que esta sea el único medio para asegurar la eficacia de la defensa nacional, el beneficio de la medida parece menor o leve. Por el contrario, dado que el arresto disciplinario militar es una forma de privación de libertad (así lo confirma el art. 53 CJM), y que su prolongación temporal en la disposición impugnada supera por cinco veces al límite

de la misma medida en el campo administrativo ordinario, el perjuicio derivado de la extensión del tiempo de la sanción resulta grave. En tales circunstancias, *es inaceptable la afirmación de que la sola función de la Fuerza Armada sea una “causa objetiva y razonable” para que el art. 168 CJM exceda el límite temporal regulado en el art. 14 Cn.*”

DISCIPLINA MILITAR Y SU RELEVANCIA COMO MEDIO PARA LOGRAR LA EFICACIA DE LA DEFENSA NACIONAL, ES INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD FÍSICA

“3. Esta Sala considera que en este proceso no se han expuesto razones para exceptuar al arresto disciplinario militar del límite temporal de 5 días como máximo, que establece el art. 14 Cn. Por el contrario, *el carácter disciplinario de esa medida —es decir, su calidad esencial de medio aplicado por una administración al personal que la integra, para garantizar el funcionamiento interno del servicio— indica que su regulación y aplicación pertenece al ámbito administrativo, si bien con la especificación de que se trata de la administración militar. Además, la función de garantía del derecho a la libertad física que cumple la duración máxima del arresto disciplinario, y su conexión con el valor fundamental de la libertad, obliga a interpretarlo a favor de “toda persona”, sin ninguna distinción por “cualquier otra condición social” (como la calidad militar), salvo causa justificada de diferenciación, que en el presente caso no fue debidamente formulada.*

Asimismo, este Tribunal aclara que la incorporación de una persona al régimen jurídico especial de la Fuerza Armada no la despoja, por esa sola circunstancia, de sus derechos fundamentales, sino que la modulación inherente a dicha relación jurídica debe ser determinada y justificada de forma concreta en cada caso, considerando los bienes constitucionales en juego y la necesidad, proporcionalidad y constitucionalidad de las limitaciones derivadas de dicho estado funcional. Así se decidió, por ejemplo, sobre el alcance de las garantías constitucionales del procedimiento sancionador, precisamente en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar, en la Sentencia de 8-II-2013, Hábeas corpus n° 307-2012 (en este caso se impuso el arresto por 30 días, pero la duración no fue cuestionada por la demandante). En esa misma línea jurisprudencial, en este proceso se ha concluido que la disciplina militar, y su relevancia como medio o instrumento para lograr la eficacia de la defensa nacional, es insuficiente para justificar la limitación del derecho a la libertad física que implica un período de arresto superior al máximo de 5 días que establece la Constitución”.

*Sala de lo Constitucional número de referencia: 79-2011, fecha de la resolución: 27/08/2014.*

## ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS

PARÁMETROS O CRITERIOS QUE DEBE OBSERVAR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA AL EJERCER SU COMPETENCIA ELECTIVA

“III. La jurisprudencia constitucional ha determinado, a partir de los preceptos constitucionales aplicables, *una serie de estándares que configuran el régimen*

*jurídico fundamental de la elección de funcionarios de legitimidad democrática derivada.* Dichos parámetros o criterios, que deben ser observados por la Asamblea Legislativa al ejercer su competencia electiva, se refieren a aspectos como la legitimidad democrática de los funcionarios elegidos, su mandato de interés público, la despartidización, la meritocracia como criterio de elección, el procedimiento para ello y la documentación y motivación del acto electivo. Estos estándares son el resultado de una progresiva labor de concretización de las potestades constitucionales de la Asamblea Legislativa en este ámbito, expresada sobre todo en las Sentencias de 13-V-2011, 5-VI-2012, 9-VII-2012, 23-I-2013 y 14-X-2013; Inc. 7-2011, Inc. 19-2012, Inc. 23-2012, Inc. 29-2012, Inc. 49-2011 e Inc. 77-2013, respectivamente.

1. Sobre la *legitimidad democrática* de los funcionarios elegidos por la Asamblea Legislativa, en países como el nuestro el pueblo elige a sus representantes a través de elecciones periódicas y libres para atribuirles la facultad de tomar decisiones fundamentales para el país. Cuando estos representantes eligen a un funcionario público, la *legitimidad de origen* de estos deriva de los postulados de la democracia representativa. En ciertos casos, dicha legitimidad exige que la renovación popular de los representantes se sincronice con las elecciones de segundo grado, según el período de los cargos. Además, dichos funcionarios tienen una *legitimidad de ejercicio*, que deriva de su apego al marco jurídico establecido por el soberano y al objetivo de velar por los intereses de la comunidad que los eligió”.

#### FUNCIONARIOS ELEGIDOS POR EL ÓRGANO LEGISLATIVO NO DEBEN ACTUAR EN NOMBRE O A FAVOR DE GRUPOS DE PODER O SECTORES DETERMINADOS

“2. Precisamente sobre esto último, en cuanto al *tipo de mandato* de los funcionarios elegidos por el Órgano Legislativo, se ha establecido que el gobierno democrático y representativo (art. 85 inc. 1° Cn.) demanda de quienes son elegidos como representantes del pueblo, un compromiso con este, en el sentido de que no actúan en nombre o a favor de grupos de poder o de sectores determinados, sino de todos los miembros que conforman la sociedad salvadoreña, y que por tanto deben tomar en cuenta la voluntad y los intereses de la totalidad de sus representados. De igual modo, los funcionarios de elección de segundo grado son también delegados del pueblo y no es posible interpretar que cuando el pueblo se expresa a través de sus representantes, cambia la naturaleza de la elección. Es decir, que a dichos funcionarios les corresponde cumplir con las funciones públicas específicas para las que han sido elegidos, con poder de mando y de decisión, y dentro de las atribuciones y competencias que les da la Constitución y las leyes, con prevalencia del interés público o general sobre el interés particular.

Como resultado de lo anterior, el deber de obediencia de dichos funcionarios responde únicamente a los principios de constitucionalidad y legalidad, independientemente de los partidos políticos que hayan alcanzado el consenso para designarlos o de la corriente política que se encuentre en

la titularidad de los Órganos Legislativo y Ejecutivo. Asimismo, los elegidos están llamados a cumplir una función propia, institucional, de servicio a los intereses generales con objetividad y eficacia. Ello implica que en el ejercicio de su función han de obrar con criterios no partidistas o particulares, sino objetivos, cumpliendo las leyes y la Constitución —arts. 125, 218 y 235 Cn.— en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz, para realizar el interés general y para hacer efectivos los derechos fundamentales de la persona humana”.

#### NECESARIA DESPARTIDIZACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS QUE TIENEN FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO

“3. Una consecuencia directa de lo anterior es la necesaria *despartidización* de las instituciones públicas que tienen *funciones constitucionales de control sobre el ejercicio del poder político*. La exigencia de vinculación al ordenamiento jurídico formulada en el art. 86 inc. 3° Cn., no implica sumisión a actos de la Asamblea Legislativa diferentes a la producción de la ley, ni un vínculo jurídico con los partidos políticos representados en dicho órgano, que pudiera generar nexos de dependencia ideológica en la actuación del funcionario elegido. Los partidos políticos ocupan sin lugar a dudas una posición instrumental muy importante en el juego de la representación política, proclamados como la vía de expresión del pluralismo político y la tolerancia ideológica. Sin embargo, el funcionariado público, profesional y responsable (penal, administrativa y patrimonialmente) se debe al servicio del interés general por el cual se crea la institución a la que representa y no a un partido político determinado. Por ello, para garantizar el cumplimiento del mandato de interés público del funcionario elegido por la Asamblea para ciertos cargos, es imperativo, *como mínimo*, que los candidatos no tengan ninguna afiliación partidaria.

En este punto es necesario aclarar, en primer lugar, que *la categoría de “instituciones públicas que tienen funciones constitucionales de control sobre el ejercicio del poder político” o de “control institucional” se refiere a los órganos y cargos públicos cuyas potestades que impliquen: a) la finalidad o una relación instrumental objetiva e inmediata de protección de los derechos fundamentales de las personas o de los principios constitucionales inherentes al Estado Constitucional de Derecho, frente al ejercicio del poder político; y b) la utilización de normas jurídicas como parámetros para evaluar, calificar, fiscalizar, contrapesar, vigilar o limitar —directamente o por medio de la activación de la sociedad civil— el ejercicio del poder o las funciones públicas de otros órganos estatales. En segundo lugar, que la prohibición de la afiliación partidaria es solo una de las manifestaciones posibles de la despartidización institucional, puesto que esta proscribiera cualquier otro vínculo real o material que genere una dependencia del candidato o funcionario hacia un partido político, verificados antes o después del acceso al cargo, incluyendo los supuestos de desvinculaciones aparentes, que configuren fraudes a la Constitución”.*

## MERITOCRACIA COMO CRITERIO DETERMINANTE EN LA ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

“4. Volviendo a la jurisprudencia reseñada, sobre la necesidad de que la elección de los funcionarios públicos esté informada por el *criterio de la meritocracia*, se ha expresado que la garantía de una mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos, reside en la profesionalidad y honradez de los funcionarios públicos y de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública. Por esto, el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas exige una cualificación profesional precisa para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo correspondiente, lo que implica que los requisitos de acceso al cargo deben garantizar dicha profesionalidad, mediante la utilización de criterios de probidad y competencia, que contribuyan a obtener el nivel de confianza ciudadana requerido en cada caso por la naturaleza de la función. Así, la naturaleza de la institución respectiva y sus funciones condicionan de manera importante los requisitos de los aspirantes al cargo, pues a partir de este contexto es que dichos requisitos se deben determinar, caso por caso, por parte del órgano elector”.

## PRINCIPIOS QUE ESTRUCTURAN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO PARA LA ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS

“5. Además, se ha dicho que la Asamblea Legislativa debe dar cumplimiento a los principios que estructuran el *procedimiento legislativo para la elección de funcionarios* (que son los que también rigen la producción de normas generales y abstractas) tales como: democracia, pluralismo, participación, publicidad y transparencia. Estos principios operan en una doble dirección: desde la Asamblea Legislativa hacia los ciudadanos, que se manifiesta 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, a las Comisiones o al Pleno de la Asamblea (salvo supuestos de justificada reserva), no sólo para exponer puntos de vista o necesidades, sino incluso, propuestas específicas que requiera la actividad legislativa. Consecuentemente, la publicidad es el medio para que la discusión social adquiera una dimensión política y que el debate parlamentario tome una proyección social, lo cual es un elemento fundamental de la democracia representativa.

6. Finalmente, sobre la *documentación y motivación del acto electivo*, esta Sala ha precisado que, como efecto de todo lo anterior, el Órgano encargado de la elección debe contar con la documentación que permita acreditar que los candidatos para determinado cargo son objetiva y comprobadamente idóneos para desempeñarlo, por contar con la cualificación técnica, profesional y personal requeridas. Sin embargo, no basta la simple suma de atestados, informes u otros documentos, sino que es obligatorio que en el correspondiente dictamen se justifique por qué se estima que una determinada persona reúne los requisitos esenciales para ejercer un cargo público y qué sustenta tal conclusión, sobre

todo cuando existen circunstancias objetivas que indiquen la existencia de un obstáculo para la realización de las funciones respectivas o un riesgo para el ejercicio eficaz e independiente del cargo. En definitiva, lo que la Constitución requiere es que el órgano competente evidencie que la elección no ha obedecido a criterios de conveniencia política o simple reparto de cuotas partidarias, en perjuicio de la independencia de los titulares en el ejercicio del cargo”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 18-2014, fecha de la resolución: 13/06/2014.*

## EXAMEN DEL NOTARIADO

### FUNCIÓN NOTARIAL

“2. Ciertos autores opinan que al definir el *Notariado* igualmente se dota de contenido a la labor que desempeña el mismo *notario*, ya que es este quien ejerce la *función notarial*; de cualquier forma, el notariado abarca tanto al conjunto de personas facultadas para ejercer el derecho notarial, así como el contenido de dicha función, sus límites y alcances.

Así, la función notarial es la actividad jurídico-cautelar cometida al notario, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización de sus derechos subjetivos con el fin de dotarlos de certeza jurídica conforme a las necesidades de tráfico y de su prueba eventual.

En términos teleológicos la finalidad del notariado se justifica en función de la seguridad jurídica requerida por la sociedad, la cual se obtiene gracias a la dación de fe. Esta rama del derecho tiene un carácter intenso, pues posee la peculiaridad de relacionarse de manera constante con todas las materias jurídicas.

En consecuencia, el notario debe ser una persona con un determinado grado de preparación jurídica y social, su función —como se anotó— está destinada principalmente a brindar seguridad jurídica; de allí que este sea un especialista del derecho, un controlador de la legalidad de los actos. Su función demanda un constante estudio, preparación y actualización en materia jurídica.

El notario interpreta las normas en su calidad de especialista en derecho para poder dar una mejor solución a los problemas que se le planteen, esto obliga a que se mantenga jurídicamente actualizado y domine por completo la legislación, la jurisprudencia y los criterios administrativos que se vinculan con todas las materias jurídicas con las que mantiene relación constante (sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006).

4. La *Abogacía*, por su parte, es el nombre que recibe la profesión del abogado, es decir, la profesión de la persona especializada en ciencias jurídicas. Los abogados son los profesionales del derecho, cuya misión esencial es la defensa de los derechos de las personas, ya sea judicialmente (procuración ante los tribunales) o extrajudicialmente (asesoramiento privado).

El término abogado, puede ser definido de forma genérica como la persona —con título de grado habilitado conforme a las leyes— que ejerce el Derecho,

*en asistencia a terceras personas. Cuenta con una sólida formación teórica y suficiencia práctica, supervisada por las universidades y el Estado”.*

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 69-2012, fecha de la resolución: 01/09/2014.*

## FONDOS DE PENSIONES

### INSTRUMENTO DE AHORRO QUE CUMPLE FUNCIÓN COMPLEMENTARIA DEL NIVEL OBLIGATORIO Y PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL

“5. A. Ahora bien, dentro de la estructura de la seguridad social, se reconoce como uno de sus elementos integrantes a los *sistemas de pensiones*, definidos como mecanismos de protección social que los Estados utilizan para brindar seguridad a los trabajadores ante los inminentes riesgos potenciales derivados de la reducida capacidad de trabajo o de la disminución en las oportunidades laborales durante la vejez, o ante contingencias tales como invalidez y muerte.

De acuerdo con esto último, las pensiones comúnmente ofrecidas por los sistemas previsionales son las siguientes: (i) *pensiones por vejez*, que tienen como objetivo proveer estándares dignos de vida en la vejez comparables a los experimentados por los trabajadores mientras estén activos; (ii) *pensiones por invalidez*, que protegen a los individuos y a sus familias, en caso de incapacidad temporal o permanente que les impiden recibir ingresos laborales; y, (iii) *pensiones por sobrevivencia*, otorgada a los beneficiarios de los cotizantes al sistema por el evento de su fallecimiento.

B. Ante tales contingencias, el diseño y operación de los *sistemas de pensiones, como esquema de beneficios vinculados al empleo* requiere la consideración de mecanismos y modelos concretos para administrar y recolectar recursos que conforman los *fondos de pensiones*.

Siguiendo el orden de ideas, los fondos de pensiones constituyen una modalidad de ahorro por medio de inversión, pudiéndose beneficiar de los mercados financieros y, en particular, de los mercados bursátiles, que llevan consigo la inversión a través de sujetos que gestionan de manera profesional y rentable sus inversiones. Según lo expuesto, el régimen financiero de los fondos de pensiones tiene como presupuestos el ahorro obligatorio por medio de aportaciones y la transformación de las aportaciones en inversiones para generar rendimiento a los ahorrantes y evitar la depreciación monetaria.

Como se observa, los fondos de pensiones cumplen una función económica principal en relación con la previsión social, que consiste en proporcionar los recursos para los mecanismos de dicha previsión en relación con la seguridad social obligatoria, así como una función secundaria o indirecta con respecto al sistema financiero.

Precisamente en atención a tales funciones se vuelve de interés social la correcta administración e inversión del patrimonio de los fondos de pensiones, lo cual lleva a establecer criterios genéricos de inversión, que obedezcan a los principios de seguridad, liquidez, rentabilidad, diversificación y congruencia de plazos adecuados a sus finalidades, tal como lo señala el art. 88 inc. 1° de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones”.



## MODELOS DE GESTIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES

“C. a. Por lo expuesto, cabe distinguir, en relación con los fondos de pensiones, por un lado a los titulares —cotizantes y pensionados—, que tienen la propiedad sobre el dinero depositado, y por el otro a los entes de custodia de los depósitos que, dependiendo del modelo implementado, pueden coincidir o no con los entes gestores que llevan a cabo la administración de los fondos.

En consideración a lo anterior, según la manera cómo los ahorrantes se relacionan con los fondos de pensiones, se distinguen modelos de gestión de los mismos, siendo los más usuales los modelos de fondo colectivo —o “de reparto”— y los modelos de fondo de propiedad individual —o de “capitalización plena e individual”— arts. 1 y 2 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

b. Los *sistemas de reparto “puros”* se entienden como aquellos en los que los pasivos son financiados mediante pagos continuos que se transfieren de los grupos económicamente activos a los económicamente inactivos de la población. En estos casos la Administración Pública asume la responsabilidad incondicional del pago de pensiones y también asume el riesgo financiero del pago de beneficios.

Los caracteres de un sistema de fondo colectivo o de reparto, tradicionalmente utilizado en el sistema público de pensiones, son los siguientes: (a) son de prestación definida, determinada por la ley; (b) es de cotización no definida, pues tiende a aumentar en el tiempo; (c) régimen financiero sin reservas de fondos por adelantado y en los cuales el costo de los beneficios anuales y gastos administrativos se cubre con las contribuciones realizadas cada año; y, (d) su administración es pública.

Los sistemas de reparto toman como base de su funcionamiento el principio de equivalencia, el cual parte del supuesto de que las estructuras poblacionales no sufren alteraciones esenciales en el tiempo y que, por tanto, los ingresos percibidos por cotizaciones son suficientes para cubrir las obligaciones contraídas con los sectores pensionados, sólo dejando cierto remanente para el pago de gastos de los encargados de administrar el régimen.

c. Por otro lado, en los modelos de *capitalización plena e individual* los sistemas de pensiones no acumulan reservas, sino que son los individuos quienes las acumulan, a través de contribuciones obligatorias realizadas por ellos mismos y por sus empleadores, ahorros para conformar un fondo que determinará —en conjunto con la rentabilidad del mismo— el nivel futuro de su pensión. Como se observa, este modelo reposa en el concepto de propiedad individual sobre los aportes, difiriendo cada trabajador una parte de su salario actual para su consumo futuro, con sus respectivos intereses, siendo los individuos quienes asumen el riesgo financiero correspondiente de su pensión.

Así, retomando lo señalado en el art. 77 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en un sistema de capitalización plena e individual, el conjunto de las cuentas individuales de ahorros para pensiones forman el fondo de pensiones —el cual es propiedad exclusiva de los afiliados— además de otros elementos como la reserva de fluctuación de rentabilidad, los certificados de traspaso que se hubieren hecho efectivos y las rentabilidades de sus inversiones.

Dichos sistemas de capitalización individual se caracterizan porque (a) tienen una *cotización definida*, que aunque es fija puede aumentar por el envejecimiento poblacional; (b) son de *prestación no definida*, porque se determina por el monto salarial y cotizaciones aportadas y también por la rentabilidad de la inversión y factores macroeconómicos; (c) el *régimen financiero es individual*, ya que las cotizaciones individuales de los asegurados se depositan en sus cuentas individuales, el fondo en éstas se invierte y su rentabilidad se agrega, y la pensión se calcula con base en el fondo acumulado al momento del retiro y tablas de mortalidad sobre la expectativa de vida; y, (d) la *administración es privada*, pues se realiza a través de terceros.

Estos terceros administradores en comento en los sistemas de capitalización individual son las Administradoras de Fondos de Pensiones, instituciones previsionales, de carácter financiero, que tienen como objeto exclusivo administrar el fondo de pensiones y gestionar en nombre de los trabajadores y los beneficiarios protegidos por el sistema las prestaciones y beneficios otorgados por ley, encargándose para ello —según los arts. 23 y 24 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones— de recaudar las cotizaciones y aportaciones correspondientes, de abonarlas en las respectivas cuentas individuales de ahorro para pensiones e invertir dichos recursos de acuerdo a la ley.

d. Independientemente del modelo de gestión que se adopte, es necesario enfatizar que las *inversiones* de los fondos de pensiones son el medio por el cual se permite el funcionamiento de un sistema y el otorgamiento de pensiones justas y adecuadas a los trabajadores para cubrir sus necesidades durante la vejez, o bien a causa de discapacidad o muerte.

En los modelos de capitalización plena o individual —cuya características se describen en el art. 2 letra b) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones—, se persigue que las inversiones de tales fondos garanticen mejores pensiones a los trabajadores y sean capaces de brindar, por tanto, condiciones óptimas de seguridad social, mediante una eficaz inversión de estos ahorros, según criterios de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo que lo multiplique como capital y genere adecuadas tasas de rentabilidad en el largo plazo”.

#### DESARROLLO HISTÓRICO DEL CAMBIO DE MODELO DE GESTIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL SALVADOR

“6. A. El cambio hacia sistemas privados de pensiones experimentado en nuestro país supone, entre otros aspectos, (i) la extinción abrupta o progresiva de los sistemas de pensiones previos; (ii) la asunción por el Estado de los costos de transición; y (iii) la generación de un sistema de ahorro obligatorio hasta la jubilación, administrado íntegramente por sociedades privadas en competencia —las Administradoras de Fondos de Pensiones—, con una regulación a cargo del Estado. Los fondos aportados por los trabajadores cotizantes de los sistemas privados se invierten en títulos de renta fija — básicamente en bonos estatales—, en el sistema financiero y en títulos de renta variable — básicamente de empresas privadas— y en menor grado, en el extranjero.

Excepcionalmente, las reformas de los sistemas persiguen el cumplimiento de la deuda, es decir las obligaciones de pago en concepto de pensiones que no

alcanzan a ser cubiertas por fondos provenientes de contribuciones, reservas o impuestos y que, por tanto, deben ser asumidas por el Estado en su rol de garante del sistema de pensiones y que forman parte del déficit público.

B. a. En el caso de El Salvador, hasta 1996 existió un sistema basado en un esquema tradicional de reparto, año en el cual se aprobó la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que entró en vigor en 1998, implementándose a partir de ese momento una reforma estructural mediante la cual se cerraron los dos programas públicos de pensiones de prestación definida que existían para trabajadores del sector privado bajo el ISSS, y para trabajadores y empleados públicos bajo el INPEP —colocándolos bajo el Sistema de Pensiones Público— y se adoptó el Sistema de Ahorro para Pensiones, modelo de cotización definida y de gestión privada por medio de Administradoras de Fondos de Pensiones, de capitalización plena con cuentas individuales propiedad de los afiliados, con aportes de trabajadores y empleadores en el que el Estado asume un rol como fiscalizador y regulador.

A su entrada en vigencia, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, de acuerdo a una división por edades, reguló: (a) que los menores de 36 años ingresarían al Sistema de Ahorro para Pensiones, dado que por su edad estas personas se beneficiarían plenamente del proceso de capitalización de sus aportes; (b) que el grupo de personas desde los 36 años pero menores de 50 en el caso de las mujeres y 55 para los hombres, tendrían la opción de permanecer en el Sistema de Pensiones Público o de migrar hacia el sistema privado—los “optados”—, considerando el monto de la pensión probable en cada uno de los esquemas; y, (c) que las mujeres y hombres de 50 y 55 años, respectivamente, o mayores, permanecerían en el Sistema de Pensiones Público. Adicionalmente, en dicho cuerpo normativo se reguló que, en lo sucesivo, los trabajadores que se encontraran dentro de la Población Económicamente Activa (PEA) y que fueran asegurables, habrían de afiliarse al Sistema de Ahorro para Pensiones por medio de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Debido a esas regulaciones, los estudios en la materia —Fundaungo, “Diagnóstico del Sistema de Pensiones en El Salvador (1998-2010)”— señalan que en el año 2010 el Sistema de Ahorro para Pensiones tenía 97% del total asegurado en todo el sistema, mientras que el restante 3% estaba en el Sistema de Pensiones Público.

Para los afiliados que estaban en el Sistema de Pensiones Público que se trasladaron al Sistema de Ahorro para Pensiones y que tenían un mínimo de doce cotizaciones, la ley —arts. 184, 185, 229 a 232 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones— creó los certificados de traspaso y de traspaso complementarios, como documento de reconocimiento monetario del tiempo cotizado por dichos trabajadores “optados” en los esquemas administrados por el ISSS e INPEP, que se transfieren a las Administradoras de Fondos de Pensiones correspondientes a efecto de financiar su pensión junto con el saldo acumulado en las cuentas individuales.

b. Debido al agotamiento de las reservas técnicas desde el año 2000 en el ISSS, y desde 2002 en el caso del INPEP, el déficit del Sistema de Pensiones Público se financió por el Fisco hasta el año 2006, en el cual se creó el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales —con un plazo indeterminado—, como un

mecanismo de financiamiento de las pensiones del sistema público y de la deuda, designándose al Banco Multisectorial de Inversiones como fiduciario o administrador, al ISSS e INPEP como fideicomitentes y fideicomisarios y solamente como fideicomitente al Ministerio de Hacienda —art. 1 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales—.

Para el financiamiento de dicho fideicomiso, la Ley del Fideicomiso de Obligaciones (arts. 3, 11 y siguientes) contempló la emisión de Certificados de Inversión Previsional como títulos de obligación negociables, los cuales pueden ser adquiridos o intercambiados por las Administradoras de Fondos de Pensiones con la finalidad de pagar y canjear la deuda de pensiones, estableciéndose, asimismo, que los certificados de traspaso y los certificados de traspaso complementarios fuesen sustituidos por Certificados de Inversión Previsional, extendiendo el plazo de 15 a 25 años y devengando una tasa de interés variable.

De acuerdo a la normativa pertinente, existen dos tipos de Certificados de Inversión Previsional. Por un lado, se encuentran los “Certificados A”, destinados al pago de pensiones por vejez, invalidez común y sobrevivencia del Sistema de Pensiones Público y de otros beneficios, incluyendo asignaciones y pagos anuales en concepto de pensión de aguinaldo, así como los beneficios contemplados para afiliados optados al Sistema de Ahorro para Pensiones que se pensionen por vejez después de la reforma de 2006. Por su parte, los “Certificados B” que son intercambiados por títulos previsionales existentes, es decir los certificados de traspaso y certificados de traspaso complementarios.

c. Aunado a esto, debe mencionarse que desde el inicio de operaciones del Sistema de Ahorro para Pensiones en 1998 hasta 2005, los fondos de pensiones estaban obligados a mantener una inversión mínima en valores emitidos por el Fondo Social para la Vivienda — los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social—, con la finalidad de utilizar los recursos obtenidos para el otorgamiento de créditos a trabajadores del sector formal para la adquisición de viviendas nuevas de interés social.

Como lo señalan estudios en materia de pensiones —ASAFONDOS, “Diagnóstico del Sistema de Pensiones en El Salvador y Formulación de Propuestas de Mejora y Aseguramiento de su Sostenibilidad”—, a diciembre de 2000, las inversiones en títulos emitidos por dicha institución representaba un 24% del fondo de pensiones, mientras que en octubre 2012, había disminuido a un 3.23%. Sin embargo, en marzo de 2012 se estableció nuevamente la obligatoriedad de inversión en instrumentos emitidos por esa entidad, tal como se refleja en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones”.

#### PAPEL DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES EN EL MODELO PREVISIONAL DE CAPITALIZACIÓN PLENA O INDIVIDUAL

“C. De acuerdo con los artículos 23 y 24 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, el objeto exclusivo de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el modelo previsional de capitalización plena o individual, es la administración de los fondos de pensiones, así como gestionar y otorgar las prestaciones y beneficios que establece la Ley, para lo cual recaudan las cotizaciones y apor-

taciones correspondientes, las abonan en las respectivas cuentas individuales de ahorro para pensiones e invierten los recursos de acuerdo a lo que dispone dicho cuerpo legal.

Como se explicó, en el modelo de capitalización plena o individual, el monto de la pensión de cada afiliado depende principalmente del saldo de las cuentas individuales en mención, el cual, conforme al artículo 18 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, es la sumatoria de los aportes obligatorios del trabajador y empleador, así como de los aportes voluntarios de éstos, los *rendimientos* que se acrediten y otros aportes, siempre y cuando cumplan los requisitos de la citada Ley.

Específicamente, en cuanto a los rendimientos que obtienen las cuentas individuales, éstos surgen de la *rentabilidad de las inversiones que las Administradoras de Fondos de Pensiones realizan* de tales fondos, en ejercicio de la libertad de contratación, tal como lo regula el artículo 88 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, lo cual depende a su vez de ciertas condicionantes como la dinámica de los mercados locales de trabajo, las características del entorno institucional, las regulaciones mismas del sistema de pensiones, el funcionamiento de los mercados de capitales, la situación fiscal del país y los mercados financieros internacionales.

Como se observa, la rentabilidad de un fondo de pensiones y de las cuentas individuales que lo conforman, depende directamente de la capacidad y oportunidad que las Administradoras de Fondos de Pensiones tengan para contratar e invertir los mismos y de la consideración del entorno financiero doméstico e internacional, así como de los límites que el marco jurídico respectivo imponga en consideración al bien común y al interés general, tomando en cuenta que las Administradoras de Fondos de Pensiones perciben una comisión por la gestión de los fondos que administran y de la rentabilidad que éstos obtienen por las inversiones que se realicen producto de tal gestión”.

#### LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY DEL SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES Y LA LEY DEL FIDEICOMISO DE OBLIGACIONES PREVISIONALES

“IV. Efectuadas las anteriores consideraciones, corresponde analizar los motivos de inconstitucionalidad alegados, de acuerdo con los términos en que fueron admitidas las demandas en los procesos acumulados.

En este sentido, en cuanto los procesos mes. 42-2012 y 62-2013, se analizará la inconstitucionalidad alegada de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, por presuntamente contravenir la libertad de contratación —art. 23 Cn.—, así como la seguridad jurídica —art. 2 inc. 1° Cn.—, en relación con el derecho a la seguridad social —art. 50 Cn.—; asimismo, se analizará la supuesta inconstitucionalidad del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, por contravención de la seguridad social —art. 50 Cn.—, en relación con el principio de proporcionalidad —art. 246 Cn.—.

Posteriormente, en lo relativo a lo argüido en el proceso Inc. 61-2013, se analizará el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por vulne-

rar supuestamente la libertad de contratación y la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad —arts. 23, 50 y 246 Cn., respectivamente—.

1. A. Vulneración de la libertad de contratación —art. 23 Cn.— por parte de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

a. En este motivo, los argumentos de los demandantes radicó en esencia en que la vulneración señalada ocurre en la medida en que tales disposiciones imponen a las Administradoras de Fondos de Pensiones la obligación de contratar e invertir un porcentaje determinado del capital de los fondos en los Certificados de Inversión Previsional emitidos para financiar el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, lo que afecta la posibilidad de diversificar las inversiones y la obtención de mayores réditos para los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En síntesis, el argumento de los actores consiste en que el contenido de los artículos objeto de control impide que las Administradoras de Fondos de Pensiones inviertan de forma libre y diversa los recursos del fondo de pensiones que administran y que, en consecuencia, obtengan rentabilidades adecuadas para el mismo y diversifiquen el riesgo de sus inversiones, según lo establecen los arts. 24 inc. 1° y 88 inc. 1° de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

b. Para determinar la validez de tal argumento, se vuelve necesario indagar primero en los  *fines perseguidos por el legislador*  en la configuración del articulado impugnado al crear el fideicomiso aludido, para lo cual se acudirá a los considerandos de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales —ya que los mismos por técnica legislativa deberían sostener las razones para su emisión—, pues lo expresado por la autoridad demandada en sus intervenciones no puede ser tomado en cuenta por haberse presentado los informes respectivos de manera extemporánea.

En lo concerniente a este motivo, al acudir a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales se observa de sus considerandos II, IV y V dos fines concretos: (i) asegurar la eficiencia, sostenibilidad y continuidad del financiamiento del Sistema de Pensiones Público; y (ii) brindar con ese financiamiento garantías a los afiliados al Sistema de Pensiones Público respecto de la deuda que con ellos tiene el Estado.

De esto se advierte que la finalidad del legislador al establecer la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales —con base en la cual se reforma la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones— fue procurar el mantenimiento y sostenibilidad del Sistema de Pensiones Público y de la continuidad y regularidad del pago de las pensiones por vejez a los jubilados con dicho sistema.

c. Determinado lo anterior, corresponde evaluar si este fin perseguido implica efectivamente una limitación o intervención a los elementos configuradores del derecho a la libertad de contratación y si, en todo caso, tal limitación respeta los supuestos de la proporcionalidad, para lo cual debe retomarse los elementos que integran su contenido esencial.

En atención a este último aspecto, es de hacer notar que el art. 17 inc. 1° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones una obligación de adquisición de Certificados de

Inversión Previsional emanados por el fideicomiso mencionado y que, en consecuencia, los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones imponen un “monto máximo” en que dichos certificados serán adquiridos.

Lo anterior constituye ciertamente *una intervención sobre el ámbito de protección material del derecho a la libertad de contratación*, en específico sobre su *objeto de protección*, ya que con la obligación impuesta normativamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones se limita un elemento integrador de su contenido esencial, esto es, la autodeterminación sobre el objeto de las contrataciones que realizarán como inversión de los fondos de pensiones que administran.

d. Siguiendo el orden, al haber determinado la finalidad del legislador y la intervención que esto constituye en la libertad de contratación, corresponde evaluar su razonabilidad, es decir su coherencia con la proporcionalidad.

Así, es de hacer notar que conforme a la finalidad de mantenimiento y sostenibilidad del Sistema de Pensiones Público y de la continuidad y regularidad del pago de las pensiones por vejez a los jubilados en el mismo, la medida de obligar a las Administradoras de Fondos de Pensiones a adquirir Certificados de Inversión Previsional del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales —y la consiguiente interferencia a la libertad de contratación— se considera como *idónea*, pues con ella ciertamente se pretende lograr el financiamiento requerido para el cumplimiento de esta deuda.

Debido a la idoneidad de la medida, debe ahora comprobarse si la misma era *la menos lesiva para los derechos fundamentales intervenidos* entre todas las medidas alternativas que tuvieran *mayor o igual idoneidad*, para contribuir a la realización del fin perseguido.

En el asunto en examen, ninguno de los sujetos intervinientes en el proceso ha alegado algún medio alternativo al impugnado que fuera menos lesivo de los derechos en consideración; sin embargo, este Tribunal estima que, entre las posibilidades de intervención en la libertad de contratación, la medida no sólo fue idónea sino necesaria para lograr el financiamiento de los cotizantes y jubilados con el Sistema de Pensiones Público y el cumplimiento de la deuda que el Estado tiene con este sector poblacional, ya que la adquisición obligatoria de Certificados de Inversión Previsional se estableció hasta cierto límite máximo de inversión.

Por lo anterior, es procedente verificar el cumplimiento de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si la importancia de la realización del fin perseguido por la medida justificaba la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente.

En este sentido, se procederá a *ponderar* la intervención en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, con respecto al grado de satisfacción del fin perseguido, es decir de la seguridad social de los cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

Con respecto al *grado de afectación* que la medida ha tenido en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se estima que si bien dicha libertad ha sido limitada en sus modos de ejercicio, ésta *no ha sido una afectación intensa*, ya que, como se observa en el texto del art. 91 letra m)

de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Inversión Previsional se estableció hasta un determinado límite máximo de 45%, lo cual, si bien restringe el ámbito y las posibilidades de ejercicio de dicha libertad, permite el financiamiento de las pensiones del Sistema de Pensiones Público y deja un margen de acción a las Administradoras de Fondos de Pensiones para procurar la inversión del resto de ahorros previsionales que administran y gestionan.

Aunado a lo anterior, por su vínculo directo e indisoluble con el principio pro homine contenido tanto en el preámbulo como en el art. 1 Cn. y, en consecuencia, con las condiciones indispensables y sustanciales para una existencia digna, la seguridad social y el derecho derivado a recibir una pensión por vejez poseen un peso abstracto que debe ser considerado necesariamente frente a la importancia de la libertad contractual, por lo cual ésta puede admitir intervenciones estatales justificadas y razonables, como en este caso, en razón del bienestar del sector poblacional que se ha jubilado en el Sistema de Pensiones Público o que está próxima a hacerlo.

e. A partir de todo lo expuesto, este Tribunal considera que *la limitación en la libertad de contratación que conllevan las disposiciones impugnadas es razonable y, por ende, compatible con el sustrato axiológico de la Constitución* —y así será declarado en esta sentencia—, pues tal limitación se encuentra orientada precisamente hacia el bien común y la solidaridad intergeneracional, al perseguir con ello asegurar la continuidad y regularidad del financiamiento de la seguridad social en su manifestación del derecho a la pensión por vejez para las personas que quedaron en el Sistema de Pensiones Público al entrar en vigencia el Sistema de Ahorro para Pensiones”.

#### MANTENER LA TASA LIBOR 180 DÍAS INCIDE NEGATIVAMENTE EN LA RENTABILIDAD DE LOS AHORROS DE LOS COTIZANTES

“B. Vulneración de la seguridad jurídica —art. 2 inc. 1° Cn.—, en relación con el derecho a la seguridad social —art. 50 Cn.—, por parte de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

a. En cuanto a la supuesta conculcación de la seguridad jurídica —art. 2 inc. 1° Cn.—, en relación con el derecho a la seguridad social —art. 50 Cn.—, la parte demandante alegó que esto ocurre porque la normativa impugnada obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a comprar títulos de bajo rendimiento —los Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales—, lo cual incide negativamente en las condiciones de inversión y en la rentabilidad de los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, así como del debido resguardo de los ahorros de las cuentas individuales de los afiliados, lo que, en consecuencia, impide hacer efectivos los postulados de la seguridad social para dicho sector de la población.

b. En este punto, de la literalidad de los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y 91 letra m) de la Ley del Sistema



de Ahorro para Pensiones, se observa que a pesar que se impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones la obligación de invertir en Certificados de Inversión Previsional los fondos de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, el legislador optó por establecer un límite máximo para dicha inversión y que, además, eligió para esta operación una tasa de interés —la LIBOR 180 días— que a la fecha de creación del fideicomiso de obligaciones previsionales tenía índices de rentabilidad aceptables en el mercado financiero internacional.

Por tales motivos, se deduce que la finalidad perseguida por el legislador con respecto a los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones fue garantizarles un margen de ganancias por la inversión de sus ahorros.

A partir de esto, debe determinarse si tal fin implica o no una intervención lesiva de los elementos configuradores de la seguridad jurídica en relación con la seguridad social y si, en todo caso, dicha intervención se encuentra justificada por su razonabilidad en virtud de la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima.

Por lo tanto, puede afirmarse que, en atención al ámbito material de protección de los derechos constitucionales presuntamente vulnerados, una norma reguladora del derecho a obtener una pensión por vejez será vulnerada en su contenido esencial y contravendrá la seguridad jurídica: (i) si no se ha configurado claramente en su texto la manera en cómo sus efectos inciden en derechos adquiridos y situaciones jurídicas protegibles; (ii) si no permite el libre acceso a un sistema de pensiones y a realizar los aportes respectivos al mismo; (iii) si se deniega, obstaculiza o retrasa irrazonablemente la obtención del derecho a una pensión por vejez una vez cumplidos todos los supuestos habilitantes conforme a la ley para ello; y, (iv) si su interpretación y aplicación disminuye sensiblemente en la realidad las condiciones de la pensión a recibir por vejez, volviendo imposible el aseguramiento de un “mínimo vital” para el jubilado, es decir una porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y su grupo familiar.

c. Debe recordarse que *el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales se diseñó como un mecanismo de financiamiento de las pensiones del sistema público*, ante el agotamiento de las reservas de pensiones del ISSS y del INPEP, mediante la adquisición obligatoria de Certificados de Inversión Previsional por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones y que esto ha conllevado a una fuerte interdependencia entre el Sistema de Ahorro para Pensiones y el Sistema de Pensiones Público, ya que las obligaciones por el pago de pensiones de este último son absorbidas por los fondos de pensiones mediante inversiones obligatorias, lo que obliga a que se trasladen fondos privados de los cotizantes actuales del Sistema de Ahorro para Pensiones para realizar pagos que deberían correr por cuenta de dichas instituciones o por el Estado.

En este sentido, es claro que la creación del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y las reformas legales que se necesitó para su implementación, implica la utilización de los ahorros de los asegurados actuales para financiar las pensiones del sistema público, tanto de los ya jubilados como de las personas próximas a jubilarse, lo cual desvirtúa el régimen de capitalización individual que se pretendió con el Sistema de Ahorro para Pensiones y representa, en la prác-

tica, el funcionamiento del sistema de pensiones como un modelo de reparto, basado en la solidaridad intergeneracional.

d. Lo anterior, no conlleva *per se* una vulneración a los derechos a la seguridad jurídica y a la seguridad social de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, *pues, no obstante la finalidad de las reformas, tales derechos pueden ser asegurados siempre que los cotizantes perciban una adecuada rentabilidad por la utilización de sus cuentas de ahorros individuales para pensiones*, lo cual les aportará a través del tiempo los incrementos económicos óptimos y suficientes para obtener eventualmente una pensión por vejez y demás beneficios que les permita jubilarse en condiciones de seguridad y dignidad.

Así, en este caso, *el factor para establecer la limitación a los derechos fundamentales aludidos es la determinación del nivel de rentabilidad y de beneficios que los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones reciben por la inversión obligatoria que de sus fondos de pensiones realizan las Administradoras de Fondos de Pensiones por prescripción legal y el impacto que esto generará al momento de su jubilación*, es decir, si en las normas impugnadas se han establecido y mantenido adecuadas tasas de reemplazo de la inversión de los fondos de pensiones para su suficiencia y sostenibilidad.

e. En este orden, es necesario recordar lo que establece el art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, según el cual los Certificados de Inversión Previsional, como títulos valores, devengan una tasa de interés ajustable semestralmente, equivalente a la *London Interbank Offered Rate* de ciento ochenta días —LIBOR 180 días—, reportada por la *British Bankers Association* al cierre de la semana anterior a la emisión respectiva, a la cual se le debe sumar una sobretasa de 0.75%, que será fija durante el plazo al cual fue emitido el valor.

Dicha tasa LIBOR 180 días ha mostrado una *tendencia al decrecimiento* a través del tiempo; así, en el año de promulgación de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales —2006— el promedio de LIBOR 180 días fue de 5.27%, en el año 2010 alcanzó valores mínimos históricos, cercanos al 0.50%, siendo su promedio a noviembre de 2014 entre 0.32% y 0.33% aproximadamente.

Este *comportamiento decreciente de la tasa LIBOR* en los últimos años, además de la alta concentración en instrumentos de deuda pública y la poca diversificación de las inversiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, *provoca que la rentabilidad sobre el fondo de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones sea evidentemente negativo* y que, en consecuencia, se comprometan las *tasas de reemplazo* o niveles de ingreso adecuados de las pensiones que recibirán las personas que se jubilarán en el sistema de cotización individual definida.

De acuerdo a lo expuesto, tomando como base la baja rentabilidad que actualmente tienen los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, estudios recientes (CEPAL: *Determinantes de las tasas de reemplazo de pensiones de capitalización individual: escenarios latinoamericanos comparados*, 2011) han estimado en el caso de El Salvador una tasa de reemplazo entre el 28% y el 32% para hombres y entre el 30% y el 34% para mujeres, dependiendo del salario considerado; entendiéndose por tasa de reemplazo el

indicador del rendimiento de los sistemas que relaciona los montos de las pensiones con los salarios sobre la base de los cuales se realizan los aportes o las contribuciones a lo largo del ciclo laboral de los individuos (si bien esta tasa en mención se deriva de los sistemas de beneficio definido, como el de reparto, su consideración continúa siendo importante para determinar los ingresos a recibir por pensiones por vejez, invalidez y muerte).

Esta tasa de reemplazo es inferior a lo establecido en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Seguridad Social, de 1952, donde se indica un porcentaje de 40% para pensiones por vejez como respeto al principio de suficiencia de la seguridad social en este rubro.

f. La determinación de la baja rentabilidad de acuerdo a la tasa LIBOR 180 días que actualmente perciben los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones por la inversión en Certificados de Inversión Previsional y, por tanto, la baja tasa de reemplazo que dichos fondos recibirán en consecuencia, implica una *intervención tanto en el ámbito material de protección como en el contenido esencial del derecho a obtener una pensión por vejez como manifestación de la seguridad social, en relación con la seguridad jurídica*, ya que las normas impugnadas inciden negativamente sobre el nivel de rentabilidad adecuada de sus ahorros previsionales y, además, una afectación material de las pensiones por jubilación de dicho sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna al ocurrir los supuestos de su jubilación.

g. Establecido lo anterior, corresponde determinar la proporcionalidad de dicha intervención en los derechos fundamentales aludidos.

En este punto es pertinente señalar —como se expuso en la Sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009—, que el examen de idoneidad que realizan los tribunales constitucionales debe ser respetuoso con la libertad de configuración del legislador. Por ello sólo puede llegarse a la conclusión de que la medida impugnada es idónea si contribuye o fomenta *de algún modo* la obtención de su fin legítimo inmediato.

Al haberse establecido que la finalidad perseguida de las normas impugnadas es garantizar a los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, ganancias por la inversión de sus ahorros es en Certificados de Inversión Previsional, debe reconocerse que a pesar que la tasa LIBOR 180 días ha presentado en los últimos años una tendencia negativa y decreciente en cuanto a réditos, las inversiones de los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones ciertamente reciben una “rentabilidad”, lo que permite asegurar que en alguna medida se cumple con el fin propuesto y que, por tanto, *dicha intervención es idónea*.

Establecida la idoneidad de la medida impugnada, debe pasarse al análisis de necesidad, esto es, comprobar si la misma era *la menos lesiva para los derechos fundamentales intervenidos* entre todas las medidas alternativas que tuvieran *mayor o igual idoneidad* para contribuir a la realización del fin perseguido.

Aplicado lo anterior, se trataría de suponer otras medidas alternativas a la tasa de referencia LIBOR 180 días que sean idóneamente equivalentes o, en el mejor de los casos, más idóneas para cumplir con la finalidad señalada.

A pesar que los demandantes no propusieron alternativas de tasas internacionales de referencia existentes en el mercado financiero internacional que sean más estables que la LIBOR 180 días, con parámetros para su establecimiento más acordes con la realidad financiera y con beneficios para los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, este Tribunal estima que la comprobada tendencia decreciente en términos de rentabilidad de la tasa adoptada desde la creación del Fideicomiso en el 2006 a las reformas a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones ocurridas en el año 2012 demostraban que la misma otorgaba niveles negativos de rentabilidad y que, por tanto, era menester optar por una tasa más idónea y benigna con la finalidad perseguida.

Por lo anterior, *la intervención no fue necesaria con respecto al fin propuesto*, pues dentro de las diversas tasas interbancarias de referencia existentes en el mercado financiero internacional, el legislador optó para los Certificados de Inversión Previsional que se adquieren obligatoriamente por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales por una tasa con evidentes tendencias decrecientes de rentabilidad, gravosa respecto de las ganancias y tasas de reemplazo adecuadas para los fondos de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones, sin haber previsto una vía de ajuste o actualización en caso de tendencias tan negativas.

h. Por tanto, se concluye que la intervención que las normas impugnadas ocasionan en los derechos a la seguridad jurídica en relación con la seguridad social —en su manifestación del derecho a la pensión por vejez— es *desproporcionada* y, por ende, *inconstitucional* —y así será declarado en esta sentencia—, ya que el mantener la tasa LIBOR 180 días con respecto a los Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso en cuestión incide negativamente en la rentabilidad que obtendrán los ahorros de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones y sobre sus tasas de reemplazo, afectando materialmente las pensiones de dicho sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna a los pensionados y sus familias, al ocurrir los supuestos de su jubilación”.

#### ARTÍCULO 14 INCISOS 5° Y 6° DE LA LEY DEL FIDEICOMISO DE OBLIGACIONES PREVISIONALES ES INCONSTITUCIONAL POR CONEXIÓN

“C. Vulneración a la seguridad social —art. 50 Cn.—, en relación con el principio de proporcionalidad —art. 246 Cn.—, por parte del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

Al haber determinado en el apartado que precede la falta de proporcionalidad de las disposiciones impugnadas con respecto a la seguridad social, no cabe duda que lo dicho también se predica del contenido del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, ya que es *precisamente en este artículo y literal que se establece la tasa referencial de interés LIBOR 180 días*, el cual, como se dijo, es el factor que provoca la baja rentabilidad que actualmente

perciben los fondos de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones por la adquisición de Certificados de Inversión Previsional para el financiamiento del Sistema de Pensiones Público, debido a su tendencia decreciente y a las bajas tasas de reemplazo que genera.

En efecto, debido a las condiciones ya señaladas y explicadas con respecto a la tasa de interés LIBOR 180 días y su aplicación en cuanto a las inversiones del fondo de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, se obstaculiza el cumplimiento de la exigencia constitucional de la eficaz y óptima utilización de los recursos provenientes de la seguridad social, por lo que, en este sentido, el aludido art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales también es inconstitucional y así será declarado en esta sentencia.

*D. a. Ahora bien, en relación con este motivo, este Tribunal advierte que, no obstante no fue cuestionada por los actores, existe otra disposición en la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales que también contempla la utilización de la tasa referencial LIBOR 180 días y que, por tanto, coincide junto con las disposiciones impugnadas en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional.*

De no advertirse tal circunstancia implicaría la incompatibilidad de dicha disposición, que tiene el mismo reproche de inconstitucionalidad, con la resolución estimatoria y, sobre todo, con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar.

b. Respecto de la inconstitucionalidad por conexión —como se ha sostenido en sentencias de 1-IV-2004, 23-X-2007 y 29-VII-2010, Incs. 52-2003, 35-2002 y 61-2009—, este Tribunal ha manifestado que, como excepción al principio de congruencia, ésta tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de una decisión adoptada; es decir, que si se constatan o verifican las conexiones que se coligen de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede mantenerse la validez de las disposiciones que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada inconstitucional.

Tal consecuencia puede darse —sin ánimo de taxatividad— en caso que la declaratoria de inconstitucionalidad se extienda hacia otras disposiciones que coinciden, junto con la impugnada, en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional; así también, cuando la vigencia de las disposiciones hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria, y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad o por constituir *disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional.*

c. Así, se observa que el art. 14 incs. 1°, 30, 50 y 6° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales indica que: “El BMI como Fiduciario también emitirá Certificados de Obligaciones Previsionales, hasta por el monto de los títulos es que reciba de los fondos de pensiones, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 3 de esta Ley. Estos otros títulos serán transferidos

directamente al Fideicomiso, al monto valorizado a la fecha de su transferencia. [...] Los Certificados de Inversión Previsionales que se emitan a cambio de los títulos previsionales a que se refine el primer inciso, tendrán las mismas características indicadas en el artículo 12 de la presente Ley, con excepción del literal c del mismo artículo 12, ya que el devengo de intereses se realizará así: [...] Del cuarto año en adelante, devengarán una tasa de interés ajustable semestralmente. Esta tasa de interés será equivalente a la London Interbank Offered Rate de ciento ochenta días (LIBOR 180 días) reportada por la British Bankers Association al cierre de la semana anterior a la fecha del reajuste. A esta tasa se le deberá sumar una sobretasa de 0.75%, la que será fija durante el resto del plazo. [...] La tasa de interés de los Certificados de Inversión Previsionales que se establezca no podrá ser superior a la LIBOR a 180 días a la fecha del reajuste más la sobretasa de 0.75% antes indicada.”.

d. En este sentido, *por su íntima relación con los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, este Tribunal advierte en el art. 14 mes. 5° y 6° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales la aplicación de los mismos argumentos que han llevado a declarar la inconstitucionalidad de estas dos disposiciones impugnadas, razón por la cual se considera que este último también vulnera, por conexión, en los incisos detallados, la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, en su manifestación del derecho a la pensión por vejez, establecidas en los arts. 2 inc. 1° y 50 Cn, respectivamente, y así será declarado en esta sentencia”.*

#### ARTÍCULO 223 DE LA LEY DEL SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES NO ES INCONSTITUCIONAL

“2. Vulneración a la libertad de contratación, la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad —arts. 23, 50 y 246 Cn., respectivamente—, por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

A. En cuanto a este motivo alegado en el proceso Inc. 61-2013, los demandantes en el mismo reprocharon de inconstitucional la obligación contenida en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, pues se impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones la adquisición de los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social que emite el Fondo Social para la Vivienda, con la utilización de los fondos de pensiones que administran y gestionan, lo que vulnera, en consecuencia, la libertad de contratación, la seguridad social y el principio de proporcionalidad.

B. a. Para determinar la vulneración alegada a la libertad de contratación reconocida en el art. 23 Cn., es necesario, como se hizo en el número 1 de este considerando, determinar las finalidades del legislador con el establecimiento de la obligación de inversión detallada, excluyendo el contenido de los informes de la autoridad demandada por aplicación de la preclusión procesal.

Al respecto, resulta claro del texto del mismo art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que la finalidad de obligar a la Administradoras de Fondos de Pensiones a invertir en los certificados en mención es la obtención de recursos para poder otorgar créditos a trabajadores del sector formal hasta un monto determinado, para que éstos puedan adquirir viviendas nuevas.

Dicha finalidad, como se expresó en la Sentencia de 2-VII-1998, Inc. 5-93, es legítima por cuanto se refiere a la satisfacción de necesidades de sectores mayoritarios de la población, en consonancia con lo establecido en el art. 119 Cn., donde el Constituyente declaró de interés social la construcción de viviendas y consignó la obligación del Estado de procurar que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser propietarias de su vivienda.

b. No obstante, dicha finalidad constituye una *intervención sobre el ámbito de protección material del derecho a la libertad de contratación ya explicado*, en específico sobre su *objeto de protección*, ya que con la obligación impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones se limita un elemento integrador de su contenido esencial, esto es, la autodeterminación sobre el objeto de las contrataciones que realizarán como inversión de los fondos de pensiones que administran.

c. Ahora bien, en análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la intervención referida, se observa en primer lugar que en atención a la finalidad señalada sobre procurar la obtención en propiedad de viviendas de interés social a determinados sectores de la población, la obligación regulada en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones es *idónea*, ya que, como se expresó, con dicha inversión de los fondos de pensiones el Fondo Social para la Vivienda puede obtener recursos económicos para el otorgamiento de los créditos para la adquisición de tales viviendas.

d. Al haber comprobado la idoneidad de la medida, corresponde determinar si la misma era necesaria, es decir si era *menos lesiva para el derecho fundamental intervenido* entre todas las medidas alternativas que tuvieran *mayor o igual idoneidad*, para contribuir a la realización del fin perseguido.

En este orden de ideas, esta Sala estima que la obligación establecida a las Administradoras de Fondos de Pensiones de invertir en un porcentaje determinado en los títulos emitidos por el Fondo Social para la Vivienda —3.85% de la recaudación acumulada de cotizaciones previsionales de los tres meses anteriores a la colocación de los mismos— fue una medida *necesaria* para posibilitar la obtención de recursos para financiar la compra de vivienda de interés social en beneficio de sectores mayoritarios de la población.

e. Por lo anterior, es procedente *verificar el cumplimiento de la proporcionalidad* en sentido estricto, es decir, *ponderar* la intervención en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con respecto al grado de satisfacción del fin perseguido por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En cuanto al *grado de afectación* que la medida ha tenido en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se estima que si bien dicha libertad ha sido limitada en sus modos de ejercicio, ésta *no ha sido una afectación intensa*, pues, tal como lo regula el citado art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social se estableció en un porcentaje fijo del 3%, lo cual, si bien restringe el ámbito y las posibilidades de ejercicio de dicha libertad, permite el financiamiento de créditos al sector laboral formal para la compra de vivienda nueva y la reducción del déficit habitacional,

cumpliendo así lo establecido en el art. 119 Cn., y deja un margen de acción a tales Administradoras para procurar la inversión del resto de ahorros previsionales que administran y gestionan.

En este sentido, la intervención a la libertad contractual que regula el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones se considera justificada y razonable, en razón del fin perseguido en la misma, por lo que este punto de la pretensión será *desestimado* en esta sentencia.

C. a. Ahora bien, en cuanto al alegato de vulneración a la seguridad social y la proporcionalidad, debe considerarse, por un lado, las condiciones de la tasa de interés establecida en la disposición impugnada, así como la necesidad de los fondos de pensiones afectados de producir rentabilidad por su inversión, a efecto de lograr condiciones dignas para los cotizantes que tienen la expectativa de obtener una pensión por vejez adecuada; así, según el inc. 3° del citado art. 233, dicha tasa es fija, no menor al tres por ciento anual, revisable periódicamente por el Fondo Social para la Vivienda, manteniendo siempre, al menos, un diferencial de tres puntos con respecto a la tasa de interés activa vigente a la fecha de la revisión.

b. En atención a la tasa de interés fijada por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, puede afirmarse que la medida es *idónea*, por cuanto la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social *ciertamente recibe una rentabilidad determinada*, en las condiciones señaladas, en atención al derecho a la seguridad social en su manifestación de derecho a pensión por vejez.

c. Por otro lado, debe señalarse que la tasa de interés que indica la disposición impugnada se ha establecido por la ley en un porcentaje no menor al 3% anual y que se encuentra sujeta a revisiones periódicas, al contrario de lo que señalan los demandantes, no se considera exigua, sino que es un mínimo razonable en relación con el rendimiento brindado por tasas como la LIBOR 180 días —para el caso de los Certificados de Inversión Previsional— o de los reportados por otras tasas internacionales de referencia en los que invierte el Estado salvadoreño.

En este orden de ideas, este Tribunal no comparte el argumento de los actores en cuanto a que con la tasa de interés asignada en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones se incumple la exigencia del art. 50 inc. 2° parte final Cn., relativa a la óptima utilización de los recursos de la seguridad social, al considerarse una medida proporcional que otorga una rentabilidad y beneficios razonables a los fondos de pensiones en mención.

Por lo anterior, se *desestimará* este punto de la pretensión”.

ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEBEN INVERTIR FONDOS DE COTIZANTES EN ACTIVIDADES QUE SEAN MÁS RENTABLES EN EL MERCADO

“V. En consideración a la inconstitucionalidad determinada, al haberse establecido que la baja rentabilidad que reciben las inversiones de los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones en el mecanismo de adquisición obligatoria de Certificados de Inversión Previsional se debe a la



opción legislativa en las normas impugnadas por la tasa LIBOR 180 días, y que esto vulnera la seguridad jurídica y la seguridad social en su manifestación de derecho a la pensión por vejez, *se vuelve necesario que el Órgano Legislativo haga las adecuaciones necesarias a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, así como a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales para lograr la inversión de dichos fondos de pensiones en condiciones de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo*, como lo señala el art. 88 de ese cuerpo normativo, evitando la supeditación del bienestar futuro de los actuales afiliados al Sistema de Ahorro para Pensiones por la no optimización de los niveles de rentabilidad de ahorros previsionales, sin descuidar el bienestar de los actuales cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

En este sentido, como consecuencia de la presente sentencia, los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones podrán ser invertidos — salvo los porcentajes del 45% de inversión en Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y del 3.85% en Certificados de Deuda para Vivienda de Inversión Social, establecidos en los arts. 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones— en aquellas actividades que, según el criterio financiero de las respectivas administradoras, sean más rentables en el mercado, a fin de garantizar mayores niveles de beneficio a los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones; todo de conformidad con las leyes aplicables”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 42-2012AC, fecha de la resolución: 23/12/2014.*

## FUERZA ARMADA

### JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

“III. 1. La Constitución reconoce a la Fuerza Armada como una “institución permanente al Servicio de la Nación”, que “forma parte del Órgano Ejecutivo”, arts. 211 y 213 Cn. Según la jurisprudencia de esta Sala, lo primero significa que la Fuerza Armada está obligada a colaborar para la consecución del proyecto común de la nación, cuando sea requerida por los órganos competentes y dentro de los límites que establece la Constitución. El uso del término “nación” marca cierta distancia con el ejercicio del poder político y la intervención militarista en el control del gobierno y, en vez de ello, se refiere al servicio para una comunidad que reconoce a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de quienes la integran como el límite infranqueable del poder público (Sentencia de 25-VII-2007, Inc. 25-2004). Por otro lado, como dependencia del Órgano Ejecutivo, la Fuerza Armada forma parte de la Administración Pública, por lo que está vinculada, en su organización y funcionamiento, al principio de juridicidad, arts. 86 inc. 3°, 159 incs. 1° y 2° y 213 Cn.

Una importante manifestación de ese vínculo es la determinación constitucional de las funciones de la Fuerza Armada que, como se dijo en la sentencia antes citada, sirve como garantía contra el desborde institucional del uso de la fuerza del Estado, y cuya formulación actual responde a la negativa trayectoria políti-

ca-militar de esa institución, hasta antes de los Acuerdos de Paz de 1992 (en lo sucesivo: “AP”). En ese sentido, este tribunal ha resaltado que dichos acuerdos implicaron “un completo cambio de dirección” en las funciones aludidas, ya que “proscribieron la implementación de métodos militares para garantizar la seguridad pública y aportaron una visión novedosa de la función estatal”, con énfasis en “aumentar los niveles de democracia” y “posibilitar el goce y el ejercicio de los derechos fundamentales” (Sentencia de 17-V-2013, Inc. 4-2012). De acuerdo con esta visión, a la Fuerza Armada le corresponde principalmente la defensa nacional, es decir, la protección de la soberanía del Estado y la integridad del territorio “frente a una amenaza militar externa” (AP, Cap. I, apartado 1, letra E).

En una interpretación sistemática de los arts. 211 y 212 Cn., esta Sala ha relacionado dicha función de la Fuerza Armada con sus características institucionales, de modo que la “serie de valores y características que deben identificar el comportamiento individual y colectivo” de ella están determinados “por la naturaleza de sus funciones”. A partir de lo anterior, se ha considerado que la Fuerza Armada tiene “una peculiar forma de ordenación, pues se caracteriza por [...] una organización profundamente jerarquizada, en la que la formación, unidad, disciplina y subordinación de sus miembros constituyen factores cruciales para alcanzar sus fines”. También se ha dicho que la disciplina militar tiene “una finalidad específica tanto en la formación como en el método por medio del cual se realiza este entrenamiento: el uso controlado de la violencia en el contexto de los conflictos armados”, “la defensa armada del Estado y de la población” o “el uso [...] potente de herramientas bélicas para someter a sus oponentes” (Sentencia de 17-V-2013, Inc. 4-2012).

Hay que precisar que esa caracterización de la Fuerza Armada por la jurisprudencia constitucional no pretende ser exhaustiva y, por ello, tampoco implica una valoración adversa o reduccionista de la institución castrense. En primer lugar, porque identificar a dicha entidad con la expresión más intensa del poder coercitivo del Estado es una mera constatación, según corresponde a su objeto, y es plenamente coherente con la gravedad de las amenazas que le corresponde afrontar, en ejercicio de la defensa nacional. Además, se trata de una condición —la de fuerza pública extrema— que cuenta con una legitimación constitucional inobjetable, al ser incluida por la Ley Fundamental vigente entre los medios para la conservación del propio Estado y la eficacia del ordenamiento jurídico, en los supuestos y con las limitaciones que a cada caso correspondan. En segundo lugar, la Constitución también establece que el mandato de la fuerza armada se debe realizar con profesionalidad, es decir, por personal con capacitación especializada, que es precisamente el resultado del entrenamiento, la disciplina y la nueva doctrina militar concebida en los AP, que son la base y el espíritu de las reformas constitucionales que derivaron de ellos. La formación particular o especialización representa, en consecuencia, un requisito de idoneidad para el cumplimiento de la función principal que le asigna la Constitución.

Ahora bien, aunque la Constitución (en el art. 212 Cn.) también reconoce otras misiones eventuales de la Fuerza Armada —apoyo a órganos fundamentales del gobierno, obras de beneficio público, auxilio en casos de desastre nacional y, excepcionalmente, el mantenimiento de la paz interna—, parece razona-

ble suponer que la profesionalidad militar determina el ámbito más propicio del desempeño de los miembros de la Fuerza Armada. Es decir, que su preparación específica responde a una finalidad también particular, que a su vez influye en el tipo de medios que pueden ser utilizados para conseguirla. La correspondencia lógica de ese marco institucional (fines, medios y formación especializada), que favorece un servicio aceptable cuando sus elementos están correlacionados, es la misma que dificulta o desaconseja utilizar esa formación especializada para una finalidad distinta, que requiere de medios también diversos. Tal “correspondencia lógica” no es una simple formalidad, sino que es un instrumento para racionalizar (limitar a lo necesario) el uso de la fuerza y, por tanto, para disminuir el riesgo de excesos que afecten derechos fundamentales”.

#### CONCEPCIÓN DIFERENCIADORA ENTRE FUNCIONES DE DEFENSA NACIONAL Y SEGURIDAD PÚBLICA

“2. Así se explica la separación que la Constitución realiza entre las funciones de defensa nacional y las de mantenimiento de la paz interna, tranquilidad y seguridad pública. La Doctrina de la Fuerza Armada lo expresa en los términos siguientes: “La seguridad [...] es un concepto más amplio, fundado en el irrestricto respeto de los derechos individuales y sociales de la persona. En ella quedan comprendidos, además de la defensa nacional, aspectos económicos, políticos y sociales que exceden el ámbito de la competencia constitucional de la Fuerza Armada, y cuya atención es responsabilidad de otros sectores de la sociedad y del Estado. *El mantenimiento de la paz interna, de la tranquilidad, del orden y de la seguridad pública está fuera de la misión ordinaria de la Fuerza Armada como institución responsable de la defensa nacional. En ese ámbito, el eventual papel de la Fuerza Armada es del todo excepcional, cuando se haya agotado los medios ordinarios para ello, en los términos establecidos por la reforma constitucional aprobada en abril de 1991.*” (AP, Cap. 1, apartado 1, letras E y F).

De acuerdo con los arts. 159 incs. 2° y 3°, 168 ords. 12° y 17°, y 212 inc. 1° Cn., el planteamiento de dicha doctrina fue incluido efectivamente en el contenido de la Constitución, y el antecedente confirma que en la base de ese cambio radical de las funciones de la Fuerza Armada estaba una concepción diferenciadora de fines, medios y responsables en los ámbitos de defensa nacional y seguridad pública. En particular, el art. 159 ord. 2° Cn. establece que la responsabilidad en este último campo corresponde a la Policía Nacional Civil, de modo que es a esta institución y no a la Fuerza Armada a la que la Constitución le encomienda dicha responsabilidad. A diferencia de la defensa nacional, “el objetivo principal de la seguridad pública es la salvaguardia o protección de los derechos de las personas, así como el mantenimiento del orden y la paz pública”; mediante “la investigación, la prevención y, en última instancia, la represión de las amenazas o violencia contra la sociedad (concretada generalmente por [la comisión] de delitos)” (Sentencia de 17-V-2013, Inc. 4-2012”).

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 103-2012, fecha de la resolución: 11/04/2014.*

## IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

CUANDO LO ALEGADO SE FUNDAMENTA EN UNA ARGUMENTACIÓN REDUNDANTE, QUE EN SÍ MISMA CONFIGURA UN CÍRCULO VICIOSO

“B. a. La peticionaria también sostiene que el cuerpo normativo impugnado es inconstitucional porque soslaya el “principio de autoridad formal de la ley” establecido en el art. 142 Cn., en cuya virtud, en caso de contradicción entre un reglamento u otro acto normativo inferior y la ley, prevalecerá la ley. Sin embargo, el art. 10 letra b) de la precitada Resolución Razonada en cuestión prohíbe a los prestadores del servicio público cobrar la tarifa por un medio que no sea la tarjeta prepago, circunstancia que limita la libertad contractual contemplada en el art. 23 Cn., y viola la *autoridad formal* de la Ley de Integración Monetaria y de la Ley Orgánica del Banco Central que determinan (arts. 3 y 38, respectivamente) que el dólar es la moneda de curso legal en el país, con poder liberatorio ilimitado para el pago de obligaciones en dinero.

b. En lo que respecta a la presunta violación del principio de “autoridad formal de la ley” por la violación de la libertad contractual, este tribunal ha sostenido en su jurisprudencia —verbigracia, resolución de 14-IV-2010, Inc. 11-2010— que si la argumentación esbozada postula la violación de un precepto constitucional en relación con la violación de otro, tales vulneraciones han de plantearse 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.

En ese sentido, se advierte que la alegada contradicción entre el objeto de control y su respectivo parámetro de control (principio de “autoridad formal de la ley”) depende de la supuesta confrontación que guarda con la libertad de contratación; la cual —como se anotó en el considerando precedente— fue planteada de manera autónoma en otro punto de la demanda en análisis.

Por tanto, la inconstitucionalidad alegada en este apartado se fundamenta en una argumentación redundante que en sí misma configura un círculo vicioso; consecuentemente, corresponde declarar improcedente lo argüido en este punto de la pretensión”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 176-2013, fecha de la resolución: 09/04/2014.*

POR ATRIBUIR A LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA UN CONTENIDO NORMATIVO INACEPTABLE QUE REBASA LAS POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MÉTODO O CRITERIOS HERMENÉUTICOS QUE SE OCUPEN

“c. Acerca de la violación del art. 142 Cn., respecto de la *autoridad formal* de la ley, por cuanto el art. 3 Ley de Integración Monetaria y el 38 de la Ley Orgánica del Banco Central determinan que el dólar es la moneda de curso legal en el país, con poder liberatorio ilimitado para *el pago de obligaciones en dinero*; circunstancia contradicha por el art. 10, acápite b) del precepto reglamentario

impugnado, el cual establece una prohibición de *cobrar en efectivo*, la tarifa correspondiente, debiendo sufragarse a través de la tarjeta prepago.

d. En cuanto a ello, esta Sala estima necesario reiterar que el pronunciamiento definitivo en el proceso de inconstitucionalidad está condicionado, principalmente, *por la adecuada configuración del contraste normativo 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.*

i. 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 ambos 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 de 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 inconstitucionalidad cuando el pretensor atribuye a la disposición impugnada un contenido inaceptable, que rebasa sus posibilidades interpretativas, independientemente del método o criterios hermenéuticos que se ocupen.*

*Así —se indicó—, es imprescindible que el demandante explicité 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, alejado de su significado regular, habría que entender que el fundamento material de la pretensión no está configurado adecuadamente, y se tendría que rechazar la demanda sin trámite completo.*

*Se aclaró además en la precitada sentencia, 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 posibilidad de conducir a una sentencia estimatoria”.*

## IMPOSIBLE ENTRAR A CALIFICAR EL CONTRASTE NORMATIVO ENTRE LAS DISPOSICIONES INFRACONSTITUCIONALES

“ii. Ahora bien, en relación con este punto de la pretensión analizada, el contraste constitucional planteado se origina, a su vez, en la contradicción normativa de tres disposiciones infraconstitucionales. Ello, porque la solicitante considera que mediante la disposición impugnada —cuya jerarquía normativa la ubica por debajo de las leyes— se contradice un mandato previsto por los arts. 3 de la Ley de Integración Monetaria y 38 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva.

*Entonces, para examinar si existe o no la inconstitucionalidad alegada, resulta imprescindible determinar si concurre el contraste normativo infraconstitucional aseverado.*

*En ese orden, se advierte que los preceptos legales invocados por la petionaria efectivamente determinan que el dólar tiene poder liberatorio ilimitado para el pago de obligaciones en dinero en el territorio nacional. Es decir, a partir del texto de las disposiciones concernidas se colige que establecen que cuando se deba pagar en dinero, podrá utilizarse el dólar; dicho de otra forma, cuando debe sufragarse una obligación en dinero no puede rechazarse el pago en dólar, exigiendo que se efectúe en otro tipo de moneda.*

*Por tanto, del enunciado lingüístico de las disposiciones legales precitadas no se colige que solo en dinero puedan sufragarse las obligaciones; o dicho de otra forma, que solo con el dólar puedan pagarse las obligaciones. Sino que, se insiste, del texto referido se extrae la norma que determina que cuando deba pagarse una obligación en dinero no puede rechazarse el dólar para tal efecto.*

*Ahora bien, al analizar el texto de la disposición impugnada se advierte que esta no contempla un pago en dinero, sino que establece el cobro de una tarifa a través de otro mecanismo: una tarjeta electrónica —que previamente se pagó en la moneda de curso legal—. Entonces, en el supuesto de la disposición en comento no existe la posibilidad de pagar en dinero, por lo que no guarda relación alguna con lo establecido por los preceptos legales aludidos, pues estos se refieren a obligaciones que deben pagarse en dinero.*

*Por tanto, visto que de los enunciados lingüísticos de los preceptos legales relacionados no puede colegirse la prohibición de efectuar pagos a través de otros medios que no sean el dinero, o dicho de otra forma, no se instituye el mandato de que toda obligación deba ser pagada en dinero, sino que se establece que, cuando deba pagarse una obligación con dinero, debe admitirse que se haga en dólar, tampoco se advierte el contraste normativo entre las citadas disposiciones infraconstitucionales, pues disciplinan diferentes supuestos de hecho.*

*iii. Por lo anterior, esta Sala no comparte el alcance prescriptivo designado a los arts. 3 de la Ley de Integración Monetaria y 38 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, pues el contenido normativo que se les ha asignado no puede colegirse del tenor semántico de aquellos, ya que los citados artículos legales, se insiste, se refieren al pago de obligaciones en dinero, pero no prohíben otras formas de pago.*

*En consecuencia, este tribunal, en los términos expuestos por la actora, no puede entrar a calificar el contraste normativo entre las disposiciones infracons-*

*titucionales* aludidas —los arts. 3 de la Ley de Integración Monetaria y 38 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, respecto del 10 letra b) del precepto reglamentario impugnado—; y por tanto —conforme con la jurisprudencia de esta Sala, verbigracia, sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007—, no procede el análisis de la supuesta vulneración constitucional, debido al error en la delimitación del alcance prescriptivo de los citados artículos legales en cuya virtud se sustenta el supuesto irrespeto al art. 142 Cn.

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”.

#### CUANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADA SE BASA EN UNA ARGUMENTACIÓN TAUTOLÓGICA

“C. También alega la peticionaria que el precepto impugnado viola el derecho general de libertad y las libertades empresarial, contractual y económica previstas en los arts. 8, 102 y 110 Cn., respectivamente. Así, la violación al derecho de libertad se vincula con las violaciones a las libertades específicas aludidas. De manera que tal alegato carece de argumentos propios que permitan reconocer un contraste normativo autónomo.

Por tanto, en este punto de la pretensión se advierte el mismo vicio identificado en el apartado B. b de este considerando; es decir, la inconstitucionalidad alegada se basa en una argumentación tautológica; por tanto, también ha de declararse improcedente este motivo de inconstitucionalidad”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 176-2013, fecha de la resolución: 09/04/2014.*

#### ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO A FAVOR DEL ESTADO

“1. Mediante el Decreto Legislativo n° 534 de 7-XI-2013, publicado en el Diario Oficial n° 223, tomo n° 401 de 28-XI-2013, se emitió la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita (LEDABODI, en lo sucesivo).

Dicho cuerpo normativo establece el procedimiento que regula la *acción de extinción de dominio* a favor del Estado, sobre aquellos *bienes* que se encuentran dentro de los presupuestos que dan lugar a la misma —art. 1 LEDABODI—.

El art. 5 LEDABODI establece que dicha ley se aplica, entre otros supuestos, a “cualquiera de los bienes que [...] provengan de o se destinen a actividades relacionadas o conexas [...] [con] delitos relacionados con droga”.

Por lo anterior, se infiere que cuando la LEDABODI utiliza los términos “bienes que provengan”, dicho precepto normativo comprende los bienes utilizados en la comisión de delitos relacionados con drogas —art. 67 inc. 1° LERARD—.

2. En razón de lo expuesto, se está en presencia de una antinomia, ya que la misma materia —relacionada a la titularidad de bienes provenientes de la comisión de delitos vinculados con drogas— se encuentra regulada en dos cuerpos normativos, ambos vigentes.

Ante tal circunstancia, es indispensable externar unas breves consideraciones sobre el problema y solución de antinomias en la ley.

Sobre ello se tiene:

A. Debido al actual dinamismo jurídico, los ordenamientos legales revisten la característica de complejos y por ello, los conflictos entre normas son inevitables; sin embargo, debe entenderse que todo ordenamiento jurídico debe mantenerse *coherente* porque en él no pueden coexistir normas incompatibles y si las hay, una de las dos o ambas deben ser eliminadas, o debe aplicarse una de ellas al caso concreto.

Un presupuesto indispensable para el desarrollo del principio de la coherencia, es el de poder establecer cuándo existe una contracción normativa o antinomia. Y es que, una vez identificada esta colisión de preceptos, el mismo ordenamiento jurídico provee criterios o principios que hacen posible la solución de conflictos entre normas y la identificación de la norma aplicable.

Para estar en presencia de una antinomia se requiere que ambas normas tengan el mismo ámbito de validez, el cual debe ser *temporal, espacial, personal y material*. La antinomia no sería posible si las normas no coinciden respecto de estos cuatro ámbitos.

Identificado el choque normativo, la teoría general del derecho propone criterios para la solución del mismo; entre los más significativos figuran: *el criterio cronológico, el criterio jerárquico y el criterio de la especialidad*".

#### CRITERIOS CRONOLÓGICO Y DE ESPECIALIDAD

"B. Con la finalidad de robustecer el presente análisis, únicamente se hará referencia a los criterios cronológico y de especialidad.

a. El criterio cronológico establece que entre dos normas incompatibles prevalece la ulterior. La Ley es una expresión de voluntad del legislador, en esa línea, una ley posterior abroga la anterior. Desconocer esta regla implica un obstáculo al progreso jurídico, a la gradual adaptación del derecho a las nuevas exigencias sociales.

b. El criterio de la especialidad es aquel en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial, prevalece la segunda. La ley especial es aquella que extrae de un cuerpo normativo una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa.

Se comprende, pues, que la ley especial debe prevalecer sobre la general, porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento; un bloqueo a la ley especial sería detener dicho desarrollo".

#### CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TIPO DE CONTROL QUE SE VERIFICA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

"3. Coadyuvando a las consideraciones expuestas, resulta no menos importante externar unas breves consideraciones jurisprudenciales sobre el tipo de control que se verifica en el proceso de inconstitucionalidad.

En la improcedencia de 22-VI-2011, Inc. 91-2010, se indicó que el control de constitucionalidad realizado por esta Sala se desarrolla dinámicamente en forma de un proceso, cuya finalidad es decidir sobre la compatibilidad jurídica entre



la disposición impugnada —*objeto de control*— y la disposición constitucional propuesta como *parámetro de control*, para que la primera sea expulsada del ordenamiento jurídico, en caso que resulte contraria a la segunda.

El proceso de inconstitucionalidad persigue —como todo procedimiento— un resultado eficaz, el cual consiste en la invalidación de la disposición o cuerpo normativo que, como consecuencia de la confrontación normativa, resulte disconforme con la Constitución por vicio de forma o de contenido (resolución de 31-VII-2009, emitida en el proceso de Inc. 94-2007).

Así, el ord. 2° del art. 6 L.Pr.Cn. establece como requisitos de la demanda de inconstitucionalidad la identificación de “la ley, decreto o reglamento que se estime inconstitucional”, lo que, doctrinariamente, se denomina *objeto de control de constitucionalidad*; y, en el ord. 3°, que se citen “los artículos pertinentes de la Constitución” que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado, lo que, también doctrinariamente, se denomina *parámetro de control* (resolución de 4-VII-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 44-2006).

En consecuencia, si se verifica un cambio o *derogación* de la legislación impugnada en el proceso de inconstitucionalidad generalmente se altera la tramitación del proceso; ello por cuanto las eventuales modificaciones practicadas por la autoridad emisora en la disposición o instrumento sometido al control constitucional podrían incidir en la resolución del proceso.

Y es que la sustanciación del proceso de inconstitucionalidad no inhibe a las autoridades con potestades normativas en su labor de legislar, por lo que el alcance del litigio se sujeta a las modificaciones que puedan surgir a partir del ejercicio de las citadas potestades.

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”.

#### IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA DEROGATORIA TÁCITA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES IMPUGNADAS

“III. 1. Expuestas las consideraciones que anteceden, es de indicar que el actor demanda la inconstitucionalidad del art. 67 inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y el art. 4° del Reglamento de la Fiscalía General de la República relativo al Patrimonio Especial de Bienes Decomisados por —supuestamente— vulnerar los arts. 2 inc. 1°, 11 inc. 1°, 12 inc. 1° y 246 inc. 1° Cn., específicamente los derechos de propiedad, debido proceso en su vertiente de juicio previo y presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad.

Sin embargo —como se anotó previamente—, mediante el Decreto Legislativo n° 534 de 7-XI-2013, la Asamblea Legislativa emitió la Ley Especial de Ex-

tinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, cuerpo normativo que tiene por objeto regular el destino de los bienes provenientes de actividades ilícitas relacionadas con drogas, entre otros varios supuestos —arts. 1 y 5 LEDABODI—.

2. Con base en lo anterior, se evidencia la existencia de dos cuerpos normativos que participan del mismo ámbito de validez (*temporal, espacial, personal y material*), es decir, ambas leyes están vigentes, ambas se aplican en todo el territorio de la República, ambas regulan los mismos sujetos normativos y la misma materia relacionada a la titularidad de los bienes provenientes de actividades ilícitas.

En ese sentido, ante la configuración de un choque de normas, es preciso, de acuerdo a las consideraciones jurídicas expuestas, analizar si las disposiciones impugnadas por el ciudadano aún se encuentran vigentes, o por el contrario, han sido derogadas de forma tácita por la LEDABODI.

Para ello, resulta necesario abordar la normativa en colisión a partir del criterio cronológico y de especialidad y así determinar si el objeto de control ha sido derogado. Y es que, el art. 105 LEDABODI establece la cláusula derogatoria, la cual deja sin efecto aquellas disposiciones y preceptos legales contenidos en otros ordenamientos que se opongan a dicha ley.

Así:

A. En relación con el criterio cronológico, se evidencia que tanto la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, como el Reglamento de la Fiscalía General de la República relativo al Patrimonio Especial de Bienes Decomisados, fueron promulgadas: la primera en el año 2003 y la segunda en el año 2007, es decir con anterioridad a la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, cuerpo normativo que fue promulgado en el año 2013.

Sobre la base de este criterio, ante la incompatibilidad de dos normas que tienen el mismo ámbito de validez, debe prevalecer la ulterior que para el presente caso es la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita.

B. Respecto del criterio de especialidad, resulta primordial destacar que tanto la LERARD y el RFGR-RPEBD, como la LEDABODI, son cuerpos normativos de naturaleza especial.

La Ley Reguladora de las Actividades Relativa a las Drogas tipifica y sanciona delitos que no se encuentran contemplados en el Código Penal y además regula el manejo, disposición o titularidad de los bienes incautados; circunstancia que la convierte en una ley especial en relación con el Código Penal.

No obstante lo anterior, la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita regula con un mayor grado de especialidad el destino y titularidad de los bienes provenientes de actividades ilícitas, incluidos los delitos relacionadas con drogas; materia que también es objeto de regulación en la LERARD y el RFGR-RPEBD.

Sobre lo expuesto, la LEDABODI es especial en oposición a las disposiciones impugnadas, en tanto que regula de manera especializada el manejo de los bienes incautados provenientes de actividades ilícitas, incluidos los delitos relacionados con narcóticos.

3. Ante la circunstancia evidenciada y con base en el criterio cronológico y de especialidad, la LEDABODI deroga de forma tácita las disposiciones legales impugnadas en el presente proceso constitucional; razón por la cual el objeto de control propuesto por el demandante ya no puede ser invocado.

Por tal motivo, esta Sala se ve imposibilitada de iniciar la tramitación del presente proceso a fin de enjuiciar la constitucionalidad de la normativa impugnada. Entonces, al carecer de finalidad el proceso, dada la falta de un presupuesto jurídico de carácter fundamental y debido a que dicho acontecimiento sobrevino durante el examen liminar de la demanda, es procedente rechazar la misma *in limine* mediante una resolución de improcedencia”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 63-2014, fecha de la resolución: 12/09/2014.*

INTERPRETACIÓN INCORRECTA DEL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA, EN CUANTO A QUE AL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL SE LE ORDENA INSCRIBIR ÚNICAMENTE A LOS CANDIDATOS QUE PRESENTAN FINIQUITO

“IV. La fundamentación de la demanda se basa en tres motivos de inconstitucionalidad que se traducen en la violación: (1) a los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 2° Cn.; (2) al art. 3 Cn.; y (3) al art. 246 inc. 1° Cn. El análisis de la procedencia de la pretensión se hará con respecto a cada una de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control.

1. A. En relación con la supuesta contravención a los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 2° Cn., esta Sala observa que el actor, en el fondo, lo que hace es poner de manifiesto su desacuerdo con la regulación legal (art. 152 letra d. CE) de otros documentos que pueden ser presentados para la inscripción de una candidatura presidencial, en lugar del finiquito. Se sostiene que el finiquito que exige la Constitución para poder ser inscrito como candidato presidencial es un “finiquito de cuentas” (es decir, una “solvencia absoluta” de que el solicitante “ha administrado bien los bienes que [se] pusieron a su [disposición] para administrarlos”), no un “finiquito de sentencias”.

Este alegato guarda una semejanza relevante con el aducido por él mismo en el proceso de inconstitucionalidad 155-2013. En dicho proceso, dicho ciudadano sostuvo que, de acuerdo con los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 2° Cn., no puede presentarse como candidato a la Presidencia de la República el que haya manejado fondos públicos, mientras no haya obtenido el finiquito. Sin embargo, el art. 152 letra d. CE permite que, en vez del finiquito, se presente una constancia extendida por el Presidente de la Corte de Cuentas de la República de no tener pendiente sentencia firme. El cotejo entre uno y otro alegato demuestra que, en el fondo, *el reproche que ahora se hace a la disposición legal precitada es el mismo que se le hizo en la Inc. 155-2013.*

B. En el proceso de Inc. 155-2013 este tribunal determinó que, si bien el art. 152 ord. 7°, en relación con el 127 ord. 2° Cn., estableció el requisito del finiquito para los candidatos a Presidente de la República, ello no impide que la ley pueda regular supuestos distintos a los previstos expresamente por el Constituyente. La creación legislativa de supuestos de hecho o condiciones de aplicación di-

ferentes a los regulados en la Constitución no entraña una transgresión a esta. Para justificarlo, se adujo un argumento ostensivo hipotético. Se dijo que si se toma en consideración la circunstancia que, por ejemplo, a un aspirante que todavía está en el ejercicio de un cargo público, o que no estándolo tiene un juicio de cuentas pendiente de resolución —lo cual no debe limitarle su derecho al sufragio pasivo—, es imposible material y temporalmente extenderle de inmediato un finiquito. A diferencia de esta apreciación, el actor entendió —y aún lo sigue haciendo— que el art. 127 ord. 2° Cn. contiene un mandato definitivo: que al TSE le está ordenado inscribir solo a los candidatos que presenten el finiquito. Y este solo puede referirse a una gestión concluida y a una ausencia completa de reparos —pendientes de cumplimiento o de resolución—, y se debe presentar necesariamente durante la postulación al cargo.

Asimismo, se consideró que el art. 152 ord. 7° Cn. solo regula los casos en los cuales a un aspirante se le puede extender el finiquito, que son los de aquellos que ya cesaron en el cargo y no tienen ningún juicio de cuentas pendiente de cumplimiento o de resolución. Por ello, debe admitirse que cae dentro de lo constitucionalmente posible el que el legislador regule casos en los que no es razonable exigir el finiquito a un aspirante. En el supuesto del que parte el art. 152 letra d. CE, es decir, el del candidato que recién ha cesado en su cargo, el legislador ha tenido en cuenta la realidad normada: que no depende del candidato la celeridad del juicio de cuentas. En consecuencia, se concluyó que “... la regulación del art. 152 letra d. CE es constitucionalmente posible”.

C. La atribución de fuerza vinculante y el carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia emitida por este tribunal han modificado sustancialmente el sistema de fuentes del Derecho salvadoreño. El precedente o autoprecedente es una parte de toda la resolución o sentencia constitucional, en la cual se atribuye un significado a una disposición contenida en la Constitución. Aquí es donde se determina qué es lo que el texto constitucional prescribe en cada caso concreto, a partir de sus cláusulas indeterminadas. Si el precedente es una parte de la jurisprudencia, su obligatoriedad se incorpora en el sistema jurídico. En nuestro caso se ha afirmado que “... la jurisprudencia constitucional es parte [del sistema de fuentes del Derecho] y, por tanto, de obligatoria observancia para los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico” (auto de 23-XI-2011, Inc. 11-2005).

Salvo el caso específico de la sentencia proveída en el proceso de inconstitucionalidad (art. 183 Cn.), el reconocimiento del precedente constitucional en El Salvador ha sido obra principalmente de la jurisprudencia constitucional. En el mismo auto de Inc. 11-2005 se ha dicho que “... los aplicadores —jurisdiccionales o administrativos— deben cumplir con lo ordenado en las reglas adscritas a las disposiciones constitucionales, así como en los pronunciamientos contenidos en las sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad [...] Lo mismo sucede en los casos de la interpretación de los contenidos de los derechos fundamentales por medio de los procesos de amparo y hábeas corpus”.

La aplicación de los precedentes a casos futuros exige del tribunal determinar qué parte de la justificación de la resolución o sentencia es la que tendrá fuerza vinculante para las decisiones que se pronuncien posteriormente. Naturalmente, ello exige estar en presencia de un caso que tenga similitudes relevantes con

el que ya fue decidido. Como jueces de la Constitución, los integrantes de esta Sala tienen la obligación de ser consecuentes con sus propias decisiones. Ello deriva no solo de elementales consideraciones de igualdad (pues dos casos semejantes deben ser resueltos de la misma manera por un mismo tribunal), sino también de la seguridad jurídica (porque las decisiones judiciales deben ser razonablemente previsibles). *Cuando un tribunal pronuncia una decisión, debe estar dispuesto a mantener en lo sucesivo la jurisprudencia anterior y, además, a resolver los siguientes casos que presenten semejanzas relevantes, en el mismo sentido.*

D. En el presente caso, esta Sala mantiene la justificación que apoya la interpretación de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 2° Cn. que se hizo en la Inc. 155-2013. Sobre esto, el actor de este proceso no adujo ningún argumento o razón diferente que motivara la revisión del precedente sentado en la citada resolución. En consecuencia, el ciudadano [...] efectuó nuevamente una interpretación incorrecta de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control y, por ello, no configuró adecuadamente su pretensión de inconstitucionalidad, debiéndose declarar improcedente”.

#### CUANDO EL PETICIONARIO NO ACLARA LA CONSECUENCIA PERNICIOSA O PERJUDICIAL PRODUCIDA CON LA REGULACIÓN DEL SUPUESTO OBJETO DE RECLAMO

“2. Con respecto a la violación del art. 3 Cn., el ciudadano [...] aduce que el art. 152 letra d. CE coloca en “ventaja procesal” a los candidatos que tengan cuentas pendientes con la Hacienda Pública, con respecto a los que no la tienen y que presentan un finiquito. De ello se interpreta que, para el actor, la citada disposición legal brinda un trato igual injustificado a dos supuestos que, por ser distintos —candidato con finiquito y candidato sin finiquito—, merecen un trato distinto. Este planteamiento contiene un déficit argumental que impide conocer el fondo del contraste que se ha querido plantear. El pretensor cuestiona la supuesta “diferenciación” normativa que el legislador ha introducido entre los candidatos con finiquito y candidatos sin finiquito, pero lo hace sin argumentar porqué, en su opinión, en tal caso se debería brindar un trato paritario a los candidatos relacionados.

Como se ha tenido ocasión de apuntar, las disposiciones constitucionales se caracterizan por su indeterminación, situación que plantea la necesidad de que el intérprete construya respuestas a cada caso concreto (sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012). Esta necesidad deriva no solo del citado carácter indeterminado de los enunciados constitucionales, sino también del hecho de que así lo ha impuesto el legislador. El art. 6 n° 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales exige que, además de citar los artículos pertinentes de la Constitución que se consideran infringidos por el precepto objeto de control, se aduzcan los “... motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad...”. Este artículo demanda del ciudadano un esfuerzo de argumentación sobre la confrontación internormativa, para plantear válidamente una pretensión de inconstitucionalidad.

En esta clase de proceso existe, pues, la obligación del demandante de argumentar. Esta actividad se acentúa cuando se alega violación a la igualdad (art.

3 inc. 1° Cn.). Aquí el objetivo del ciudadano ha de ser siempre el de argumentar racionalmente la concurrencia de los elementos de la pretensión por infracción a la igualdad, esto es: (i) si el precepto contra el que se dirige su pretensión contiene una desigualdad por *equiparación* o *diferenciación*; (ii) el criterio objetivo con arreglo al cual hace la comparación, debiendo precisar entre cuáles sujetos o situaciones ocurre la desigualdad; (iii) la inexistencia de una justificación para el trato equiparador o diferenciador; y (iv) la imputación de *consecuencias jurídicas* a los sujetos comparados, en virtud de la igualdad o desigualdad advertida (resolución de 111-2013, Inc. 98-2012).

Pues bien, en supuestos como el presente, la actividad argumental a cargo de los actores consiste en dar razones que hagan aceptable la tesis de que el legislador ha emitido una regulación igual e injustificada para los candidatos con finiquito y candidatos sin finiquitos. No obstante, el peticionario no han formulado una argumentación suficiente de contraste del art. 152 letra d. CE con el art. 3 inc. 1° Cn.

En efecto, la impugnación de una disposición por violación a la igualdad no puede plantearse en términos autónomos. La igualdad es un concepto relacional. Un sujeto o una situación jurídica son iguales o desiguales en comparación con otro sujeto u otra situación jurídica, según sea el caso. De esta manera, el peticionario no puede pretender que se examine de fondo su solicitud si en su demanda no aclara cuál es la consecuencia perniciosa o perjudicial que se produce con la regulación del supuesto de “candidatos sin finiquitos”. El interesado se limita a indicar que existe un trato discriminatorio en la ley, pero no justifica dicha afirmación, lo que tendría que hacer aportando las razones por las que los dos supuestos en juego —candidato con finiquito y candidato sin finiquito— no son equiparables. Dado que el fundamento de la pretensión ha quedado indeterminado, esta deberá declararse improcedente”.

#### CUANDO LA PRETENSIÓN SE FUNDAMENTA EN LA VULNERACIÓN A UN PRINCIPIO CONTENIDO EN UNA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL

“3. A. Por último, en lo atinente a la violación al principio de supremacía constitucional (art. 246 inc. 1° Cn.), este tribunal ha afirmado que es un supuesto de improcedencia de la pretensión de inconstitucionalidad argumentar que una fuente del Derecho es inconstitucional porque, al transgredir un precepto constitucional, también resulta conculcada otra disposición constitucional. Desde una dimensión formal o lógica, este tipo de razonamiento no es aceptable, pues admitirlo implicaría a la vez aceptar como válido un razonamiento falaz cuya conclusión está incluida en una de sus premisas, situación que nos llevaría a un absurdo (auto de 20-XI-2013, Inc. 163-2013).

Pero también, desde una perspectiva material, ese razonamiento tampoco es aceptable. El principio de supremacía constitucional proscribía que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una norma de rango constitucional. Sin embargo, si el criterio de análisis o enjuiciamiento en un proceso de inconstitucionalidad viene proporcionado por la Constitución, tal jerarquía no es un canon idóneo para realizar esta actividad de control. Por definición, en todo

proceso de inconstitucionalidad subyace un problema o conflicto de jerarquía normativa. La contradicción entre una norma legal y una norma constitucional no equivale a una mera transgresión por norma de rango inferior a lo establecido en otra de rango superior (constitucional), sino a la pura y simple inconstitucionalidad de la norma legal. En consecuencia, la eventual inconstitucionalidad de la norma cuestionada derivaría, en su caso, de la transgresión al contenido normativo de una disposición constitucional diferente a la del art. 246 inc.1° Cn.

B. En el presente caso, el razonamiento del ciudadano [...] es circular. En lugar de justificar la contravención directa del contenido normativo del art. 152 letra d. CE y el contenido normativo de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 2° Cn., el actor asume de modo tautológico su incompatibilidad con lo prescrito por el art. 246 Cn. A su entender, la violación al principio de supremacía constitucional (art. 246 Cn.) se produce porque el art. 152 letra d. CE contraviene los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 2° Cn. Y en vista de que este razonamiento circular del actor deja indeterminado el fundamento material de la pretensión de inconstitucionalidad, esta deberá declararse improcedente”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 177-2013, fecha de la resolución: 23/04/2014.*

#### NOTIFICACIÓN DEL DECRETO DE EMBARGO COMO MEDIO DE EMPLAZAMIENTO EN EL JUICIO EJECUTIVO NO SUPONE INDEFENSIÓN

“a. Así, el reproche de los ciudadanos, en cuanto a los arts. 460 inc. 1° y 462 CPCM, consiste en que tales disposiciones consignan que en los procesos ejecutivos, al admitirse una demanda, primero se decreta embargo y sólo después de volverse efectivo el mismo se realiza el emplazamiento del demandado, lo que, a su criterio, impide a éste ejercer de forma efectiva su defensa en dicho proceso.

Al respecto, como se explicó en la Sentencia de 12-I-2010, Inc. 130-2007, *el proceso ejecutivo es por su naturaleza y características un proceso especial*, cuya tramitación, por tanto, es distinta a la de los ordinarios —ahora declarativos comunes—, verbigracia por la reducción de la etapa de cognición, régimen especial de audiencias y motivos especiales de oposición, entre otros.

Así, al ser el proceso ejecutivo la vía más expedita con que cuentan los acreedores que gozan de un título fehaciente para obtener la satisfacción de sus derechos, adquieren capital importancia las medidas de aseguramiento que puedan adoptarse al inicio del litigio, en específico la medida cautelar del *embargo de bienes*, la cual constituye una *medida asegurativa* de la eficacia de una eventual sentencia estimatoria y que envuelve la idea de *prevención*, y no, como lo sugieren los demandantes, la ejecución anticipada de una condena, ni la ejecución forzosa de lo embargado, pues esto ocurre en la etapa posterior a la cognición. Lo anterior también incide en la concreción del emplazamiento en el proceso ejecutivo, pues, para lograr la efectividad de la medida cautelar dictada, tal acto procesal se llevará a cabo posteriormente al decreto de embargo. *Esto no implica, como lo sostienen los demandantes, indefensión del demandado*, pues, partiendo del hecho de que el embargo es una medida únicamente asegurativa y no de ejecución, la notificación de la demanda —decreto de embargo— y

del título ejecutivo otorga realmente la posibilidad a aquél de comparecer al juicio a ejercer su derecho de defensa, con la posibilidad de oponerse a las pretensiones del demandante mediante los medios previstos en la ley”.

#### INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL IMPEDIRSE RECURRIR EL AUTO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA EJECUTIVA

“b. De igual forma, los ciudadanos han impugnado el art. 461 inc. 2° CPCM, pues, a su criterio, el no permitir a los demandados recurrir del auto de admisión de la demanda ejecutiva implica conculcarles su derecho de defensa.

Tal argumento omite considerar lo consignado en la parte final del inciso citado, relativo a que tal prohibición no es óbice para que el demandado ejerza su oposición posteriormente en el momento procesal oportuno —arts. 466 y 467 CPCM—, lo cual implica que la oposición del demandado cumple la doble función de oposición a la demanda e impugnación del decreto de embargo. Como se observa, no es cierto que no se permita a los demandados en procesos ejecutivos ejercer su derecho de defensa oponiéndose a las pretensiones del demandante.

3. Por todo lo anterior, al ser deficiente el fundamento material de las pretensiones en todos los motivos planteados, las mismas se declararán *improcedentes*”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 143-2014, fecha de la resolución: 12/12/2014.*

#### TÉRMINOS ARGUMENTATIVOS NECESARIOS PARA UNA ADECUADA CONFIGURACIÓN DE UNA PRETENSIÓN BASADA EN LA INFRACCIÓN A LA IGUALDAD

“B. a. En relación con la segunda prevención —adecuada configuración de la vulneración a la igualdad—, es necesario recordar que, cuando se plantea una pretensión de inconstitucionalidad por vulneración del art. 3 Cn., debe realizarse 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. En el presente caso, si bien es cierto el pretensor señala una desigualdad en la ley en relación con la prestación señalada para los sujetos establecidos



en los arts. 211 y 126 LSAP —desigualdad por diferenciación—, no indica un término de comparación adecuado, ya que el demandante manifiesta que dichos sujetos se someten a regímenes diferentes, pero que son iguales porque son trabajadores; sin embargo, el hecho de ser trabajadores no resulta un criterio de equiparación suficiente que, *per se*, justifique la existencia de una diferenciación arbitraria en la ley; y, finalmente, el demandante señala como consecuencia jurídica de la diferenciación, la vulneración a la igualdad, siendo que, precisamente, es esta última, la que puede generar consecuencias negativas para los sujetos comparados.

Por lo tanto, al no superarse los requisitos señalados por el *test* de igualdad, la pretensión debe ser declarada improcedente sobre este punto”.

#### AUSENCIA DE ARGUMENTACIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADA

“C. En lo concerniente a la seguridad social, el pretensor limita su argumento a que el art. 211 LSAP al establecer que solo se pagará el diez por ciento del salario básico regulador vulnera el art. 50 Cn. que establece que se trata de un servicio público, prestado por una o varias instituciones que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección estatal.

Al respecto, este Tribunal advierte una argumentación insuficiente, pues el demandante se limita a señalar el contenido de la disposición impugnada y del parámetro de control; sin embargo, en ningún momento expresa un argumento que permita a esta Sala evidenciar la posible existencia de una confrontación normativa entre los dos preceptos, siendo que ambos contemplan una prestación de seguridad social”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 107-2013, fecha de la resolución: 23/04/2014.*

## INDEPENDENCIA JUDICIAL

#### DEFINICIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

“IV. 1. Sobre el principio de independencia judicial hay que recordar que el art. 172 inc. 3° Cn. establece que: “Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.1, determina que: “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula, entre las garantías judiciales (art. 8.1), que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,

en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En armonía con tales preceptos, la Ley de la Carrera Judicial determina, como una “Incompatibilidad especial” (art. 26), que: “El ejercicio de un cargo de la Carrera es incompatible con la participación en política partidista; esto es, pertenecer a cuadros de dirección o ser representante de partidos políticos o realizar actividad proselitista”.

En el mismo sentido, el Código de Ética Judicial (aprobado por la Corte Suprema de Justicia el 17-XII-2013, publicado en el Diario Oficial n° 24, Tomo n° 402, del 6-II-2014) incluye, dentro de los “Principios y deberes éticos de los destinatarios del presente código”, el principio de Independencia (art. 7): “Reconociendo que en toda sociedad democrática es un derecho de los ciudadanos y las ciudadanas ser juzgados por un Juez o una Jueza totalmente independiente de presiones o intereses extraños internos o externos. Por tanto el Juez o la Jueza debe: A. Juzgar desde la perspectiva jurídico-social y determinar la decisión justa y racional, sin dejarse influenciar real o aparentemente de presiones, intereses o factores ajenos al derecho mismo [...] E. Abstenerse de afiliarse a partidos políticos, de participar en cuadros de dirección en los mismos y realizar cualquier otra actividad político partidaria”, principios éticos que también son aplicables, según lo interpreta esta Sala, a cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción, como los Magistrados de la Corte de la Corte de Cuentas de la República, y del Tribunal Supremo Electoral.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la independencia judicial se exige con relación a órganos a los que se encomienda como función primordial la garantía del respeto al ordenamiento jurídico, a los derechos fundamentales y a las competencias de los órganos constitucionales (Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013). Para ello, la independencia judicial implica la libre decisión de los asuntos sometidos a conocimiento de los tribunales de la República, sin interferencias o injerencias de órganos externos al Judicial, de otros tribunales o de las partes (sentencias de 14-II-1997, de 20-VII-1999 y de 19-IV-2005, Inc. 15-96, 5-99, 46-2003, respectivamente). Esta “libertad” debe entenderse como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la Constitución y la ley, puesto que su finalidad es asegurar la pureza de los criterios técnicos que incidirán en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable, que resuelve cada caso objeto de enjuiciamiento (sentencias de 20-VII-1999 y de 28-III-2006, Inc. 5-99 e Inc. 2-2005, respectivamente)”.

#### PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO RECTOR DEL ESTADO DE DERECHO

“La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que la independencia judicial es un “principio fundamental del régimen constitucional” (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96) y un “principio rector del Estado de derecho” (Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99). Asimismo, se ha destacado la vinculación entre la independencia

judicial y la protección de los derechos fundamentales, ya que: “si el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos (...) sobre las libertades individuales por parte de los poderes de Gobierno, la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de Estado o a intereses políticos contingentes”. (Sentencia de 28-III-2006, Inc. 22005). Además, la independencia judicial contribuye a la legitimación del juez, legitimación que no puede ser de tipo electoral, sino que depende de su exclusiva sumisión a la Constitución y a la ley, así como a la verdad de los hechos sobre los que conoce (Sentencia de 14-II-1997 y de 14-X-2013; Inc. 15-96 e Inc. 77-2013, según su orden).

En virtud de todo lo anterior, *la independencia del juez o de quien ejerce funciones jurisdiccionales es una seña de identidad o un rasgo esencial de la propia jurisdicción*. Se trata, por tanto, de “la nota insoslayable que legitima la actividad judicial y sin la cual no podría hablarse de una verdadera jurisdicción [...] un órgano [judicial] no independiente, no ejerce jurisdicción”. (Sentencia de 1-XII-1998, Inc. 16-98). Utilizando otras palabras, la misma jurisprudencia de esta Sala ha dicho que: “La función jurisdiccional, para calificarse como tal, requiere ser ejercida por órganos sujetos tan solo al derecho en cuanto tal, sin vinculación a intereses específicos, e independiente de quienes tienen que perseguirlos. Si la jurisdicción se encomienda al Órgano Judicial no es por ninguna característica esencial de aquella, sino por ciertas cualidades que se garantizan a los jueces y magistrados” (Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003), entre las cuales se incluye su independencia”.

#### PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

“2. Uno de los elementos que contribuyen a garantizar la independencia judicial es el *principio de unidad jurisdiccional*. Según este, la potestad jurisdiccional es única e indivisible como derivación de la soberanía popular (art. 86 inc. 1° Cn.), lo que como regla general se manifiesta en la integración unitaria de los funcionarios que la ejercen dentro del Órgano Judicial (así se entiende, por ejemplo, en la ya citada Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99). Sin embargo, hay excepciones reconocidas por la propia Constitución, que por diversas razones separa de dicho órgano a ciertos entes públicos con funciones propiamente jurisdiccionales, es decir, de interpretación y aplicación del derecho para la solución de conflictos sociales, con carácter irrevocable, sin perjuicio del sistema de recursos (Sentencia de 5-XII-2006, Inc. 19-2006). Las excepciones a la dimensión orgánica del principio de unidad jurisdiccional (tales como la jurisdicción de cuentas, art. 195 inc. 1° atribución 3° Cn. y la jurisdicción electoral, art. 208 Cn.) indican que este principio es compatible con la especialización, cuando esta responda a condiciones objetivas, legales y no discriminatorias.

Lo fundamental del principio, incluso frente a dichas separaciones orgánicas excepcionales, radica en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por funcionarios que, por su régimen o estatuto normativo, puedan calificarse: primero, como *jueces*, o sea decidores sujetos exclusivamente al Derecho aplicable; y, segundo, *ordinarios*, es decir, cuya competencia y procedimientos de actuación estén determinados previamente por la ley. En otras palabras, *las diversificaciones de la*

*potestad jurisdiccional, ubicadas por fuera del Órgano Judicial, son compatibles con el principio de unidad jurisdiccional cuando se garantiza que dicha potestad será ejercida por auténticos jueces. En este sentido, unidad jurisdiccional implica uniformidad del régimen jurídico elemental del juez, es decir, la identificación de unas características esenciales comunes a todos los funcionarios con potestad jurisdiccional* ó a que los tribunales adopten un modo específico de ser organizados y de funcionar: *independencia*, imparcialidad, responsabilidad y predeterminación legal y no discriminatoria (Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003).

Esta correlación entre el principio de independencia judicial y el de unidad jurisdiccional coincide con la interpretación del primero de estos términos en la jurisprudencia interamericana, como una de las garantías integrantes del debido proceso. En tal sentido, se ha resuelto que: “la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 6-11-2001, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, párrafos 104 y 105”).

#### DESVINCULACIÓN PARTIDARIA COMO ELEMENTO INDISPENSABLE

“3. Por otra parte, las exigencias derivadas del principio de independencia judicial se proyectan hacia los procedimientos de elección de los funcionarios con potestad jurisdiccional. En dicho sentido, se ha expresado que: “la manera de designar a las personas que fungirán como funcionarios judiciales [...] también incide en el ejercicio independiente de la función [...] 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 [...]— con el fin de asegurar el ejercicio imparcial e independiente de la judicatura” (Sentencia de 5-VI-2012, Inc. 19-2012). Asimismo, en la ya citada Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013, se dijo claramente que: “En el contexto de la elección de funcionarios cuyas atribuciones son las de dirigir órganos de control al poder político del Estado, resulta irrazonable que sean los mismos afiliados a un partido político quienes ostenten dichos cargos”, ya que son parte de los órganos e instituciones sujetas a control judicial.

De acuerdo con la caracterización antes realizada de los órganos con competencias de control institucional, es evidente que los jueces o los funcionarios que ejercen funciones jurisdiccionales corresponden de manera inequívoca a dicha categoría y por ello, como ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, en la sentencia antes citada (refiriéndose a los magistrados de la CSJ, pero igualmente aplicable

a cualquier juez): “es imperativo que [...] carezcan de afiliación partidaria [...] en el ejercicio de su cargo no deben estar supeditados a intereses particulares o presiones políticas. Ello conllevaría a tolerar una manera de operar comprometida con otros órganos del Estado, lo cual volvería nugatoria su condición de órgano independiente y de guardián del ordenamiento jurídico”. En términos ilustrativos puede decirse que, *por un lado, la independencia judicial define a la jurisdicción y al juez; y por otro, la desvinculación de los partidos políticos (por ejemplo, la no afiliación) es un elemento indispensable de la independencia judicial.*

En realidad, este criterio no tiene nada de novedoso, pues en las mencionadas Sentencias de 23-I-2013 y de 14-X-2013, Inc. 49-2011 e Inc. 77-2013, lo que hizo este tribunal fue aplicar el impedimento de afiliación partidaria a funcionarios investidos de potestad jurisdiccional (jurisdicción de cuentas y jurisdicción constitucional, respectivamente). Ello se justifica —como se expuso ampliamente en la segunda de las decisiones antes citadas— porque tal vinculación podría significar un conflicto de intereses o un obstáculo para la realización de la finalidad de interés general inherente al cargo público judicial, pues la afiliación partidista es un vínculo jurídico que determina una relación de derechos y obligaciones entre el afiliado y la institución a la que se afilia. Es decir, que ella significa un estatus normativo que determina un tipo de relación obligacional entre el afiliado y el partido, de manera que el primero es sujeto de deberes para con la institución o partido al que se adscribe en sus términos ideológicos y este último tiene la potencialidad normativa de sancionar el incumplimiento de sus afiliados”.

TÉRMINO “JUDICIAL”, SE REFIERE AL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES MATERIALMENTE JURISDICCIONALES, SIN SER INDISPENSABLE UNA UBICACIÓN ORGÁNICA O INSTITUCIONAL DETERMINADA

*“Aunque en las sentencias citadas en la reseña del considerando anterior se invocaron fundamentos diversos para derivar dicho impedimento (la prohibición de mandato imperativo, los requisitos de moralidad y competencia notoria y la naturaleza de control institucional de la función respectiva), lo cierto es que en el caso de los funcionarios que tienen potestades jurisdiccionales la prohibición deriva directamente del principio de independencia judicial, entendiéndose que lo “judicial” se refiere al ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, sin que sea indispensable una ubicación orgánica o institucional determinada (por ejemplo, dentro del Órgano Judicial y como funcionario de carrera), tal como lo ha interpretado también la jurisprudencia interamericana citada. En el Estado Constitucional de Derecho, el ejercicio de la función jurisdiccional por personas partidarias es un contrasentido. La independencia del juez es un elemento esencial o irrenunciable para que la jurisdicción se reconozca como tal y no se convierta en algo distinto”.*

INCOMPATIBILIDAD PARTIDARIA ES UNA GARANTÍA OBJETIVA DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS MAGISTRADOS Y JUECES

“4. De lo expuesto se deduce una incompatibilidad intrínseca entre las prescripciones contenidas en los estatutos de los partidos políticos relacionadas con

las obligaciones de sus miembros, y el ejercicio independiente de funciones jurisdiccionales, en todas las materias respectivas, incluida la materia electoral. *El estatus de afiliado partidario, por lo tanto, no guarda coherencia con el art. 218 Cn., sobre todo en el ejercicio de una función pública de especial trascendencia en un Estado de Derecho, como es la función jurisdiccional.* El régimen de las incompatibilidades tiene como propósito fundamental preservar la probidad del funcionario judicial en el desempeño del cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente pueden llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública jurisdiccional. Igualmente, cumple la misión de evitar que se utilice su cargo para favorecer intereses propios o de terceros, en desmedro del interés general y de los principios constitucionales que rigen la función pública.

En ese sentido, en El Salvador la imposibilidad de compatibilizar el cargo de juez o magistrado —aunque dicha función se desempeñe correctamente— con la afiliación partidaria y, en general, con la actividad partidista, tiene un claro fundamento ético de la función pública que procura evitar la colisión o conflicto de intereses entre el control jurisdiccional y las actividades políticas del citado funcionario.

En definitiva, la incompatibilidad partidaria es una garantía objetiva de la independencia e imparcialidad de los Magistrados y Jueces. En general, el ejercicio de la jurisdicción tiene un impacto relevante en el sistema político, porque, de acuerdo con las respectivas materias, mediante ella no solo se juzgan las plataformas legales de las políticas públicas, sino también las actuaciones que entrañan la transgresión a los derechos fundamentales de las minorías. Particularmente, la jurisdicción electoral decide aspectos importantes para los actores políticos del Estado, razón por la cual la competencia del TSE es clave para que sus magistrados puedan actuar con independencia, esto es, sin estar sometidos a presiones de ningún tipo, garantizándose con ello que sus fallos y decisiones jurisdiccionales, sean imparciales”.

#### CARÁCTER VINCULANTE DE LA INCOMPATIBILIDAD DE AFILIACIÓN PARTIDARIA CON FUNCIONES JURISDICCIONALES, NO ES EVADIBLE CON INVOCAR EL DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICA

“5. A. El carácter vinculante de esta incompatibilidad (no afiliación partidaria de quienes ejercen funciones jurisdiccionales) no se puede evadir con invocaciones al tenor literal de las disposiciones constitucionales ni al derecho fundamental de asociación política del art. 72 ord. 2° Cn. Sobre lo primero, porque como lo determinó esta Sala en la Resolución de 21-III-2013, de seguimiento a la ejecución de la sentencia de Inc. 49-2011: “La Constitución no es un inventario taxativo de prohibiciones o límites al poder con respecto al cual pueda afirmarse que aquello que no prohíbe o limita expresamente, puede ser realizado “libremente” por los agentes estatales [...] las atribuciones y competencias [...] de los funcionarios [...] no son reglas vacías de contenido o carentes de sentido, sino que se insertan en un sistema constitucional informado por valores y principios, que buscan la limitación del poder y el respeto pleno a los derechos fundamentales de la persona”.

*La identificación de las limitaciones implícitas en la Constitución (ya sea en forma de impedimentos, prohibiciones, inelegibilidades, incompatibilidades, incapacidades, limitaciones o restricciones, etc.) para el ejercicio de las competencias de los funcionarios públicos y de los derechos fundamentales de los particulares es una labor permanente y consustancial de la producción normativa del Órgano Legislativo, pero también de este tribunal, cuando dichas limitaciones se derivan de la interpretación constitucional de las disposiciones propuestas como parámetros de control. En consecuencia, el impedimento de estar afiliado a un partido político y aspirar simultáneamente al ejercicio de funciones jurisdiccionales (que antes de la elección respectiva funciona como *inelegibilidad*, es decir, obstáculo para acceder al cargo; y que realizada la elección sin advertirlo se transforma en incompatibilidad, en ambos casos como *causa de invalidez*) es una implicación necesaria del reconocimiento constitucional del principio de independencia judicial —no una restricción antojadiza impuesta por esta Sala—; y la falta de mención expresa de este impedimento en cada disposición que atribuye funciones jurisdiccionales no altera ni reduce su carácter vinculante”.*  
*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 18-2014, fecha de la resolución: 13/06/2014.*

## INFORMACIÓN JURISDICCIONAL

### DEFINICIÓN

“II. En este contexto, información jurisdiccional es todo dato que constata la existencia o realización de un acto que tiene efectos o consecuencias directas o indirectas en un proceso o procedimiento tramitado ante autoridades que ejercen jurisdicción, tales como fases del proceso, demandas, informes, audiencias, incidentes, recursos, decisiones. De esto se sigue que este tipo de información alude a los actos por medio de los cuales se realiza el proceso. Por su parte, la idea de información administrativa es una noción por exclusión: será administrativa toda información que no sea jurisdiccional o que no tenga una conexión con los actos que producen consecuencias en los procesos o procedimientos judiciales, tales como libros administrativos, agenda de sesiones, estadísticas, números de referencias de proceso en trámite o fenecidos”.

### REFERIDA A LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD PUEDE SER SOLICITADA POR CUALQUIERA DE LAS PARTES QUE INTERVIENE EN EL PROCESO

“En el caso del proceso de inconstitucionalidad, la información jurisdiccional puede ser solicitada por cualquiera de los intervinientes o por los sujetos que no son partes. Los intervinientes, por su condición de parte, poseen la aptitud y la legitimación necesaria y suficiente para solicitar, mediante peticiones de certificación, la información jurisdiccional que consideren pertinente. De la misma manera, los individuos que no son parte pueden solicitar este tipo de datos. En efecto, dado que el proceso de inconstitucionalidad es autónomo y jurisdiccional, que su objeto es la defensa objetiva de la Constitución (y no la protección de la

esfera jurídica particular de las personas) y que en él no se controlan hechos (auto de 14-III-2012, Inc. 10-2010), se infiere que no existe impedimento jurídico alguno para que cualquier ciudadano pueda solicitar información relacionada con tal clase de proceso y que esta Sala acceda a la petición, siempre que se cumplan los requisitos respectivos”.

#### PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN

“Con independencia de si el solicitante es un interviniente o un sujeto ajeno al proceso, el art. 166 incs. 3° y 4° CPrCM —de aplicación supletoria en el proceso de inconstitucionalidad— determina el procedimiento que debe seguirse para obtener de los tribunales información jurisdiccional. Para ello, la disposición distingue si la solicitud hace referencia a una certificación íntegra o a una certificación parcial de los expedientes judiciales. En el primer caso, la certificación debe ser autorizada por el tribunal sin más trámite; mientras que, en el segundo, se oirá, en el plazo de tres días, a la parte contraria, la cual deberá evacuar la audiencia por escrito, debiendo el tribunal extender la certificación”.

#### DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE COMPETENCIA QUE CORRESPONDEN AL OFICIAL DE INFORMACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“III. 1. La demanda es el acto típico con potencialidad para dar inicio a un proceso en sede jurisdiccional. Se trata de la fase inicial de los procesos y, como tal, es considerada como una actuación procesal. Por esta causa, la información solicitada por el Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia debe considerarse como jurisdiccional, cuya obtención debe gestionarse directamente ante este tribunal. En consecuencia, dicha petición debe declararse sin lugar.

2. Los efectos de esta decisión no deben sobredimensionarse. La presente denegatoria no debe entenderse como una obstaculización al acceso a la información pública que se gestiona ante este Tribunal. Esta resolución únicamente delimita los ámbitos competenciales que corresponden al Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia y los que atañen a esta Sala. En realidad, lo que se ha hecho es aclarar que la información administrativa que corresponda al Órgano Judicial deberá ser tramitada ante el primero, mientras que la información jurisdiccional ante los respectivos tribunales. Y ello es sin perjuicio del análisis que deba hacerse en cada caso para determinar si es procedente o no acceder a las solicitudes que se hagan al respecto”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 7-2006AC, fecha de la resolución: 20/08/2014.*

#### INTERPRETACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

##### PRINCIPIOS QUE ORIENTAN INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

“III. 1. Como se afirmó en la sentencia de 19-V-2000, Inc. 18-95, la amplitud de la materia regulada por la Constitución tiene como consecuencia el carácter



sintético de muchos de sus preceptos y el significado valorativo de algunas de sus normas materiales, pero al mismo tiempo el correspondiente grado de apertura que permita la pluralidad de sus realizaciones.

Tal aseveración se retomó en la sentencia del 7-X-2011, Inc. 20-2006, en la que se expresó que la Constitución no prescribe un molde normativo determinado y acabado, sino que, por el contrario, establece un marco de coincidencias suficientemente amplio para incluir diversas opciones políticas y que mediante la interpretación de sus disposiciones se realicen concreciones legislativas que se ajusten con éxito a la realidad normada.

Esto produce como resultado que la estructura de las disposiciones constitucionales tengan ciertas particularidades a ser tomadas en cuenta en su interpretación, pues (a) incorporan el orden organizativo y material del Estado, de la participación político-democrática y de la convivencia social; (b) están formuladas de manera amplia, indeterminada e incompleta; y, (c) tienen fuerza vinculante en su aplicación, como normas jurídicas de mayor jerarquía.

En ese sentido, los principios que orientan la interpretación constitucional son peculiares, pues sirven para optimizar la fuerza normativa y la primacía de la Constitución, ya que ésta no se presta a una interpretación literal cerrada y exige, entre otras, una interpretación evolutiva”.

#### PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

“Entre los principios específicos de interpretación constitucional se encuentran: (a) el de *unidad* del ordenamiento, que busca preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico; (b) el de *concordancia práctica*, que persigue disipar la tensión que pueda existir entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores o bienes constitucionales protegidos; (c) el de *corrección funcional*, que implica no contradecir la distribución constitucional de funciones, atribuciones y competencias entre los órganos del Estado; (d) el de *fuerza normativa*, que busca no restarle nunca fuerza normativa a la Constitución; (e) el *pro libertate*, que dicta que en caso de dudas aplicativas o interpretativas, la opción a escoger debe ser la más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales; y, (f) el de *interpretación no-programática*, por el cual la interpretación siempre debe conceder aplicabilidad directa a las disposiciones constitucionales, a menos que se trate de un mandato al legislador.

Esto conlleva mencionar la *interpretación sistemática* de la norma constitucional, conceptualizada como aquella que intenta dotar a un enunciado de comprensión dudosa de un significado sugerido, o no impedido por el sistema jurídico del que forma parte, es decir atribuir un significado a una disposición tomando en cuenta el contenido de otras normas o su *contexto* jurídico, evitando percepciones aisladas, dentro de la relación dinámica en que se mueven las disposiciones entre sí en el ordenamiento jurídico.

La justificación de la interpretación sistémica de la Constitución es su concepción como un sistema con una lógica interna propia, es decir una coherencia intrínseca, armónica y objetiva que justificaría acudir a unos preceptos para

aclarar el significado incierto de otros, en el sentido que *las disposiciones de la Constitución están vinculadas en un complejo orgánico, lo que vincula a sus intérpretes*, tanto supremos como previos, que en todo momento deberán tener presente en su actividad este carácter esencial de la Constitución.

Así, como se expresó en la sentencia de 7-X-2011, Inc. 7-2011, el aspecto central de la interpretación sistemática está en la delimitación del *contexto* de la disposición interpretada que se va a considerar relevante para la determinación de su significado, de tal forma que en todos los casos se posibilite el “efecto útil” de las disposiciones constitucionales”.

#### DISTRIBUCIÓN DE ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS EN DISTINTOS ÓRGANOS LIMITA EL EJERCICIO DEL PODER

“2. Por otro lado, siempre en cita de la Inc. 20-2006, cabe sostener que la Constitución, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, y al establecer la obligación del ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal, limita el ejercicio del poder.

Esta dinámica de interacción en el proceso político se desarrolla bajo tres tipos de normas: las prohibiciones, las órdenes o mandatos y las prescripciones habilitantes.

Dentro de este último tipo de normas, se configura el margen estructural que la Constitución confía a los entes públicos, principalmente aquellos que tienen competencias relacionadas con la concreción normativa de los preceptos constitucionales.

A tales efectos, se puede afirmar que existen tres tipos de márgenes estructurales de acción:

(i) Para la fijación de fines, cuando el derecho contiene una reserva competencia) de intervención que no define las razones para la intervención legislativa. En este supuesto el legislador puede perseguir todos los fines —o la intensidad de su realización, una cuestión de grados o medidas— que el derecho fundamental no prohíba en abstracto, siempre y cuando respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

(ii) Para la elección de medios, cuando las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección y fomento. Dicho margen deriva de la estructura de los deberes positivos. Si el legislador debe perseguir un fin y tiene a su disposición varios medios que son igualmente idóneos, la elección del medio adecuado —en principio— se confía a su discrecionalidad.

(iii) Para la ponderación, que implica básicamente valorar el grado de intensidad de las intervenciones o menoscabos recíprocos en derechos fundamentales o principios constitucionales en relación con los fines legislativos perseguidos y los medios para obtenerlos”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 33-2012, fecha de la resolución: 24/10/2014.*

## LEY DE MEDICAMENTOS

### REGULACIÓN DE PRECIOS NO TRANSGREDE LA LIBERTAD ECONÓMICA, NI LA LIBERTAD DE EMPRESA

“1. A. a. La actora mencionó en su demanda que el art. 1 LM señala como una de las finalidades de esta ley es propiciar el control de los precios de los medicamentos para su venta a usuarios públicos y privados y acotó que, según su criterio, esto no tiene asidero constitucional, porque significa una vulneración a la libertad económica establecida en la Constitución, particularmente en el art. 102, y a la libertad de empresa, como una manifestación directa de aquélla. Explicó que dicha libertad económica se deteriora cuando se condiciona de forma arbitraria por el Estado, como ocurre en el presente caso en el art. 58 LM, en la medida en que se pretende imponer precios a los destinatarios de los medicamentos.

De acuerdo con lo expresado, de las premisas de la demandante, se infiere que ésta considera que la libertad de empresa y la libertad económica reconocidas en la Constitución son irrestrictas, en el sentido que impiden al Estado tener algún tipo de intervención, aunque sea mínima, en aras del bienestar social y que, en consecuencia, no es posible establecer control estatal alguno en los precios de los medicamentos que las empresas privadas ofrecen a la población.

b. Sobre este tipo de impugnaciones, este Tribunal ha manifestado en su jurisprudencia —por ejemplo, en la sentencia de 31-VIII-2006, Amp. 380-2003, y en la improcedencia de 11-IX-2013, Inc. 24-2013— que si bien la Constitución no contiene una disposición que elija un sistema económico específico, por la ideología de libertad que la inspira y le da contenido, se sostiene que en materia económica y comercial el Constituyente ha considerado necesario la existencia de un espacio suficiente de libertad para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismos estatales, lo que no es óbice para que —de acuerdo con el art. 102 inc. 1° Cn.— exista una presencia sana y razonable por parte del Estado a través de medidas ordenadoras que procuren el adecuado y mesurado ejercicio de la actividad económica, fundadas en claros fines de bienestar general e interés social.

En este sentido, en el caso del derecho a la salud y concretamente en lo relativo al acceso a medicamentos de calidad, la intervención estatal manifestada en el control de precios del art. 58 LM se encuentra justificada debido al ámbito en que se desenvuelve la industria farmacéutica, que conlleva un interés social por su directa relación con el derecho a la salud la cual se rige por principios, reglas y criterios especiales y diferentes de los aplicados a actividades empresariales en sentido estricto, por su naturaleza y fines.

De este modo, se observa que en este punto la demandante ha atribuido un contenido equívoco al parámetro de control propuesto que no coincide con lo establecido en la jurisprudencia de esta Sala, en específico en lo relativo a la necesaria intervención estatal en áreas de la actividad económica en que se encuentra comprometido un interés público, por lo que aceptar el argumento vertido por la pretensora implicaría soslayar la dimensión objetiva del derecho a la salud y obstaculizaría, por tanto, el cumplimiento del deber estatal de ejercer

una tutela —vigilancia y control— sobre un sector económico que influye decisivamente en la materialización y efectividad de tal derecho.

Es necesario considerar además, que —como se sostuvo en el Auto de improcedencia de 11-X-2013, Inc. 150-2012—, el establecimiento de una medida de control de precios de medicamentos, así como los parámetros regulados en el art. 58 LM, no son incompatibles con la competitividad del mercado salvadoreño en dicha materia.

Por tanto, *la regulación de precios establecida en la Ley de Medicamentos no vulnera la libertad económica ni la libertad de empresa, manteniéndose vigente tal regulación en favor del derecho a la salud de los consumidores; en consecuencia, resulta imposible efectuar el análisis de constitucionalidad solicitado por este motivo, lo cual al no haberse advertido de manera oportuna en el examen liminar, conlleva a sobreseer en este punto de la demanda planteada*”.

#### LIBERTAD DE CONTRATACIÓN ÚNICAMENTE PUEDE SER EJERCIDA CON EL FIN DE ASEGURAR EL INTERÉS Y BIENESTAR DE LA COMUNIDAD

“B. a. Sobre la vulneración a la libertad de contratación del art. 23 Cn., por parte de lo establecido en el art. 65 LM, la ciudadana demandante expuso que esto ocurre al requerir que, para importar medicamentos que no se encuentren en el mercado nacional a efecto de tratar patologías determinadas, debe contarse con la autorización de la Dirección, lo que implica —según ella— una limitación arbitraria al contenido esencial de este derecho en virtud de una disposición de orden legal que bloquea sin justificación alguna el derecho de adquirir bienes lícitamente e impone a las personas la compra del medicamento nacional con preferencia al internacional.

b. En relación con este argumento, similar a lo expresado en el apartado anterior, la jurisprudencia constitucional —Improcedencia de 11-IX-2013, Inc. 24-2013— ha estipulado que si bien la libertad de contratación se encuentra garantizada en el art. 23 Cn., con ello no se debe incurrir en el error de creer que la iniciativa privada puede ser absoluta e ilimitada, cuando lo cierto es que la libertad de contratar, en cuanto libertad económica, únicamente puede ser ejercida con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales, encaminadas a asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás y con el interés y bienestar de la comunidad.

Aplicando lo anterior, al analizar los argumentos que se plantean en la demanda de inconstitucionalidad del art. 65 LM, por vulneración a la libertad de contratación, se advierte de nuevo que el contenido normativo atribuido por la ciudadana al parámetro de control —art. 23 Cn.— discrepa del establecido por la jurisprudencia de este Tribunal, que si bien reconoce la libertad de contratar a los particulares sin injerencias arbitrarias por el Estado u otras personas, igualmente señala los límites a la autonomía de la voluntad en función del interés social; en este sentido, no se debe obviar el hecho de que la Constitución conmina al Estado a asegurar a los habitantes el goce de la salud —arts. 1 inc. 3° y 65 inc. 1° Cn.—, por lo que no es posible que una esfera de contratación individual que gire en torno a este derecho esté libre de injerencia estatal.

En función de lo dicho, por existir una deficiencia en el fundamento material de este punto de la pretensión, este Tribunal se ve impedido de realizar el examen de constitucionalidad en los términos planteados, circunstancia que habría provocado un rechazo de haberse advertido en el examen inicial de la demanda; en razón de ello, también corresponde *sobreseer* en el proceso, y así será declarado”.

#### CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“3. A. En cuanto al *derecho a la salud* se refiere, éste debe considerarse no sólo en su dimensión subjetiva como un derecho de la persona —que implica, además de ausencia de enfermedad, un estado de bienestar físico, psicológico y social del individuo y de la colectividad—, o como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; sino también en su dimensión objetiva como categoría fundamental de obligada *garantía y protección* por parte del Estado al constituirse como un *bien público* —arts. 2 y 65 Cn., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, y Protocolo de San Salvador, art. 10—.

Al respecto, como se expuso en las sentencias de 20-VI-2005, Amp. 634-2000, y más recientemente el 9-III-2011, HC 164-2005/79-2006, el derecho a la salud en su dimensión objetiva implica los aspectos siguientes: (a) el de *conservación*, que implica necesariamente una protección contra riesgos exteriores capaces de poner en peligro la salud, a través de acciones positivas, verbigracia la adopción de medidas preventivas, así como de acciones negativas, principalmente en cuanto a la abstención estatal de realizar cualquier acto lesivo de la salud; (b) el de *asistencia*, que importa la posibilidad de disponer y acceder a los servicios de salud respectivos, esto es, el alcance efectivo de una asistencia médica, como lo prescribe el art. 66 Cn.; y, (c) el de *vigilancia*, que conlleva la posibilidad de exigir la seguridad y control en las actividades profesionales vinculadas de un modo inmediato con la salud del pueblo, como lo establece el art. 68 inc. 2° Cn.

La consideración de la dimensión objetiva y prestacional del derecho a la salud implica su materialización en situaciones concretas y su exigibilidad para con el Estado, el cual debe configurar y disponer de un *andamiaje institucional adecuado que permita a las personas acceder a los servicios que requieran en materia de salud*”.

#### SALUD PÚBLICA

“B. Lo expresado anteriormente vincula el concepto de *salud pública*, entendida como el conjunto de actividades planificadas por parte de entes estatales relacionadas con la protección y promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, el estado sanitario y ecológico del ambiente de vida, así como con la organización y el funcionamiento de los servicios de salud correspondientes.

Así entendida, la salud pública constituye de igual forma un valor que pertenece a la comunidad en general, inmanente a la idea de convivencia humana,

para cuya consecución el Estado debe intervenir logrando la conservación y restablecimiento de la salud de los habitantes, vigilando, controlando y prohibiendo en consecuencia todas las conductas que le sean incompatibles —sentencia de 16-I-1997, HC 13-E-96—”.

CREACIÓN DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y SUS ATRIBUCIONES  
NO SON CONTRARIAS A LOS ARTÍCULOS 68 Y 69 INCISO 1° DE LA CONSTITUCIÓN

“1. La demandante ha invocado que el art. 68 Cn., se vulnera por el contenido de los arts. 3, 6 letras c), d), e), f), j), k), m), p), q), r), s), t) y u), 95 y 99 LM, los cuales se refieren, en su orden, a la creación de la Dirección, a las atribuciones que dicho ente ha “sustraído” del CSSP, y a las derogatorias respectivas que se hicieron tanto en el Código de Salud como en la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las profesiones de salud (sic) para evitar dualidad normativa de funciones entre estas Instituciones.

A. a. Para el análisis de este motivo, es necesario considerar lo establecido por el Constituyente en cuanto a la salud pública y al marco institucional configurado para ello en la Constitución, en específico en cuanto a la vigilancia y control permanente de productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, y si, por tanto, con la creación de la Dirección, el legislador ha sustraído funciones atribuidas constitucionalmente al CSSP, en exceso de sus márgenes estructurales de acción o si, por el contrario, la existencia de ambas instituciones son complementarias para la realización del mandato constitucional de velar por la salud del pueblo.

Para llevar a cabo lo anterior, aunque sólo ha sido invocado como parámetro de control lo señalado en el art. 68 Cn. es necesario incorporar al examen el art. 69 Cn., ya que ambos regulan aspectos específicos relacionados con la salud pública y deben interpretarse, por tanto, de forma sistemática y unitaria.

b. Al respecto, el art. 68 Cn. establece en su inciso primero al CSSP como el organismo encargado de velar por la salud del pueblo, determina su conformación y deja al legislador la facultad de estipular libremente su organización. Luego, en el inciso segundo de este artículo se alude a la vigilancia en el ejercicio de las profesiones que se relacionan de un modo inmediato con la salud, la cual se encomienda a determinados organismos formados por académicos pertenecientes a cada profesión, a quienes se concede además la facultad de sancionar con suspensión en el ejercicio profesional por causas de inmoralidad o incapacidad, señalando para tal efecto el trámite respectivo. Finalmente, el inciso tercero establece la competencia del CSSP para conocer en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los organismos antes mencionados.

Por su parte, en lo que concierne a este análisis, el inciso primero del art. 69 Cn. hace referencia al control de calidad de ciertos productos que pueden incidir en la salud de los habitantes, tanto químicos, farmacéuticos y veterinarios, y señala, en consecuencia, la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios e indispensables para llevar a cabo dicho control, concretamente por medio de organismos de vigilancia.

B. a. Considerando el contenido de ambas disposiciones, debe recordarse que la estructuración del Estado en la diversidad de entes públicos que llevan

a cabo sus funciones y la necesaria distribución equilibrada de atribuciones y competencias se relaciona íntimamente con la ordenación de fuentes, lo que conlleva el respeto al principio de legalidad —que rige la actuación de todo el aparato estatal— y al de regularidad jurídica —que implica la adecuada conexión de validez entre una fuente inferior con otra que le da sustento—.

Así, aunque dentro de la estructura orgánica de la Administración Pública hay un conjunto de órganos del Estado a los que la misma Constitución les detalla sus competencias —ejercidas en forma unipersonal o colegiada—, como ocurre en el caso de la Asamblea Legislativa (art. 131 Cn.), el Presidente de la República (art. 168 Cn.) y la Corte Suprema de Justicia (art. 182 Cn.), entre otros, hay ciertos casos en los que la Constitución sólo describe genéricamente el ámbito de competencia de un órgano, entidad o funcionario, sin hacer un enunciado pormenorizado de sus distintas manifestaciones —como sucede con el CSSP en el art. 68 Cn. y otros entes autónomos—, correspondiendo al legislador en estos supuestos el desarrollo de la materia y lo relativo a las atribuciones específicas de dichas entidades, como lo señala el art. 131 ord. 21° Cn., donde se atribuye a la Asamblea Legislativa la determinación de las atribuciones y competencias de los diferentes entes públicos y funcionarios siempre que la Constitución no lo hubiere hecho.

Partiendo de lo anterior, de acuerdo a lo sostenido en la sentencia de 31-VII-2009, Inc. 78-2006, se tiene que, como regla general, si bien es materia reservada a la ley en sentido formal la creación de los entes públicos y la delimitación de sus competencias, dicha facultad sólo opera cuando la Constitución no lo hubiere realizado de forma expresa o bien cuando, por la interpretación que este Tribunal realiza, se hubieren determinado ámbitos competenciales por medio de la adscripción de una norma a una disposición constitucional.

b. En el presente caso, es de hacer notar que las atribuciones del CSSP que fueron otorgadas a la Dirección por las derogaciones que para ello se realizaron en los arts. 95 y 99 LM, no son las señaladas por el Constituyente en el art. 68 Cn., sino que, al contrario, se trata de competencias configuradas por el legislador en cuerpos normativos secundarios y que le dan concreción al mandato contenido en el art. 69 inc. 1° Cn., relativo a la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia, por lo que se estima que *dichas derogaciones no constituyen una extralimitación del legislador en sus márgenes estructurales de acción que le corresponden y que tampoco implican la sustracción de funciones al CSSP, pues éste mantiene las atribuciones constitucionales del art. 68 Cn.*

Por lo anterior —siguiendo el criterio establecido en la Sentencia de 18-V-2000, Inc. 18-95—, esta Sala interpreta que los arts. 68 y 69 Cn. son complementarios entre sí y que se refieren a funciones atribuidas a dos entes distintos, uno designado específicamente por el Constituyente para velar por la salud del pueblo —el CSSP— y específicamente para ejercer la vigilancia sobre el ejercicio de las profesiones relacionadas de un modo inmediato con la salud —art. 68 Cn.—; y otro establecido por ley como organismo de vigilancia —de acuerdo al mandato del art. 69 inc. 1° Cn.— para realizar el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios.

En razón de lo anterior, *la creación de la Dirección Nacional de Medicamentos y las atribuciones asignadas a ella en la ley respectiva, no son contrarias a las disposiciones constitucionales identificadas como parámetros de control. En consecuencia, la demanda se desestimará respecto de este motivo, y la referida Dirección seguirá funcionando conforme lo establecido en la Ley de Medicamentos*”.

#### PRESENCIA DE UN DELEGADO DEL INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL ES PERTINENTE DENTRO DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS

“2. La ciudadana también ha invocado la vulneración del art. 69 Cn. por lo establecido en el art. 4 letra e) LM, que integra a un delegado del ISSS en la composición de la Dirección, lo que, según expone, va en contra de la finalidad de control y supervisión que el Estado debe proveer, porque el ISSS más que un ente contralor es un ente de consumo.

Con respecto a este argumento, es necesario analizar primero la naturaleza de la Institución en comento para determinar si puede categorizarse como un ente de consumo más en cuanto a medicamentos y productos químicos se refiere, luego determinar si debe o no por tal motivo tener injerencia en el control de calidad de los mismos y, para concluir, la naturaleza de la Dirección de acuerdo a su composición en la Ley de Medicamentos y sus consecuencias.

Sobre el primer punto señalado, conforme a los arts. 1, 4 y 5 de la Ley del Seguro Social, el ISSS es una entidad autónoma, de Derecho Público, cuyos fines se vinculan de forma directa con la seguridad social de la población, en congruencia con lo regulado en el art. 50 inc. 1° Cn. La naturaleza de esta institución es consecuencia del carácter de servicio público de la seguridad social —reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia de 23-VIII-98, Inc. 4-97— lo que implica que la actividad tendente a su satisfacción no puede entenderse como de naturaleza privada, pues el Estado está obligado a intervenir en la regulación de tal servicio para el aseguramiento de su continuidad, regularidad y generalidad.

En este sentido, si bien el ISSS en la consecución del cumplimiento de las necesidades de seguridad social de la población adquiere, resguarda y suministra medicamentos, ello no le convierte en un “ente de consumo más”, ni tiene interés económico o afán de lucro alguno con la adquisición de los mismos, al contrario, dicha actividad se realiza con la finalidad de proveer los insumos necesarios para la tutela efectiva del derecho a la salud de sus asegurados, como parte de las prestaciones derivadas también de la seguridad social.

Todo lo anterior, conlleva a afirmar que la presencia de un delegado del ISSS se vuelve pertinente dentro de la Dirección, pues como entidad titular de la seguridad social y como miembro del Sistema Nacional de Salud, conforme al art. 1 y 2 inc. 1° letra b) de la Ley de Creación del Sistema Nacional de Salud, se encuentra obligada a verificar el control de los medicamentos que suministra, pues de lo contrario estaría desatendiendo una de las finalidades para la que fue creada.

Aunado a esto, es necesario considerar que la Dirección, como lo reconoce la demandante, es un organismo de composición heterogénea de acuerdo al art.



4 LM, cuyas decisiones, por tanto, se toman de forma colegiada por deliberación entre sus miembros. Esto implica que, en todo caso, el delegado del ISSS en dicha Dirección no tiene el monopolio de las decisiones que en ésta se tomen en cuanto al control de los medicamentos, lo que despeja los visos de parcialidad alegada y el presunto doble carácter que la demandante le atribuye.

Por lo expuesto, debe *desestimarse* la pretensión por este motivo alegado, al considerarse constitucional la disposición impugnada”.

PROHIBICIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE MEDICAMENTOS, SUPONE UNA INTERVENCIÓN DESPROPORCIONAL A LOS DERECHOS DE LIBERTAD ECONÓMICA Y CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS

“3. La actora arguyó asimismo que el derecho al trabajo reconocido en el art. 37 Cn. y la irrenunciabilidad de los derechos consagrados a favor de los trabajadores establecida en el art. 52 inc. 1° Cn., se vulnera por el art. 23 LM, que prohíbe la contratación y subcontratación de médicos, odontólogos y veterinarios para ejercer la profesión al interior de las farmacias con el objeto de prescribir cualquier tipo de medicamentos.

A. Con respecto a la contravención alegada al derecho al trabajo y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, es preciso determinar primero si ha ocurrido efectivamente una intervención legislativa sobre tales derechos fundamentales y, en su caso, en qué medida éstos se han visto menoscabados, es decir, cuál ha sido la intensidad de la interferencia en su contenido por parte del legislador.

En síntesis, una intervención sobre un derecho fundamental es una acción estatal no contraria a la Constitución que sin vulnerar el contenido esencial del derecho, modifica alguno de sus elementos configuradores, de tal manera que no permita a sus titulares realizar acciones que se podrían incluir en su ámbito de protección.

Estos elementos configuradores sobre los que inciden las intervenciones de tipo normativo se refieren a los sujetos del derecho fundamental —es decir los titulares o destinatarios—, al ámbito de protección material —el objeto en función del supuesto de hecho y del bien jurídico regulado, que es el sector material que se protege— y la justificación a los posibles límites al derecho. La constitucionalidad de estas intervenciones dependerá de si el acto normativo estatal es compatible con el objeto de protección del derecho fundamental y si el acto normativo estatal está justificado en la Constitución.

Al respecto, por simple lectura del art. 23 LM, se observa que la prohibición que contiene, implica una intervención o limitación en los derechos invocados como parámetros, tanto en los sujetos destinatarios del mismo en la disposición, como en su ámbito de protección material, ya que restringe un hecho en concreto, la contratación o subcontratación de médicos, odontólogos y veterinarios para el ejercicio de su profesión con el objeto de prescribir medicamentos dentro de establecimientos farmacéuticos.

Ahora bien, para determinar su constitucionalidad, dicha restricción del art. 23 LM sobre el derecho al trabajo y al carácter irrenunciable de los derechos la-

borales, debe justificarse con respecto a la finalidad perseguida por el legislador secundario a partir de los criterios de idoneidad y necesidad.

B. a. Siguiendo el razonamiento, según lo expresado por la autoridad demandada, es claro que la finalidad de la prohibición de la disposición impugnada, es separar las funciones de prescripción y dispensación de medicamentos al interior de establecimientos farmacéuticos, para eliminar el peligro de la existencia de incentivos económicos que conlleven a posibles malos hábitos prescriptivos, así como propiciar en los consumidores un mejor uso de los medicamentos; es decir, el legislador persigue proteger el derecho a la salud de la población y la libertad de los consumidores, para que no se vean conminados por la autoridad moral y profesional del facultativo a adquirir determinado medicamento dentro de la misma farmacia en que se le ha recetado.

Tal finalidad es constitucionalmente legítima, ya que, por las características del derecho a la salud como bien público y ante los riesgos de tratamientos inefectivos e inseguros, es necesario asegurar a las personas el acceso a medicamentos de calidad y al uso racional de los mismos, así como la existencia de un control y vigilancia estatal sobre las prácticas de prescripción, tanto en el sector público como en el privado.

Aunado a lo dicho, es imperativo considerar que lo establecido por la Organización Mundial de la Salud en sus directrices, v.gr. el documento “Uso racional de los medicamentos por prescriptores y pacientes: informe de la Secretaría”, relativo a que, en muchos casos, la combinación de las funciones de prescripción y dispensación de medicamentos en un mismo profesional dentro de un establecimiento farmacéutico puede conllevar a excesos, pues la labor del prescriptor puede verse influenciada por incentivos económicos, tanto por parte del empleador-propietario del establecimiento, con quien tiene una relación de subordinación laboral, como por parte de las industrias farmacéuticas.

b. No obstante lo anterior, se vuelve necesario verificar si la intervención sobre los derechos en comento es una medida idónea para la obtención de la finalidad señalada. Al respecto, se estima que la prohibición que contiene el art. 23 LM es una medida apropiada dentro de las posibilidades, porque evita la práctica de combinar la prescripción y dispensa de medicamentos en un mismo profesional dentro de un establecimiento farmacéutico y su supeditación para ello a posibles incentivos económicos, además de promover un uso adecuado de medicamentos y productos químicos.

c. Ahora bien, establecida la idoneidad de la medida, es pertinente analizar su necesidad, es decir, comprobar si entre las alternativas posibles la misma era la menos lesiva para los derechos fundamentales intervenidos, lo que implica suponer otras medidas alternativas a la prohibición señalada en el art. 23 LM con respecto a la finalidad perseguida.

En el asunto en examen, los sujetos intervinientes en el proceso no han alegado ningún medio alterno al impugnado con menos lesividad que la prohibición aludida y con igual o mayor grado de idoneidad; no obstante, es de hacer notar que —de acuerdo al art. 68 Cn.—, debido a que el ordenamiento constitucional le ha dado la competencia al CSSP, por medio de sus correspondientes Juntas, para llevar a cabo la vigilancia sobre las profesiones médica, odontológica y

veterinaria, cualquier medida por la que el legislador opte para evitar los riesgos diversos que pueden darse por la combinación de prescripción y dispensa de medicamentos dentro de establecimientos farmacéuticos, debe considerar mecanismos que permitan que dichos actos sean del conocimiento y control del CSSP, que no sean lesivos de derechos fundamentales.

En este sentido, se observa que *la prohibición contemplada en el art. 23 LM no es necesaria* en cuanto a la intervención de los derechos en comento, pues el legislador tuvo que haber considerado otras opciones para controlar la práctica de prescripción y dispensa de medicamentos en un mismo establecimiento farmacéutico por profesionales de la salud, por lo que se declarará su inconstitucionalidad en esta sentencia.

C. Asimismo, sin menoscabo del análisis que antecede, debe considerarse lo expresado por el Fiscal General de la República en su intervención, referente a que el objeto de contratar médicos en las farmacias para recetar medicamentos es una alternativa a los usuarios que deciden con su libre voluntad acceder a las entidades de salud públicas o privadas —sin perjuicio de la vigilancia y controles que deben realizar el CSSP y la Dirección—.

En efecto, esta Sala estima que la prohibición contenida en la disposición impugnada no sólo afecta derechos de índole laboral, sino también *la libertad de contratación, el derecho a la salud y la libertad de los consumidores* para elegir, sin ningún tipo de influencia, los servicios médicos, medicamentos y demás productos que, según su voluntad, estimen más convenientes a su situación y posibilidades materiales, y se favorezca de esta manera, las oportunidades de acceso a servicios médicos y medicamentos, debidamente controlados —tanto por el CSSP como por la Dirección Nacional de Medicamentos— tomando en cuenta la situación de los servicios de salud; para lo cual la Dirección y el CSSP deberán garantizar los controles eficaces y adecuados para evitar los conflictos de intereses que advierte la Organización Mundial de la Salud y los posibles abusos contra el interés de los consumidores.

En este sentido, *el art. 23 LM también deviene en inconstitucional y así deberá ser declarada”*.

#### INFRACCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 79 LETRA B) DE LA LEY DE MEDICAMENTOS VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES

“4. A. En relación con este motivo detallado, este Tribunal advierte que, no obstante no fue demandada por la actora, *existe otra disposición en la LM relacionada con la prohibición del art. 23 LM y que, por tanto, coincide junto a éste en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional*.

De no advertirse tal circunstancia implicaría la incompatibilidad de dichas disposiciones que tienen el mismo reproche de inconstitucionalidad con la resolución estimatoria y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar.

Respecto de la inconstitucionalidad por conexión —como se ha sostenido en sentencias de 1-IV-2004, 23-X-2007 y 29-VII-2010, Incs. 52-2003, 35-2002 y 61-2009, en su orden—, este Tribunal ha manifestado que, como excepción al

principio de congruencia, ésta tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de una decisión adoptada; es decir, si se constatan o verifican las conexiones que se coligen de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede consentirse la validez de las disposiciones que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada inconstitucional.

Tal consecuencia puede darse—sin ánimo de taxatividad— en caso que la declaración de inconstitucionalidad se extienda hacia otras y diferentes disposiciones que coinciden, junto con la impugnada, en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional; así también, cuando la supervivencia de las disposiciones hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad o por constituir *disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional*.

B. Así, se observa que el art. 79 letra b) LM establece como infracción muy grave “Permitir, el o los responsables del establecimiento farmacéutico, la prestación de servicios de consulta médica, de odontología, enfermería y demás profesiones de la salud al interior de droguerías, farmacias y ventas de medicinas, así como la prescripción de medicamentos en dichos establecimientos”.

En este sentido, dado que la prohibición del art. 23 LM es la base para la infracción contemplada en el art. 79 letra b) de esa misma ley, este Tribunal advierte una *conexión material entre ambas disposiciones* y con los argumentos que ha llevado a declarar la inconstitucionalidad del primer artículo en mención, razón por la cual el referido art. 79 letra b) LM también vulnera el derecho al trabajo reconocido en el art. 37 Cn. y la irrenunciabilidad de los derechos consagrados a favor de los trabajadores establecida en el art. 52 inc. 1° Cn., y así será declarado en esta sentencia”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 33-2012, fecha de la resolución: 24/10/2014.*

## LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

### RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

“1. El art. 7 de la Constitución establece que los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente. A la vez, determina expresamente que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación y que tampoco puede “limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación”.

Al analizar el contenido normativo del citado precepto constitucional, se advierte que reconoce las facetas positiva y negativa del derecho de asociación. Por tanto, contempla la posibilidad de incorporarse o constituir una asociación —faceta positiva—; y, a la vez, *la imposibilidad de ser obligado a pertenecer a una asociación —faceta negativa—*.

Además, el precepto constitucional en comento establece categóricamente *que no puede limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación*. Dicho de otra forma, *no puede exigirse la pertenencia a una asociación para el ejercicio de una actividad lícita*.

Y es que la prohibición de forzar a asociarse es correlativa al derecho mismo de asociación, ya que este constituye una de las principales libertades públicas de la persona; de tal manera, se trata de un derecho de libertad; y, por tanto, tiene por objeto garantizar un ámbito de autonomía personal, y el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad. Entonces, esa libertad quedaría incompleta si únicamente se reconociera en su aspecto positivo”.

#### LA LIBERTAD DE NO ASOCIARSE ES UNA GARANTÍA ADICIONAL FRENTE AL RIESGO DEL DOMINIO POR EL ESTADO

“Asimismo, *la libertad de no asociarse es una garantía adicional frente al riesgo del dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran del monopolio de una determinada actividad social*. Es decir, el Estado podría injerir en la libertad de asociación de las personas impidiéndoles asociarse u obligándolas a hacerlo.

Y es que, el *requisito de asociarse para poder ejercer alguna actividad lícita constituye una limitación o una barrera de entrada en la actividad concernida*; que incide en la libertad de asociación, por cuanto se coarta la posibilidad de no asociarse, pero además, en el derecho que se vincule con la actividad relacionada. Y de ahí que el art. 7 Cn. prohíba de manera palmaria tal exigencia”.

#### POSIBILIDAD DE LIMITAR EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

“2. Ahora bien, el derecho en mención —en sus dos facetas—, como cualquier otro derecho fundamental, puede ser limitado. De tal forma, existe la posibilidad de que se restrinja o exija —según sea el caso— la pertenencia a alguna entidad de carácter asociativa; pero tal exigencia será válida *únicamente cuando sea necesaria para asegurar la consecución y tutela de determinados fines públicos, constitucionalmente relevantes; y, siempre que ello, a su vez, no viole algún otro derecho o principio constitucionalmente garantizado*, como podría ser, por ejemplo, la libertad religiosa reconocida en el art. 25 Cn. Sin embargo, tal limitación también ha de satisfacer, en primer lugar, el principio de reserva de ley; y, en segundo lugar, las exigencias del principio de proporcionalidad”.

3. Concordantemente con lo arriba apuntado, la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 24-IX-2084, Inc. 3-83— ya puntualizó: “a) Que el derecho de asociación como derecho del hombre es potestativo, ya que es la persona humana la que debe determinar libremente su voluntad de asociarse o de no hacerlo; b) Como una garantía en su derecho y para evitar cualquier abuso por parte del Estado u otros organismos, se estableció que ‘nadie puede ser obligado a

pertenecer a una asociación' [...]; c) Para evitar que se vulnere la esencia del derecho de asociación mediante disposiciones que reglamentan el ejercicio de determinadas actividades, se establece: 'No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación'".

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 79-2010, fecha de la resolución: 22/09/2014.*

## LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

### CONTENIDO ESENCIAL

"4. En cuanto a la *libertad de contratación* establecida en el art. 23 Cn., esta Sala ha indicado en su jurisprudencia —v.gr. en la Sentencia de 31-VIII-2006, Amp. 308-2003—, que la misma es una manifestación 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 —libertad negativa—; así como la posibilidad real de las personas de orientar su libre voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones consentidas sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado —libertad positiva, autodeterminación o autonomía—.

En el sentido expuesto, la contratación debe tener como fundamento el principio de la *autonomía de la voluntad* como fuente particular de producción jurídica, que indica la facultad que la ley reconoce a los individuos para reglamentar por sí mismos —libremente y sin intervención del Estado— el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente, todo lo cual —conforme se manifestó en la Sentencia de 13- VIII-2002, Inc. 15-99—, determina el *contenido esencial de la libertad de contratación* en el sentido de: (i) decidir si se quiere o no contratar; (ii) elegir con quién se quiere contratar; y, (iii) determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes.

No obstante lo anterior, se vuelve necesario reiterar que el reconocimiento constitucional de la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad que conlleva, no implica que la iniciativa privada es absoluta e ilimitada, sino que la misma admite restricciones en atención al bien común, la justicia, libertad e igualdad y en general respetando los derechos fundamentales, que no altere su contenido esencial y que atiendan las exigencias del principio de proporcionalidad.

Así, se afirma la necesidad de una presencia razonable y mesurada por parte del Estado en el ámbito contractual para asegurar el interés público y el bienestar general, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, sobre todo cuando ésta se relaciona con la prestación de servicios públicos".

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 42-2012AC, fecha de la resolución: 23/12/2014.*

## LIBERTAD

### RECONOCIMIENTO COMO UNO DE LOS VALORES FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO

“II. 1. El respeto, la protección y la promoción de la libertad es un elemento inherente al Estado Constitucional de Derecho. Desde el Preámbulo de la Constitución (síntesis de su trasfondo valorativo, según la Sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98) se determina la finalidad de “establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana [...] y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista”. El reconocimiento de la libertad como uno de los valores fundamentales del Estado, en conexión estrecha con la dignidad humana, es presupuesto básico del consenso social que hace posible la organización jurídica de la comunidad y que sostiene, de ese modo, la propia función integradora de la Constitución (Sentencia de 23-X-2013, Inc. 71-2012). Dicho de otra manera, el acuerdo que funda la comunidad y que se expresa en la Ley Suprema es la manifestación primigenia del ejercicio concurrente de la libertad de las personas que la conforman.

Lo anterior es posible porque la libertad es rasgo esencial, condición indispensable o presupuesto definitorio del ser humano. La libertad, como la igualdad, es proyección inmediata e inseparable de la dignidad humana, de manera que la convivencia social solo es posible a partir de su reconocimiento, así como de la adecuación permanente de los medios necesarios para garantizar, en cada época, su eficacia. La relación entre dignidad y libertad ha sido reiterada por la jurisprudencia de esta Sala (como ejemplos, las Sentencias de 14-XII-1995, 14-II-1997 y 20-XI-2007; Inc. 17-95, Inc. 15-96 e Inc. 18-98, antes citada) y una de las formas en que se concreta la función axiológica de la libertad es en la derivación constitucional de un conjunto de derechos fundamentales dirigidos a hacer posible, desde un plano material o real, el goce progresivo de esa condición humana, en concordancia con los iguales derechos de las demás personas”.

### LIBERTAD FÍSICA AMBULATORIA O DE MOVIMIENTO

“2. Entre las expresiones más claras de esos derechos instrumentales para la libertad, está el derecho fundamental a la libertad física, ambulatoria o de movimiento. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la libertad en sentido genérico (*libertad personal o autonomía*) es la facultad de autodeterminación o la posibilidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones, sin injerencias ilegales o arbitrarias de terceros (Sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006). Un presupuesto de dicha autodeterminación es la disposición de la persona sobre sí misma y sobre sus acciones en relación con el espacio físico, es decir, la posibilidad de ir y venir de acuerdo con su voluntad y sus fines. En ello consiste el derecho a la libertad física que, como ha dicho la jurisprudencia interamericana, “cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 53).

En una implicación de su contenido, el derecho a la libertad física se manifiesta como el derecho a ser protegido frente a los actos de privación o restricción ilegal o arbitraria de su ejercicio. Así, además de reconocer ese derecho, tanto la Constitución (arts. 2, 11 inc. 2°, 13, 14 Cn.) como los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—y art. 7 Convención Americana de Derechos Humanos —CADH—) incorporan una serie de medidas y controles (prohibición de arbitrariedad, reserva de ley, control jurisdiccional, garantías procesales, entre otras) para garantizar que las limitaciones de dicha libertad sean adecuadas a su importancia y carácter fundamental. Todas esas cautelas o garantías confirman que *el ejercicio del derecho a la libertad física debe ser siempre la regla general y sus limitaciones, la excepción. Asimismo, que la interpretación de estas últimas debe ser siempre estricta o restrictiva, mientras la del alcance del derecho y sus garantías debe ser la más favorable* (principio *pro libertate*, Sentencia de 3-VI-2008, Inc. 31-2004), *según las circunstancias del caso y los contenidos constitucionales en juego*”.

#### ASPECTOS DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD FÍSICA

“3. En lo pertinente para esta decisión, es necesario precisar algunos aspectos del ámbito de protección del derecho mencionado. Primero, tanto los *actos de privación* — supresión de la capacidad de disposición sobre el propio movimiento físico— como los *de restricción* —molestia, interferencia, dificultad o perturbación, sin excluirla, de esa capacidad— están comprendidos dentro de los supuestos que activan la protección del derecho. Segundo, la *ilegalidad* de una limitación se refiere a la falta de cobertura legal suficiente (regulación en una ley formal, emitida por la Asamblea Legislativa); mientras que la *arbitrariedad* alude a la forma de aplicación de la medida limitadora, que por sus condiciones la conviertan en desproporcionada, irrazonable o lesiva del contenido esencial del derecho en cuestión (distinción reconocida en el inc. 2° del art. 11 Cn.). Tercero, para la identificación de las limitaciones al derecho de libertad física *hay que atender a la realidad de la persona afectada* y anticiparse al riesgo de una manipulación del lenguaje (es decir, al uso de diversas denominaciones: aprehensión, localización, retención, custodia, resguardo, confinamiento, arresto, internamiento, reclusión, detención, etc.) como medio para evitar el cumplimiento de las garantías.

Lo anterior, porque la privación de libertad se manifiesta en una significativa gama de posibilidades, en las que *lo relevante es la supresión efectiva de la posibilidad de disposición autónoma de la ubicación o permanencia física de una persona*. En armonía con este criterio realista o material, en una decisión sobre el régimen disciplinario militar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que para reconocer una privación de libertad, “debe tenerse en cuenta un conjunto de elementos tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de la sanción o medida considerada”. (Sentencia del *Caso Engels contra Holanda*, 8-VI-1976). Asimismo, los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*(documento aprobado por la



Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su 131° período ordinario de sesiones, del 3 al 14-III-2008), definen como “privación de libertad”: “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria”.

En cuarto lugar, *el ámbito de protección del derecho a la libertad física es aplicable a “toda persona”* (arts. 2 y 11 inc. 2° Cn., 9 PIDCP y 7 CADH). En armonía con esto, el *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión* (adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución n° 43/173, de 9-XII-1988) ordena su aplicación a *“todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”* (Principio 5, cursivas añadidas). Asimismo, los *Principios y Buenas Prácticas* citadas en el párrafo anterior retoman ese alcance del derecho e insisten en que: *“se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”* (Principio II, resaltado agregado). Esta Sala ha hecho valer ese alcance subjetivo de la protección, por ejemplo, en la tutela del derecho a la libertad ambulatoria de los extranjeros (Sentencia de 26-III-2014, Hábeas corpus n° 49-2014”).

#### DIMENSIÓN TEMPORAL DENTRO DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD FÍSICA

“4. Finalmente, *dentro del ámbito de protección del derecho a la libertad física existe una dimensión temporal*. Como medida de la duración de la experiencia humana, el tiempo proporciona una estructura de posibilidades para la organización de la vida social que pretende el Derecho. Un elemento esencial de esa función organizadora es la limitación del poder frente a los derechos y con frecuencia es el tiempo el que funciona como límite (cuantitativo) de las injerencias que pueden ser toleradas en la esfera jurídica de las personas. Así se proporciona seguridad (al reducir la incertidumbre) y libertad (al posibilitar la previsión de un plan de vida) a los afectados. Pues bien, la función limitadora (de garantía o protección) del tiempo a favor de los derechos es particularmente clara y explícita en el derecho a la libertad ambulatoria, ya que la Constitución (arts. 13 y 14 Cn.) fija directamente los plazos de ciertas formas de privación de libertad y, en los casos restantes, remite a la prohibición de arbitrariedad (art. 11 inc. 2° Cn.). En ese sentido puede reconocerse, por ejemplo, el reconocimiento legislativo o convencional de la “duración razonable”, el “plazo máximo” o la prohibición de “dilaciones indebidas” en la aplicación de la detención provisional.

*En relación con la privación de libertad, el tiempo como límite es mucho más que una simple variable y la brevedad de esa medida es siempre relativa. La*

*privación de libertad no se trata de una mera contención espacial del desplazamiento físico, sino que traspasa diversos aspectos vitales.* El espacio cerrado o la custodia permanente reprimen tanto los hábitos como la espontaneidad del afectado; suspenden o alteran su contacto con otros (su familia, amigos, compañeros de trabajo); interrumpen su actividad laboral, económica o productiva; recortan la disposición propia de las formas y momentos para atender sus necesidades básicas, colocándole en una situación de molesta dependencia respecto de sus celadores; y abren la posibilidad de efectos negativos futuros e indeterminados sobre su imagen social o sus planes de vida, de un modo mucho más intenso que otras sanciones o medidas. Lógicamente, el perjuicio derivado de todo lo anterior se incrementa a medida que la privación de libertad se prolonga en el tiempo y por ello su límite de duración cumple una importante función protectora”.

*Sala de lo Constitucional número de referencia: 79-2011, fecha de la resolución: 27/08/2014.*

## **MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL**

### **RELACIÓN ENTRE EL IMPEDIMENTO DE AFILIACIÓN PARTIDARIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN POLÍTICA**

“B. En cuanto a lo segundo, es decir, la relación entre el impedimento de afiliación partidaria y el derecho fundamental de asociación política, en la varias veces mencionada Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013, se aclaró que: “un derecho fundamental está contenido en una disposición constitucional que convive con otras de igual rango, por lo que el contenido de ambas debe ser ajustado de forma que ninguna de ellas se vuelva ineficaz; así lo exige el principio de concordancia práctica [...] En consecuencia, el ámbito normativo de un derecho no puede extenderse a tal punto que su aplicación suponga el desconocimiento de otras disposiciones igualmente constitucionales que también sean aplicables al caso: un derecho fundamental, por lo tanto, no puede dar cobertura a vulneraciones de otras normas constitucionales, dado el sentido armónico de la Constitución [...] ningún derecho es absoluto y las disposiciones constitucionales que los reconocen no pueden interpretarse aisladamente”. Así se interpretó y aplicó también, el derecho mencionado, en la Sentencia de 23-I-2013, Inc. 49-2011, ya citada.

La jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que el carácter relativo (condicionado, limitado) de los derechos fundamentales es un efecto obligado de la situación de interdependencia de los diversos contenidos constitucionales, de modo que cada uno de ellos está limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes protegidos por la Constitución.

Los derechos fundamentales no son absolutos, sino que: “todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites [...] los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre [...] el individuo no vive aislado, sino en sociedad. En esa medida, debe coordinar y armonizar el ejercicio de sus derechos

con el ejercicio igualmente legítimo de ese mismo derecho u otros por parte de los demás individuos”. (Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007).

Asimismo, como se dijo en la Sentencia de 28-II-2014, Inc. 8-2014: “tales limitaciones —aunque requieran una labor interpretativa que precise su alcance— están establecidas directa y expresamente en la Constitución (art. 218 Cn.) y en ningún caso implican una alteración o anulación del contenido esencial de los derechos afectados. No se trata, por tanto, de una “creación jurisprudencial” de esta Sala, ni representa una actuación que invada las competencias de la Asamblea Legislativa o que viole la reserva de ley, porque es la propia Constitución la que condiciona la esfera jurídica de los servidores estatales; y a este tribunal, en ejercicio de su competencia para dotar de contenido a las disposiciones constitucionales (Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77- 2013), únicamente le corresponde concretar el alcance de dichas limitaciones”.

#### PROHIBICIÓN DE AFILIACIÓN PARTIDARIA PARA LOS MAGISTRADOS PROPUESTOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ES EXTENSIVA A LOS PROPUESTOS POR PARTIDOS POLÍTICOS

“2. El ciudadano Chicas Martínez, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República se oponen, con distintos argumentos, a que la prohibición de afiliación partidaria sea aplicada a los magistrados del TSE que elegidos a propuesta de “los tres partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial”.

A. Uno de los argumentos de esta postura en la que coinciden los tres intervinientes mencionados es la invocación del texto del art. 208 inc. 1° Cn., que, después de referirse a los 3 magistrados elegidos a propuesta de los partidos políticos, *sin incluir de manera expresa la exigencia de no afiliación partidaria*, se refiere a los 2 magistrados elegidos a propuesta de la CSJ, sobre quienes expresa literalmente que “deberán reunir los requisitos para ser Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, y no tener ninguna afiliación partidista.” A partir de esta diferencia *en el texto* de la disposición, se argumenta que “es evidente” un tratamiento *normativo* diferenciado entre los dos grupos de magistrados, respecto a la prohibición de afiliación partidaria. Este argumento es inaceptable, porque confunde texto con significado; simple lectura con interpretación; y disposición con norma jurídica.

Tal como lo ha reiterado este tribunal, la norma (el sentido o el significado normativo) de una disposición (el texto, el enunciado lingüístico) es el resultado (como comprensión o forma de entenderlo) que se le atribuye después de realizar la actividad interpretativa, ya que la disposición por sí sola no basta para determinar un significado normativo (Sentencias de 29-IV-2011 y de 14-X-2013, Inc. 11-2005 e Inc. 77-2013, respectivamente). En el art. 208 inc. 1° Cn., la única diferencia entre los magistrados del TSE propuestos por partidos políticos y los magistrados propuestos por la CSJ —en relación con la prohibición de afiliación partidaria— está en el texto *de esa parte* de la disposición y consiste en que *para los últimos la prohibición se fija literalmente, mientras que para los primeros el texto no dice nada (no prohíbe literalmente, pero tampoco permite en forma*

*expresa*). Esta primera observación es importante, porque de esa ausencia textual no se puede derivar la consecuencia de que el primer grupo de magistrados tiene permitida la afiliación partidaria.

El texto *de esa parte* (el inc. 1°) de la disposición citada, en definitiva, lo que plantea es una pregunta y no una respuesta sobre el alcance de la afiliación partidaria de los magistrados a quienes la prohibición no se les fija *literalmente*. En otras palabras, la invocación del texto referido es insuficiente para resolver la cuestión. La suposición de que si el texto establece una prohibición expresa para un grupo de magistrados ello implica, en sentido contrario, que no la establece para el grupo restante es una suposición falaz al ser considerada de manera aislada y descontextualizada. Ese tipo de razonamiento, para ser válido, tiene como presupuesto una labor interpretativa que justifique la idea de que la prohibición expresa tienen carácter exhaustivo (o sea, que se aplica únicamente o *si y solo si* se trata del grupo de magistrados literalmente enunciados). Como no hay texto (ninguna palabra en el inc. 1° del art. 208 Cn.) que indique que la prohibición de afiliación partidaria es *exclusivamente* para los magistrados propuestos por la CSJ, la cuestión debe resolverse más allá del texto *de esa parte* de la disposición.

Hay que observar que el argumento literalista extrae un permiso implícito para unos de una prohibición explícita para otros, es decir, concluye de lo que el texto dice (la prohibición para unos), algo que en realidad el texto no dice (el permiso para los otros), pero para ir de un extremo a otro no tiene más remedio que acudir a razones complementarias, ajenas al texto (como la intención del constituyente originario y derivado, el alcance del derecho de asociación política, la especialidad del diseño institucional del TSE, la conveniencia del vínculo partidario con una parte de los magistrados del TSE, etc.). De esa manera, en realidad queda evidenciada la poca fuerza persuasiva del argumento literalista y se demuestra que lo que hay que analizar es la aceptabilidad racional de esos argumentos de respaldo, pues la parte del texto invocado, por sí misma, no contiene una solución”.

#### INTEGRAR EL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL CON MIEMBROS DE PARTIDOS POLÍTICOS NO FUE EXPRESADA COMO TAL EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

“B. El alegato de la intención constituyente ha sido planteado con claridad por el ciudadano Chicas Martínez, tal como se relacionó en el considerando 1.2. Al respecto, debe aclararse que a pesar de la innegable utilidad de los antecedentes de una disposición constitucional —expresamente reconocida en el art. 268 Cn.—, dichos insumos no constituyen el único ni el más importante de los elementos de análisis en la actividad interpretativa, sino que siempre concurren con otros criterios (pautas, métodos, directivas, argumentos) de interpretación, que deben ser considerados de manera conjunta. En el presente caso, lo primero que puede constatarse de manera objetiva es que *la intención histórica de integrar el TSE con miembros de los partidos políticos no fue expresada como tal en el texto del art. 208 inc. 1° Cn.* (lo que el texto dice es que algunos partidos políticos *proponen* candidatos y solo eso), quizá por una confianza excesiva (e infundada) de que quedaba sobreentendido.

En segundo lugar, la intención constituyente solo puede ser aceptada como dato decisivo para la interpretación de una disposición constitucional cuando aquella es compatible con el conjunto de las normas contenidas en la Ley Suprema. *Una intención constituyente que carece de fundamento inequívoco en el texto constitucional, y que además se oponga a otra de las normas constitucionales relevantes en el asunto analizado, no puede ser aceptada como argumento válido de interpretación.* A criterio de esta Sala eso es lo que ocurre en el presente caso, pues la finalidad histórica de los redactores del art. 208 inc. Cn., de que miembros de los partidos políticos integraran el TSE, es incompatible: primero, con la norma que otorga competencia jurisdiccional electoral a dicho órgano (art. 208 inc. 4° Cn.); y segundo, con la norma que establece que todo titular de potestad jurisdiccional debe ser independiente —esto es, como mínimo, no afiliado a un partido político— (art. 172 inc. 3° Cn.).

El argumento de la intención constituyente solo evidencia que los redactores del inc. 1° del art. 208 Cn. *quisieron* crear una norma (*una regla* de integración del TSE) que *no se reflejó en el texto formulado* y que, además, en realidad *no podían* crear, porque sería incompatible con otra norma (*un principio*) esencial del Estado Constitucional de Derecho, que establece la independencia judicial como rasgo de identidad o elemento indispensable de los órganos con funciones jurisdiccionales. La práctica legislativa carece de relevancia para decidir sobre la pretensión planteada. Lo que siempre se ha hecho no corresponde necesariamente con lo que debe hacerse, pues no hay que confundir el ámbito de lo fáctico con el plano prescriptivo o normativo. Una eventual fuerza normativa de los hechos solo es admisible cuando estos no se oponen a una norma constitucional vigente”.

#### SEPARACIÓN ORGÁNICA DE CIERTAS FUNCIONES JURISDICCIONALES, EN NINGÚN CASO PUEDE IMPLICAR UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

“C. El argumento de la especialidad institucional del TSE tampoco es convincente. Primero, porque se basa en una interpretación equivocada del principio de unidad jurisdiccional y sus excepciones orgánicas. Como ya se dijo (considerando IV.2), unidad jurisdiccional implica uniformidad del régimen jurídico elemental del juez, es decir, la identificación de unas características esenciales comunes a todos los funcionarios con potestad jurisdiccional: *independencia*, imparcialidad, responsabilidad y predeterminación legal y no discriminatoria. En otras palabras, *la separación orgánica de ciertas funciones jurisdiccionales en ningún caso puede implicar una excepción al principio de independencia judicial.* Quien tiene potestad jurisdiccional debe ser independiente (esto es, no debe tener afiliación partidaria), esté o no integrado dentro del Órgano Judicial.

Las excepciones constitucionales al principio de unidad jurisdiccional se limitan a una expresión o manifestación orgánica a la atribución de ciertas funciones jurisdiccionales a órganos situados fuera del Órgano Judicial, pero no afectan la condición estatutaria o el régimen constitucional básico de los requisitos que deben cumplir quienes tengan funciones jurisdiccionales. La interpretación de

que la ubicación institucional externa al Órgano Judicial exceptúa el principio de independencia judicial desnaturaliza la propia función, pues hay que insistir en que *el ejercicio de la jurisdicción por personas partidarias es un contrasentido*. Además, esa interpretación distorsionadora se basa exclusivamente en la ya mencionada intención constituyente que, como se determinó en el apartado anterior, debe ser rechazada”.

#### DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL SOLO PUEDE CONFIGURARSE EN ARMONÍA CON EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

“D. El argumento relativista de que el diseño organizacional de las autoridades electorales debe ajustarse a la realidad de cada país es apenas una obviedad. Lo relevante es determinar si ese modelo elegido por el constituyente debe identificarse únicamente a partir del texto del art. 208 inc. 1° Cn. o si además hay que tomar en cuenta el inc. 4° de ese mismo artículo y su relación con el art. 172 inc. 3° Cn. (junto con los principios reconocidos en los arts. 85 inc. 1° y 218 Cn.). En ese sentido, *el diseño constitucional del TSE, en cuanto se le reconocen potestades jurisdiccionales en materia electoral, solo puede configurarse en armonía con el principio de independencia judicial, el cual exige que todos sus integrantes, sin importar el origen de su proposición, estén vinculados únicamente a la Constitución y a las leyes, de modo que no deben estar afiliados a ningún partido político*. La dosis extra de legitimidad reconocida en el art. 208 inc. 1° Cn. deriva solo de la propuesta —y no de la pertenencia— partidaria para tres de sus Magistrados integrantes.

Por otra parte, *el hecho de que un órgano electoral tenga también otras competencias distintas a las jurisdiccionales (como las de administración o gestión de los procesos electorales) no significa una excepción a la exigencia de independencia judicial*. En distinta medida, prácticamente todos los titulares de funciones jurisdiccionales asumen también tareas gerenciales o administrativas. Según el art. 182 Cn. la propia CSJ combina funciones jurisdiccionales y administrativas, sin que estas últimas alteren o disminuyan las exigencias del principio de independencia judicial. Aunque las dimensiones de las competencias administrativas del TSE puedan considerarse mayores, lo relevante es que la naturaleza de la función administrativa para la gestión de los procesos electorales no requiere, de manera objetiva o necesaria, que ese órgano se integre con afiliados de los partidos políticos.

El art. 209 Cn. garantiza la integración de los partidos políticos en los organismos de recepción, recuento, fiscalización y demás actividades concernientes al sufragio, así como un derecho de vigilancia sobre todo el proceso electoral. Esta disposición no se refiere al TSE, cuya integración, competencia y la forma en que los partidos políticos intervienen en su composición es objeto del art. 208 Cn. Además, el propio principio de independencia judicial impide asimilar la regulación orgánica del art. 209 Cn. a la forma de integración del TSE. En otras palabras, el art. 209 Cn. reconoce diversos medios para que los partidos políticos controlen el ejercicio de las funciones administrativas del TSE. *La dependencia política partidaria del TSE no es un elemento inherente a la gestión*

*administrativa de los procesos electorales y, en cambio su contrario, es decir, la independencia de los magistrados del TSE respecto a los partidos políticos sí es inherente al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de dicho órgano”.*

#### DIMENSIÓN TÉCNICA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL NO ESTÁ LIGADA DE MODO NECESARIO O INDEFECTIBLE A LA FORMACIÓN JURÍDICA PROFESIONAL

“E. Hay otro alegato, aparentemente consecuencialista y de reducción al absurdo, expuesto en dos partes: primera, que exigir a los magistrados del TSE propuestos por partidos políticos que no tengan afiliación partidaria implicaría también exigirles el cumplimiento de los requisitos necesarios para ser magistrados de Cámaras de Segunda Instancia; y segunda, que el mismo supuesto ya mencionado implicaría extender la prohibición de afiliación partidaria hacia los integrantes de los organismos electorales temporales. Ambos planteamientos son inaceptables. Por un lado, la dimensión técnica de la función jurisdiccional no está ligada de modo necesario o indefectible a la formación jurídica profesional. Esta es, en cada caso, una elección del constituyente. Y por otra parte, el art. 208 inc. 4° Cn. reconoce la titularidad de la función jurisdiccional (como “la autoridad máxima en esta materia”) al TSE y no a los organismos electorales temporales que, en cualquier caso y precisamente por el estatuto de independencia de dicho tribunal, están subordinados a su control de legalidad.

F. Falta referirse al argumento jurisprudencial planteado por el ciudadano Chicas Martínez, específicamente con relación a la Sentencia de 4-XI-1997, Amp. 44-C-96, pues los fragmentos que él transcribe de la Sentencia de 13-V-2011, Inc. 7-2011, en realidad se refieren a los representantes políticos elegidos directamente por el pueblo (véase el considerando VI.3.C.). Además de que, en congruencia con el problema planteado, en la sentencia antes citada no se analizó el alcance de la prohibición de afiliación partidaria respecto a los magistrados del TSE propuestos por partidos políticos. Respecto a la sentencia de 4-XI-1997, ella no pretende definir el alcance del art. 208 Cn., sobre la prohibición de afiliación partidaria de los magistrados del TSE, pues el núcleo de la pretensión se refería a la estabilidad en el cargo de dichos funcionarios. Aunque dicha sentencia menciona una distinción entre magistrados “políticos” y “técnicos”, en ella misma se reconoce que esas consideraciones eran solo “una reseña de los regímenes normativos [...] del [TSE]”, como “marco de referencia” para el análisis del caso planteado, que se trataba de un tema distinto.

Además, la misma sentencia expresa que los “caracteres esenciales del [TSE] [...] desvinculan a dicho tribunal de todo interés eminentemente político partidaria y, en su justificación, proporcionan procesos electorales auténticamente libres y competitivos como factor esencial, aunque no único, de la democracia”. También dice que: “la independencia del [TSE], posibilitada por las razones anteriores, es necesaria por las propias categorías jurídicas subjetivas protegibles en su jurisdicción -derecho al sufragio, derecho a optar a cargos públicos, entre otras- y por la magnitud de las consecuencias surgidas a raíz de los procesos electorales: la delegación del poder público -que constitucionalmente está en manos del pueblo- a determinadas personas integrantes de determina-

dos partidos políticos.” Esto indica que se trata, por lo menos, de un precedente ambiguo sobre el punto en cuestión, que no puede ser aceptado como criterio vinculante y que, en lo pertinente, debe entenderse modificado con base en las razones expuestas en la presente decisión.

G. Finalmente, debe aclararse que la independencia judicial no se limita, como dijo la Asamblea Legislativa, a “aspectos más internos y subjetivos propios de la persona”. La independencia judicial no es solo, aunque también, un asunto de conciencia o una exigencia ética del juez, sino que ella *implica una dimensión objetiva o institucional dirigida a prevenir, por diversos medios y de un modo efectivo, toda fuente potencial de influencias indebidas sobre el juzgador*. También es inaceptable la opinión del Fiscal, de que la independencia judicial “se establece a partir del ejercicio de dicha función”, pues los requisitos para acceder a un cargo público con funciones jurisdiccionales derivados del principio de independencia judicial, *son precisamente condiciones que deben ser cumplidas por el candidato al cargo antes de ser elegido y no pueden evadirse al considerarlos como simples criterios de evaluación del desempeño de quien resulte electo*”.

#### MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL DEBEN SER INDEPENDIENTES, SIN ESTAR AFILIADOS A NINGÚN PARTIDO POLÍTICO

“3. Descartados los alegatos que niegan la prohibición de afiliación partidaria de los magistrados del TSE propuestos por los partidos políticos, para resolver la pretensión de inconstitucionalidad basta constatar que la Constitución efectivamente le atribuye funciones jurisdiccionales al TSE (art. 208 inc. 4° Cn.), sobre lo cual no hubo discusión en este proceso. Esto implica, en armonía con el art. 172 inc. 3° Cn., que *todos sus magistrados deben ser independientes, es decir, deben estar vinculados únicamente a la Constitución y a las leyes, de modo que no deben estar afiliados a ningún partido político*. Desde la propia Sentencia de 4-XI-1997, Amp. 44-C-96 antes citada, esta Sala afirmó que: “la legalidad de los actos de esta autoridad máxima en materia electoral, relacionados exclusivamente con dicha función, no están sujetos a enjuiciamiento jurisdiccional de legalidad, aunque si pueden revisarse la constitucionalidad de los mismos” (criterio confirmado en la reciente Improcedencia de 26-III-2014, Amp. 249-2014).

Hay que destacar que la materia o la especialidad electoral de dichas funciones jurisdiccionales se relaciona directamente con la protección o garantía de principios y derechos fundamentales imprescindibles para el sistema democrático salvadoreño, tales como el derecho al sufragio activo y pasivo, la equidad de las contiendas electorales, la legitimidad democrática de sus resultados y la confianza ciudadana en todo lo anterior, como elemento básico de la cohesión social en que se basa la subsistencia del propio Estado. Así, el TSE asegura la legitimidad ciudadana de los representantes del electorado, quienes a su vez eligen a funcionarios públicos de diversas instituciones estatales y estos se encargan de actualizar el sistema de pesos y contrapesos que protege los derechos fundamentales de las personas. Por eso, la independencia de los magistrados del TSE y la consiguiente limitación a su derecho de asociación política, que deriva de los arts. 172 inc. 3° y 208 inc. 4° Cn., está además justificada por la trascendencia de los intereses públicos que con ella se pretenden garantizar.



4. Junto con la demanda, y tal como se relaciona en el considerando I.I.D, se presentaron elementos de juicio para establecer la afiliación partidaria del señor Eugenio Chicas Martínez. Además, dicho ciudadano ha admitido expresamente esa circunstancia y la autoridad demandada no cuestionó la veracidad del vínculo partidario atribuido a la persona elegida como magistrado del TSE en el acto impugnado. Con base en lo anterior, esta Sala considera que se ha demostrado que al realizar la elección contenida en el D.L. n° 87/2009, la Asamblea Legislativa violó los arts. 85 inc. 1°, 172 inc. 3°, 208 y 218 Cn. y por ello *debe estimarse la pretensión de inconstitucionalidad* planteada por el demandante.

5. En ejercicio de la competencia de esta Sala para modular los efectos de sus decisiones, se determina que esta sentencia: (i) *también tiene efectos hacia el futuro, de modo que en lo sucesivo la Asamblea Legislativa no puede integrar el Tribunal Supremo Electoral con personas que tengan afiliación partidaria*, ya que ello es incompatible con el ejercicio de funciones jurisdiccionales, incluida la jurisdicción electoral; (ii) para garantizar el normal funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral frente al próximo proceso electoral, y tomando en cuenta el corto período que falta para la finalización de su mandato, *el Magistrado Presidente de dicho tribunal, señor Eugenio Chicas Martínez, continuará en su cargo hasta finalizar el período del mismo*, el 31 de julio de 2014; (iii) para no perjudicar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, tal como lo exige el principio de seguridad jurídica (art. 1 Cn.), *esta sentencia no afectará en modo alguno los actos y resoluciones emitidos por dicho funcionario durante el período en que desempeñó su cargo, ni afectará a los que emita durante el resto del período de su función, sin perjuicio de las impugnaciones de las que pudieran ser objeto conforme a la ley.*

En vista de la relativa proximidad temporal de procesos electorales para diputados y concejos municipales, esta Sala destaca la importancia de que la Asamblea Legislativa dé cumplimiento cabal y oportuno a la presente sentencia, en el sentido de que al elegir nuevos magistrados del TSE verifique la no afiliación partidaria de los candidatos que resulten elegidos y la ausencia de cualquier otra forma de vinculación objetiva o material que indique dependencia de los candidatos hacia los partidos políticos o de desvinculaciones aparentes que constituyan fraudes a la Constitución.

En caso de ser necesario y con base en el art. 172 Cn., que obliga a los tribunales a hacer cumplir las sentencias y resoluciones que emiten, esta Sala dará seguimiento y vigilará el cumplimiento efectivo de la presente sentencia". *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 18-2014, fecha de la resolución: 13/06/2014.*

## MANDATOS CONSTITUCIONALES

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE ESTATUYEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEVIENEN EN FUENTES DE DEBERES LEGISLATIVOS DE ABSTENCIÓN Y DE ACCIÓN

"VII. Las disposiciones constitucionales que estatuyen derechos fundamentales devienen simultáneamente en fuente de deberes legislativos de abstención

y de acción. Cuando se concretan en deberes de abstención, establecen una inmunidad del individuo frente al Estado, que se proyecta en primer lugar como una inmunidad frente a la legislación; al paso que cuando se concretan en posiciones jurídicas de prestación, estos derechos atribuyen al Legislativo deberes de protección del ejercicio real de las libertades y de la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales.

El Estado debe llevar a cabo diversas prestaciones para satisfacer los deberes de protección atribuidos a partir de la faceta prestacional de los derechos fundamentales. Esta faceta encuentra un ámbito de protección mucho más operativo en medidas legislativas, es decir, en el cumplimiento de la obligación de legislador (sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-→2005). No obstante, esa necesidad de medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias para la efectiva protección de dichos derechos no habilita la abstención pública que convierta a estos en categorías jurídicas formales, sin posibilidad real de ser ejercidos por sus titulares.

Cuando la Constitución ordena la protección de un derecho, mediante la emisión de una ley, los poderes públicos a los que se hayan conferido potestades normativas están obligados a establecer las condiciones normativas para llevar a cabo dicha promoción y aseguramiento. De ahí que, cuando su abstención implica o involucra la ausencia de garantías para un derecho fundamental o un bien o principio constitucional (instrumentales a aquellos), esta Sala puede constatar la existencia de una omisión inconstitucional y declararlo así.

El deber estatal de protección y promoción de los derechos fundamentales se articula, sobre todo, en garantías adicionales que enfatizan su dimensión objetiva y que se derivan, por lo general, de normas regulativas o constitutivas, sean estas últimas de competencia, de organización y de procedimiento. Ello con el fin de crear las condiciones fácticas y jurídicas que permitan la efectividad de la dimensión subjetiva de tales derechos”.

#### MANDATOS CONSTITUCIONALES ORDENAN AL LEGISLATIVO EL DESARROLLO NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“Los llamados “mandatos constitucionales” son un tipo de normas regulatorias que establecen órdenes dirigidas al Legislativo a conectar una exigencia constitucional con otras de desarrollo infraconstitucional, para alcanzar su plenitud aplicativa. Se trata de normas incompletas pues, en principio, requieren de una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas. Si la ley a la que envía el mandato está emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

El Legislativo tiene un papel relevante en el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular, facilitar y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección de los derechos fundamentales (sentencia de 21-IX-2004, Inc. 16-2005). Esta vinculación positiva 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 necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por la Ley.

Estos mandatos constitucionales dirigidos al Legislativo no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte necesaria para completar, desarrollar y dotar de eficacia plena a la disposición constitucional que tipifica un mandato. En determinados casos pueden estar condicionados por un plazo determinado por la Constitución y por la existencia actual de circunstancias que difieren razonablemente la regulación jurídica que de la correspondiente prestación derivada de los derechos fundamentales. De tal manera que, en este último supuesto, desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al Legislativo ya es exigible y, por tanto, la omisión legislativa se reputa como inconstitucional”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 43-2013, fecha de la resolución: 22/08/2014.*

## MUNICIPALIDADES

### POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

“1. A. a. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido —sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002— que los municipios son distribuciones territoriales donde se organiza institucionalmente el ejercicio de las potestades de la Administración Pública.

Así, según el art. 202 Cn., el municipio se instaura para ejercer el *gobierno representativo de la localidad*, es decir, como una forma en que el Estado descentraliza la administración y los servicios públicos correspondientes a un ámbito territorial específico, con el propósito de lograr una gestión más eficaz de estos. Ello supone, por un lado, cierto ámbito de decisión y, por otro, la asignación de competencias sobre la base de la participación o intervención del municipio en cuantos asuntos le afecten”.

### AUTONOMÍA LOCAL Y FACULTADES MUNICIPALES

“b. El ejercicio del Gobierno local es garantizado constitucionalmente por medio del reconocimiento de la autonomía local en el art. 203 de la Cn. La idea tras este reconocimiento constitucional es *garantizar la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos* en beneficio de sus habitantes. Se trata de una *capacidad efectiva de autogobierno local*.

B. a. En ese sentido, para el ejercicio de las funciones y facultades municipales, la Constitución establece la garantía de la autonomía municipal. Por ello, con base en la misma Constitución —art. 204—, tienen *un ámbito propio de intereses*, los cuales, a su vez, son desarrollados en la legislación secundaria —CM—.

En efecto, la autonomía del municipio no se agota en el art. 204 de la Cn., pues este únicamente delinea los espacios que el gobierno local pudiera llegar a

comprender, pero su detalle competencial se realiza por medio de la legislación secundaria. Y es que las disposiciones constitucionales, lejos de codificar taxativamente los ámbitos de actuación de los entes públicos, instauran un marco abstracto, dentro del cual los órganos estatales — principalmente los que ejercen potestades normativas— se desenvuelven con cierta discrecionalidad.

b. Del contenido de las disposiciones constitucionales se advierte el establecimiento de un *régimen especial para el gobierno y la administración del municipio, adecuado a sus necesidades peculiares*; es decir, se le asegura una capacidad para reaccionar de manera más objetiva, inmediata y flexible a sus propios intereses.

Y es que los *intereses locales*, a diferencia de los nacionales, están predominantemente al servicio de las pretensiones de las poblaciones correspondientes, sin salirse del marco competencial y territorial que ha sido establecido constitucional y legalmente”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2009, fecha de la resolución: 30/07/2014.*

## NASCITURUS

### LA VIDA PRENATAL ES UN BIEN JURÍDICO CON RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

“1. En cuanto al primer motivo, el demandante sostiene que dentro del capítulo referido a la vida del ser humano en formación no se efectúa regulación alguna del derecho fundamental que tiene toda mujer embarazada “al cuidado de su salud”; y por ende, debe reputarse inconstitucional, ya que “...la mujer gestante debe esperar una resolución administrativa para ser intervenida si lo necesita”.

A. Resulta evidente la confusión del accionante al identificar los bienes jurídicos protegidos dentro del referido articulado con las colisiones que puedan suscitarse cuando entren en conflicto con otros bienes penalmente tutelados, como la vida o la integridad personal de la embarazada; situaciones tales que pueden ser perfectamente solventadas mediante la aplicación debidamente razonada de alguna causa excluyente de responsabilidad penal del art. 27 del Código Penal.

En efecto, no es coherente impugnar la protección que el Derecho Penal dispensa al *nasciturus* y que efectúa mediante la tipificación expresa de todas aquellas acciones que intentan de forma dolosa o imprudente su destrucción —aborto— o su afectación corporal en el seno materno — lesiones al feto—; únicamente *por el hecho de no contar dentro del Código Penal con una cláusula específica que regule los conflictos ponderativos cuando entren en colisión con los bienes jurídicos de la gestante*.

De inicio, conviene tener presente una intención legislativa de proteger la vida humana pre-natal como el bien jurídico rector del referido capítulo II del título I del Código Penal; y ello implica, la consideración de que estamos en presencia de un ser humano que merece protección penal antes de su nacimiento. Ello se encuentra en consonancia con lo preceptuado en el inc. 2° del art. 1 del estatuto fundamental salvadoreño que afirma: “[...]simismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

En términos claros, *la vida prenatal es un bien jurídico con relevancia constitucional indiscutible y merecedor por ello de la protección penal*. Por ende, estamos en presencia de un sector de regulación normativa en el cual se plasman conductas nocivas merecedoras de pena y en las que existe una necesidad de criminalización por tratarse de un interés con relevancia constitucional, como acontece de igual forma con la protección que se dispensa a la vida humana independiente, mediante el delito de homicidio y sus diversas modalidades comisivas (arts. 128 al 132 C.Pn.)”.

#### COLISIONES ENTRE LA PROTECCIÓN PENAL DEL NASCITURUS Y OTROS BIENES JURÍDICOS DE LOS CUALES ES TITULAR LA MUJER EMBARAZADA

“B. Distinto a ese ámbito propio de la tipicidad, se encuentra otro donde pueden acaecer inevitables colisiones entre la protección penal del nasciturus y otros bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer embarazada. A este tópico, parece referirse el demandante, y que considera —de forma errónea— como la razón suficiente *para declarar inconstitucionales todos los delitos contemplados en los arts. 133 y siguientes del Código Penal*.

Al respecto, desde la sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98, esta Sala ha señalado *que la posibilidad de solventar en forma normativa específica los conflictos suscitados dentro del ámbito de la interrupción del embarazo, es competencia del Órgano Legislativo* (art. 131 ord. 5° Cn.). En consecuencia, si éste desea tomar la opción legal por el sistema de las indicaciones, el del plazo, un sistema que conjugue ambos, o mantener la genérica regulación del estado de necesidad contemplado en el ord. 3° del art. 27 C.Pn., es una decisión de política criminal comprendida dentro de su competencia constitucional y cuya incorporación dentro del sistema jurídico salvadoreño no corresponde a la Sala.

Y es desde ese ámbito de competencia constitucional, donde se advierte que dentro del Código Penal, se ha optado por mantener la aplicación de la eximente genérica del estado de necesidad para solucionar tal confrontación; cuya utilidad sirve también para solventar otras controversias que puedan presentarse entre diversos bienes jurídicos (patrimonio, vida, integridad física, salud, dignidad de vida, etc.).

En general, el estado de necesidad no es más que una causa de justificación que permite desvirtuar el carácter antijurídico de una conducta típica, y tales “permisos” deben entenderse como *soluciones de conflictos en los que interés general cede ante situaciones particulares claramente excepcionales, y en los que entran a funcionar principios interpretativos como la ponderación de intereses, la proporcionalidad y la dignidad humana entre otros*.

En efecto, como muy bien se sostuvo en la sentencia pronunciada en el proceso de 20-XI-2007, Inc. 18-98, el sistema común de penalización adoptado por el Código Penal, reconoce la posibilidad de un conflicto entre los derechos del nasciturus y los de la madre, y que, a diferencia del sistema de las indicaciones regulado en el Código Penal de 1973, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal como alternativas para la determinación judicial del conflicto.

Es así, que la postura adoptada en el C.Pn. permite resolver el conflicto desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, *conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho*. Por ende, con una interpretación amplia de las eximentes del estado de necesidad e inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho, pueden ser solventados satisfactoriamente los casos que se presenten”.

#### APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

“En específico, *el estado de necesidad implica un mal inevitable o inminente que necesita ser conjurado mediante una acción salvadora encaminada al menoscabo un bien de menor o igual valor al que se pretende proteger. Por ende, su aplicación implica una ponderación entre los intereses lesionados y los que se intentan proteger, y cuyo análisis no se agota únicamente en el valor de los bienes en conflicto, sino también de la gravedad de su lesión, su irreparabilidad y el grado de peligro o lesión sufrida. Además de lo anterior, requiere el importante requisito de que la acción salvadora emprendida por el necesitado o de quien lo auxilia —el denominado auxilio necesario— sea el único camino posible para el resguardo del bien jurídico necesitado de protección.*

C. En el tópico en discusión, cuando la interrupción del embarazo busque evitar un grave peligro para la madre —indicación terapéutica— o entre en juego la integridad corporal de la madre, podrá operar el estado de necesidad *justificante* contemplado en el art. 27 ord. 3° C.Pn.; sin embargo, dicha ponderación variará en los casos de las indicaciones ética y eugenésica, y en el que la exigibilidad de una obediencia fiel al Derecho puede ceder por tratarse de situaciones excepcionales —el llamado *estado de necesidad de carácter exculpante o disculpante*—.

A esta ponderación se hace referencia en la sentencia de 28-V-2013, Amp. 310-2013, cuando expresa que la posible colisión generada entre sus derechos a la vida y a la salud de la gestante, por un lado, y el derecho a la vida del no nato que lleva en su vientre, por el otro, requerirá la aplicación *de una ponderación que tendrá por objeto determinar un equilibrio entre el ejercicio de los derechos de aquella y el ejercicio de los derechos del nasciturus o, en su defecto, establecer cuál de ellos debe prevalecer.*

Obviamente, que tal selección por conjurar el inevitable riesgo al bien jurídico de igual o de mayor valor, *tendrá que efectuarse al momento en que aparezca como no absolutamente improbable la lesión, esto es, cuando la continuación del embarazo o parto ponga en peligro la vida de la madre —perspectiva ex ante—.*

Por todo ello, la decisión judicial —*ex post*— que declara la existencia del estado de necesidad y que permite el dictado de un sobreseimiento definitivo, no es más que un reconocimiento de la existencia de un comportamiento típico que excepcionalmente en el caso concreto debe mostrarse permitido. Y es cierto que esto puede implicar la apertura de un procedimiento penal, pero el mismo, ineludiblemente —al comprobarse cada uno de los presupuestos y requisitos del estado de necesidad como cualquier otra causa de justificación o de inculpabilidad— por su mínimo o exiguo desvalor tanto de acción como de resultado, dará lugar a la clausura anticipada del mismo (art. 350 ord. 3° C.Pr.Pn.).

Un entendimiento distinto a lo expuesto, como el de esperar hasta que exista una autorización judicial para practicar la interrupción del embarazo ante un grave riesgo a la vida de la gestante es totalmente absurdo; como de igual forma lo sería considerar la inexistencia de una legítima defensa, porque no se han consumado las lesiones en el ilegítimamente agredido —cuando es clara la procedencia de la defensa necesaria ante la inminencia del ataque que pone en grave riesgo la integridad física— o porque quien soporta el ataque antijurídico debería esperar la autorización judicial para defenderse”.

#### EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL APLICABLES AL PERSONAL MÉDICO

“Adicionalmente, conviene señalar que el ejercicio legítimo de la profesión — art. 27 ord. 1° C.Pn.— como también la inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho —art. 27 ord. 5° C.Pn. se constituyen en dos excluyentes de responsabilidad penal que permiten también dispensar del castigo penal al personal médico y sanitario que efectúe una intervención salvadora cuando exista una situación de grave riesgo vital para la embarazada”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 170-2013, fecha de la resolución: 23/04/2014.*

#### NORMA JURÍDICA

##### PREDICAR SU VALIDEZ EQUIVALE A RECONOCERLA COMO JURÍDICAMENTE EXISTENTE

“III. El análisis de las fuentes del Derecho suele llevarse a cabo desde el punto de vista de las relaciones recíprocas entre los distintos tipos de normas jurídicas. En la mayoría de los casos, esto conduce a que el criterio de valoración de las normas sea el de su validez jurídica. Este es un término ambiguo, uno de cuyos significados hace referencia a existencia jurídica de la norma. Se afirma que una norma es válida cuando ha sido producida de acuerdo con algunas normas jurídicas constitutivas (es decir, normas sobre producción jurídica) y, por ello, produce algún tipo de efecto jurídico. Predicar la validez de una norma jurídica equivale a reconocerla como jurídicamente existente, con independencia de que posea o no regularidad jurídica material. Y las condiciones necesarias que debe cumplir la emisión de una norma para que se pueda considerar existente dentro de un sistema jurídico son las siguientes: (i) Que haya sido creada por el órgano competente; (ii) que se haya observado el procedimiento establecido para la creación de normas y, concretamente, el establecido para la creación del tipo de norma de que se trate; y (iii) que la norma no haya sido derogada (auto de 17-I-2005, Inc. 17-2004)”.

##### DISTINCIÓN ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

“La validez debe distinguirse de la eficacia de las normas jurídicas. Mediante este criterio de evaluación se determina si las normas son o no de hecho obede-

cidas por sus destinatarios y si los aplicadores del Derecho las hacen cumplir. La eficacia implica la posibilidad de que la norma que se adscriba a una disposición jurídica cumpla con los objetivos que se persiguen mediante su adopción. Se trata de su fuerza peculiar en tanto potencialidad normativa. Ambos son criterios independientes entre sí. La eficacia no es parámetro para predicar la validez de una norma jurídica, ni esta pierde su pertenencia al ordenamiento jurídico si no es observada ni aplicada. En consecuencia, una norma puede ser válida y, por ello, existente, aun y cuando nunca se haya aplicado ni los destinatarios hayan acomodado su comportamiento a lo regulado por la norma (Cfr. sentencia de 18-IV-2008, Inc. 10-2007”).

#### VIGENCIA COMO CRITERIO JURÍDICO QUE DELIMITA EL ÁMBITO DE EXIGIBILIDAD TEMPORAL DE LAS NORMAS

“Ahora bien, las relaciones internormativas no se agotan en cuestiones relativas a la validez y a la eficacia de las normas jurídicas, sobre todo cuando se está en presencia de disposiciones jurídicas de un mismo tipo cuyo “ámbito temporal de validez” es más o menos prolongado. Aquí es, precisamente, donde *la vigencia* ejerce su campo de actuación pues ella consiste en la capacidad regulativa, es decir, la aptitud, para regular las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación. Se trata de una condición necesaria para predicar la obligatoriedad de una norma jurídica y de un punto intermedio en el que coinciden, por un lado, la finalización del procedimiento de producción normativa (validez) y, por el otro, la actualización de su plena capacidad de surtir efectos jurídicos sobre la realidad (eficacia). Como efecto de esto último, *la vigencia es el criterio jurídico que delimita el ámbito de exigibilidad temporal de las normas* (sentencia de Inc. 10-2007, ya citada).

La vigencia presupone la validez e implica que las normas jurídicas son potencialmente aptas para regular las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho. Pero este efecto solo se produce si la norma ha sido publicada y el período de su vacancia ha concluido. Por esta razón es que el ámbito temporal de las normas es *el intervalo de tiempo durante el cual una norma jurídica pertenece al ordenamiento jurídico y es susceptible de ser aplicada*. La vigencia de una norma jurídica inicia desde el momento de su publicación o difusión oficial del cuerpo normativo que la contiene y finaliza cuando es derogada. En consecuencia, la fecha de publicación (más el lapso de *vacatio legis*) determina el inicio del “ámbito temporal de validez”. A partir de ese momento es que los preceptos jurídicos se vuelven jurídicamente aplicables, esto es, de obligatoria observancia”. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 43-2013, fecha de la resolución: 22/08/2014.*

#### POTESTAD LEGISLATIVA

##### ÁREA DE RESERVA DE LEY

“III. 1. A. Según el art. 131 ord. 5° Cn. corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa *reformular y derogar las leyes secundarias*. Así, el precepto



constitucional citado contempla una competencia legislativa *general* a favor del aludido ente.

Lo anterior, a su vez, se fundamenta en la idea de distribución de competencias en tres órganos fundamentales: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; de manera que surge una zona de *reserva* de cada órgano, que comprende un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro; hay, así, una zona de *reserva de ley* —que corresponde a la Asamblea Legislativa—; una zona de reserva de la administración —o del Ejecutivo—; y una zona de reserva judicial (sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98).

De entre los referidos órganos, al Órgano Legislativo se le concibe como el “órgano de representación del pueblo” (art. 125 Cn.), “bajo el supuesto de que todos los ciudadanos, mediante el ejercicio del sufragio, le delegan la potestad principal de emitir la normatividad que habrá de vincular a la generalidad” (Inc. 19-98, ya citada).

B. Ahora bien, la existencia de un área de reserva de ley significa que hay un conjunto de materias que, por mandato constitucional, deben ser reguladas exclusivamente por la Asamblea Legislativa. Por tanto, no implica que la Asamblea Legislativa sea el único órgano del Estado con competencia para dictar normas, puesto que existen otros órganos y entes públicos a los que la Constitución y el ordenamiento jurídico también reconocen potestad normativa (sentencia de 26-VI-2009, Inc. 26-2008).

En este contexto, la reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertas esferas de especial interés para los ciudadanos. Así, a partir del art. 131 ord. 5° Cn., la Asamblea Legislativa está llamada a regular diferentes ámbitos jurídicos *a través de leyes secundarias* —es decir, leyes en sentido estricto—, y es la única autoridad habilitada constitucionalmente para reformar, derogar e interpretar ese tipo de instrumentos normativos”.

#### FINALIDAD DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA

“C. De tal forma, en materia tributaria, la reserva de ley 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).

Entonces, el reparto de la carga tributaria dependerá del órgano estatal que, por los principios que rigen su organización y funcionamiento, asegura de mejor manera la conciliación de intereses contrapuestos en dicho reparto.

D. Acotado lo anterior, es preciso determinar *qué tipo de reserva* legal —absoluta o relativa— rige para estos casos, es decir, para los impuestos y para las tasas y contribuciones especiales de *alcance nacional*.

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 infralegal, a la que ordena o habilita para colaborar en la regulación.

En términos generales, esta Sala ha aceptado la constitucionalidad de la colaboración de las fuentes infralegales 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.

E. En efecto, puede sostenerse que la reserva de ley en materia tributaria es relativa, pues encomienda 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”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 87-2010, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

## POTESTAD NORMATIVA MUNICIPAL

EN MATERIA DE TASAS MUNICIPALES LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEBE LIMITARSE A EMITIR UNA LEY DE CARÁCTER GENERAL, QUE INSTITUYA PARÁMETROS ESENCIALES PARA EL EJERCICIO DE AUTONOMÍA MUNICIPAL

“B. Dicho lo anterior, debe indicarse que en el ordenamiento jurídico salvadoreño la reserva de ley tributaria tiene reconocimiento expreso en el art. 131 ord. 6° Cn., pero ese precepto se integra sistemáticamente con el art. 204 ord. 1° Cn., que habilita a los municipios a establecer *tasas y contribuciones especiales*. Por tanto, la reserva de ley solo afecta a los *impuestos nacionales o locales y a las tasas y contribuciones especiales de alcance nacional*.

En efecto, como ya se apuntó, la intensidad de la intervención normativa de la Asamblea Legislativa y, por consiguiente, la manera en que opere la reserva legal dependerá del tipo de tributo del cual se trate. Así, el legislador deberá regular al máximo los impuestos —nacionales y locales— y las tasas y contribuciones especiales a nivel nacional, mas no las tasas y contribuciones especiales municipales.

3. A. En ese orden, si bien la Asamblea Legislativa cuenta con una habilitación constitucional general para regular cualquier ámbito jurídico, y es el ente con capacidad de producción normativa por antonomasia, su actuación no puede desconocer el área de reserva de los demás órganos constitucionales, ni soslayar las potestades normativas otorgadas constitucionalmente a otros entes.

Por tanto, la intervención de la Asamblea Legislativa en materia de tasas municipales se sujeta a lo preceptuado en el art. 204 ord. 1° Cn., el cual establece *la autonomía municipal en la creación, modificación y supresión de dichos*

*tributos*, e indica que dicha autonomía deberá respetar los límites que una *ley general* establezca.

De tal manera, se colige que en lo concerniente a las tasas municipales, la Asamblea Legislativa, en principio, *debe limitarse a emitir una ley de carácter general*, es decir, aplicable al conjunto de municipios de la República, en la que instituya los parámetros esenciales para el ejercicio uniforme de dicha autonomía por parte de todos los municipios, a través de los cuales coordine el real ejercicio de las competencias tributarias autónomas de las municipalidades con la competencia tributaria de la Asamblea Legislativa; ambas otorgadas por la Constitución.

Entonces, la autonomía municipal en materia tributaria constituye un límite a la intervención regulatoria de la Asamblea Legislativa”.

#### AUTONOMÍA MUNICIPAL CONSTITUYE UN LÍMITE A LA INTERVENCIÓN REGULATORIA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

“B. Para comprender mejor la limitación precitada, es oportuno referir lo acotado por esta Sala respecto de la autonomía municipal —verbigracia, en sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002—.

a. Así, este tribunal ha indicado que los municipios son distribuciones territoriales donde se organiza institucionalmente el ejercicio de las potestades de la Administración pública.

De igual modo, esta Sala ha afirmado que, dentro del esquema de *organización del Estado*, el municipio es un fenómeno que surge por el reconocimiento atributivo de caracteres jurídicos a determinados elementos sociales, territoriales y políticos, que se instaura para ejercer el gobierno representativo de la localidad; es decir, como una forma en que el Estado descentraliza la administración y los servicios públicos correspondientes a un ámbito territorial específico, con el propósito de lograr una gestión más eficaz.

b. En efecto, el artículo 203 Cn. contempla la autonomía municipal, con la cual se persigue “garantizar la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en beneficio de sus habitantes; se habla, pues, de una capacidad efectiva de autogobierno local, que el legislador no debe ignorar y que, además, obliga a que las normas legales que reconozcan o supriman competencias locales sean enjuiciadas en sede constitucional” (Inc. 35-2002).

c. Y es que la autonomía municipal —como se ha sostenido en la sentencia precitada—incorpora *un ámbito propio de intereses*, determinados por la legislación secundaria con base en la misma Constitución —art. 204 Cn.—.

En ese sentido, el espacio constitucionalmente reservado de la autonomía local no está vacío de contenido, de manera que resulte totalmente disponible para el legislador; pues no es solo una autonomía “en el marco de la ley” sino también, y de manera predominante, en un marco constitucionalmente garantizado, el cual reconoce la autogestión tributaria en materia de tasas municipales.

A partir de lo anterior —se apuntó en la sentencia en referencia—, la intervención de los demás entes estatales —como la Asamblea Legislativa— se justi-

fica si observa, entre otros, el principio de subsidiariedad respecto de los asuntos puramente locales.

d. En ese orden, de acuerdo con el principio de subsidiariedad —según se anotó en la aludida Inc. 35-2002—, la acción normativa de un escalón superior debe restringirse a un tipo de norma menos incisiva y detallada, dejando margen de actuación y alternativas al escalón inferior.

Asimismo, como criterio hermenéutico, el principio en mención presenta una doble vertiente: una negativa o de prohibición, *que impide la innecesaria intervención del ente superior y el consiguiente centralismo*, y otra de carácter positivo o de habilitación, por la que el ente estatal debe intervenir *para auxiliar a los entes inferiores* cuando estos no puedan alcanzar por sí mismos los fines del Estado.

De este modo, la intervención del ente central está condicionada a que el ente local no pueda alcanzar los objetivos de la acción emprendida de manera suficiente, y que puedan lograrse mejor en el nivel superior por las dimensiones o los efectos de dicha acción. Supone así una evaluación de necesidad y eficacia de la actuación del nivel superior.

Finalmente, es de señalar que en el antecedente jurisprudencia) reseñado se sostuvo que las principales consecuencias que el principio de subsidiariedad postula para la autonomía municipal se encaminan al establecimiento de normas mínimas que preserven la libertad de los municipios para fijar normas adicionales más estrictas; y, la adopción de formas regulatorias con el menor grado de detalle posible.

C. Por tanto, según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 22-V-2013, Inc. 25-2009— con base en los postulados anteriores, la Asamblea Legislativa debe regular el esquema general de las tasas municipales, pero de forma que no impida a las municipalidades el establecimiento de tales tributos por sí mismas, pues si así fuera, se esquilmaría la potestad tributaria municipal concernida.

Entonces, de conformidad con el principio de subsidiaridad, la Asamblea Legislativa no ha de regular en detalle lo relacionado con las tasas de un municipio específico, ya que eso provocaría la anulación de la autonomía municipal en la materia relacionada. Pero en virtud de dicho principio, el citado ente sí podría emitir, supletoriamente, una normativa que desarrolle detallada y específicamente tasas de algún municipio concreto, cuando la comuna respectiva no lo haya hecho por sí misma.

1. En ese sentido, es pertinente señalar que en el acápite anterior ya se refirieron las características y diferencias entre los distintos tipos de tributos, así como la potestad normativa que respecto de cada uno tiene la Asamblea Legislativa. Dicho contexto debe tenerse presente, pues la potestad tributaria de los municipios es inversa a la de la Asamblea Legislativa; ya que ambas atribuciones han de complementarse mutuamente.

Así, en materia de impuestos municipales, las comunas tienen una potestad normativa sumamente restringida, pues —como se ya apuntó— en tal área opera la reserva de ley relativa. De manera que, si bien se admite la intervención normativa municipal, esta supone una potestad derivada de la ley respectiva.

Por tanto, existirá habilitación normativa para el municipio solo si la ley correspondiente efectúa una remisión o habilitación expresa o inequívoca, concreta y específica —en relación con aspectos o cuestiones singulares y plenamente identificables—, así como delimitada —hecha de modo que precise los términos materiales de la cuestión que se remite, de tal forma que su ámbito de actuación quede indubitablemente circunscrito—.

Cumplidos tales requisitos, la norma municipal habilitada o remitida debe respetar los límites establecidos por la ley. Si estos límites no se respetan, se produce una “des legalización de la materia reservada”; lo cual resultaría inadmisibles porque una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley en materia de impuestos municipales, supondría una degradación de la reserva formulada expresa o tácitamente por la Constitución (sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98).

2. En lo que respecta específicamente a las tasas y contribuciones especiales municipales —como se expuso en el considerando que antecede— la situación es diferente, ya que en el esquema constitucional salvadoreño se establece una amplia potestad tributaria para los municipios; pues, se trata de una potestad normativa que no se origina en una ley, sino en la Constitución.

Así, los municipios son los designados constitucionalmente para emitir la regulación que configure las tasas municipales concretas; es decir, es a estos a quienes les corresponde establecer los elementos esenciales de los citados tributos —hecho generador, quantum, base imponible, sujetos pasivos, etc.— y no solo efectuar una regulación de tipo puramente reglamentaria —como ocurre con los impuestos municipales—. Todo ello, a la luz del principio de autonomía municipal”.

#### AUTONOMÍA MUNICIPAL NO IMPLICA SOBERANÍA

“3. Ahora bien, debe tenerse en cuenta además, que, como ya lo ha determinado esta Sala —Inc. 35-2002, precitada—, la *autonomía municipal no implica soberanía*, sino que el *ámbito de configuración normativa de los entes locales tiene límites establecidos* por la Constitución y por la ley. Así lo determina el art. 204 ord. 1° Cn. al aludir expresamente a la limitación proveniente de una ley general.

En ese sentido, la autonomía tributaria municipal reconocida respecto de las tasas locales se incardina en el esquema establecido por el legislador; debiendo, por tanto, ejercerse de acuerdo con lo que preceptúe la respectiva ley general”. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 87-2010, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

#### POTESTAD REGLAMENTARIA

NO PUEDE ENTENDERSE QUE SOLO LOS ENTES CITADOS EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL POSEEN POTESTAD REGLAMENTARIA

“A. a. Sobre el alegato que consiste en que el instrumento impugnado es una *resolución razonada*, pero su contenido material “ostenta los atributos propios y

exclusivos de una ley, de un acto legislativo”; lo cual quebranta el principio de reserva de ley consagrado en los arts. 121, 131 ord. 5° y 142 Cn., la solicitante ha planteado, primeramente, que de conformidad con la Constitución únicamente el Presidente y el Consejo de Ministros poseen potestades normativas; por ende, un viceministro no tiene dicha potestad; por lo cual la autoridad emisora de la disposición impugnada carece de potestad normativa para emitirla, *pues no existe un apartado constitucional expreso que le habilite para ello*.

b. En relación con tal argumento, la jurisprudencia de esta Sala ya ha señalado —sentencia de 27-III-2001, Inc. 22-97— que “es menester dotar a la Administración de un ámbito discrecional desde el cual pueda [...], incluso, ordenar la vida social desde aquellos aspectos que integran su campo de atribuciones y competencias. Por ello, del contenido de la Constitución podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la potestad reglamentaria sobre la materia que se administra no sólo está conferida a los órganos, entes públicos o sujetos que la literalidad de las normas constitucionales ofrece, *sino que también está implícita en el órgano al que compete la ejecución o aplicación de la ley, precisamente para conservar su independencia y evitar la injerencia de otros órganos*”.

De tal manera, se adujo en la jurisprudencia precitada, la concepción tradicional que reserva la potestad reglamentaria solo a aquellos entes u órganos que la tienen según la letra de los arts. 131 ord. 1° —Asamblea Legislativa—, 167 ord. 1° —Consejo de Ministros—, 168 ord. 14° —Presidente de la República—, 195 atribución 6° — Corte de Cuentas de la República—, y 204 ord. 5° —Municipios o Concejos Municipales—, todos de la Constitución, debe ser matizada atendiendo a razones particulares, tales como situaciones de emergencia, especialización, tecnicismo, movilidad de normas y amplitud del espectro atribuido al legislador. Ello se logra con el principio de los “poderes propios”, el cual es aceptado como tesis que fundamenta la potestad reglamentaria, puesto que, como se afirmó, el ejercicio de ella supone facultades de la Administración que derivan directamente de la Constitución.

c. Por tanto, se advierte que el supuesto contraste normativo expuesto por la actora, parte de una interpretación errónea de los preceptos constitucionales invocados, que ya fue descartada por este tribunal, en tanto que *ya se estableció que no puede entenderse que solo los entes citados en el texto constitucional poseen potestad reglamentaria*. Por ende, no existe contraste normativo que dilucidar, por lo que corresponde declarar improcedente este punto de la pretensión”. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 176-2013, fecha de la resolución: 09/04/2014.*

## POTESTAD TRIBUTARIA MUNICIPAL

### JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE IMPUESTOS MUNICIPALES

“2. A. En cuanto a la potestad tributaria municipal, la jurisprudencia constitucional ha indicado —sentencia de 22-V-2013, Inc. 25-2009— que *en materia de impuestos municipales*, las comunas tienen una potestad normativa sumamente restringida, pues en tal área opera el principio de reserva de ley relativa. De ma-

nera que, si bien se admite la intervención normativa municipal, esta supone una potestad derivada de la ley respectiva. Por tanto, existirá habilitación normativa para el municipio solo si la ley correspondiente efectúa una remisión o habilitación expresa o inequívoca, concreta y específica —en relación con aspectos o cuestiones singulares y plenamente identificables—, así como delimitada —hecha de modo que precise los términos materiales de la cuestión que se remite, de tal forma que su ámbito de actuación quede indubitablemente circunscrito—.

Cumplidos tales requisitos, la norma municipal habilitada o remitida debe respetar los límites establecidos o el *quantum* admitido por la ley. Si estos límites no se respetan, se produce una “deslegalización de la materia reservada”, lo cual resultaría inadmisibles porque una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley en materia de impuestos municipales, supondría una degradación de la reserva formulada expresa o tácitamente por la Constitución.

B. En lo que respecta específicamente a las *tasas y contribuciones especiales municipales* la situación es diferente, ya que en el esquema constitucional salvadoreño se establece una amplia potestad tributaria para los municipios; pues se trata de una potestad normativa que no se origina en una ley, sino en la Constitución.

Así, los municipios son los designados constitucionalmente para emitir la regulación que configure las tasas municipales concretas; es decir, es a estos a quienes les corresponde establecer los elementos esenciales de los citados tributos —hecho generador, *quantum*, base imponible, sujetos pasivos, etc.—, y no solo efectuar una regulación de tipo puramente reglamentaria —como ocurre con los impuestos municipales—. Todo ello, a la luz del principio de autonomía municipal.

En ese orden, este tribunal también ha indicado —verbigracia, sentencia de 21-VIII-2013, Amp. 428-2011—, que el art. 204 ord. 1° de la Cn. dispone que la “autonomía del Municipio comprende crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones públicas para la realización de obras determinadas dentro de los límites que una ley general establezca”. Con ello, la Constitución fortalece un aspecto esencial de la autonomía municipal: el relativo a los ingresos tributarios.

De tal forma, la facultad otorgada a los municipios para crear, modificar o suprimir tributos, en las materias que se les han atribuido por mandato constitucional, es la reconocida *potestad tributaria de los municipios*, la cual implica la posibilidad jurídica de exigir percepciones económicas sobre personas o bienes que se encuentran dentro de su jurisdicción. En otras palabras, consiste en la atribución dada a los entes políticos territoriales para crear normas jurídicas en las cuales se contemple una obligación tributaria.

Ahora bien, dicha potestad nace directamente de la Constitución, pero, de conformidad con el propio texto constitucional, también está ligada a lo que una ley marco establezca. Así, tal potestad está contemplada igualmente en el art. 3 n° 1 del CM, el cual, a su vez, se fundamenta en el art. 204 ord. 1° de la Cn., que consagra la posibilidad jurídica de crear tasas y contribuciones especiales y determina que el ejercicio de esa potestad está sujeto a la ley. Entonces, la Constitución ha dispuesto que sea en la ley donde se desarrollen las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de las normas municipales que crean tributos.

La ley a la que se refieren la Constitución y el Código Municipal es la Ley General Tributaria Municipal —en lo sucesivo, LGTM—, la cual, tal como dispone su art. 1 inc. 1°, “tiene como finalidad establecer los principios básicos y el marco normativo general que requieren los municipios para ejercitar y desarrollar su potestad tributaria, de conformidad con el Art. 204 ordinales 1 y 6 de la Constitución de la República”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que el ejercicio de la actividad financiera de los municipios involucra la titularidad de un poder tributario circunscrito a *las competencias atribuidas por mandato constitucional, el cual les posibilita crear ciertas clases de tributos —tasas y contribuciones especiales—, con la finalidad de tener autosuficiencia económica*”.

#### CONCEJOS MUNICIPALES SON LOS ENTES COMPETENTES PARA EMITIR ORDENANZAS MUNICIPALES

“C. Ahora bien, el ejercicio de la potestad tributaria municipal —respecto a tasas y contribuciones especiales— se ejecuta por medio de la emisión de *ordenanzas municipales*; las cuales, según el art. 32 del CM, “son normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local. Entrarán en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial” y deberán cumplir con el contenido establecido en el art. 2 de la LGTM.

En razón de ello, el art. 7 inc. 2° de la LGTM, relativo a los organismos competentes para establecer tributos, prescribe que es “competencia de los Concejos Municipales crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales, mediante la emisión de la ordenanza, todo en virtud de la facultad consagrada en la Constitución de la República, Art. 204 numeral primero y de conformidad a esta ley”. Igualmente, el art. 129 de la LGTM señala que los “Municipios podrán establecer mediante la emisión de las ordenanzas respectivas, tasas por los servicios de naturaleza administrativa o jurídica que presten”. Además, tal como determina el art. 130 del mismo cuerpo jurídico, *los servicios públicos estarán afectos al pago de tasas*.

En ese sentido, la autonomía tributaria municipal reconocida respecto de las tasas locales se incardina en el esquema establecido por el legislador; debiendo, por tanto, ejercerse de acuerdo con lo que preceptúe la LGTM”.

#### CONTRAPRESTACIÓN POR PARTE DEL MUNICIPIO ES NECESARIA PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA TASA

“3. A. a Ahora bien, como quedó establecido en el punto V de esta sentencia, en el caso de las tasas, una característica esencial es la concurrencia de *la contraprestación*.

Así —según se indicó en la sentencia de 21-VIII-2013, Amp. 428-2011—, es posible que dicha contraprestación se realice mediante una actividad material o tangible —aseo, alumbrado público y ornato—, la cual implica una acción por parte del municipio a favor de quien efectúa el pago de cierta cantidad de dinero por un servicio concreto; asimismo, por medio de un servicio jurídico o adminis-



trativo —la emisión de una licencia, permiso o autorización— en el cual conste que, por el pago de cierta cantidad de dinero, el contribuyente está autorizado para realizar determinada actividad dentro del municipio.

En ese sentido, dado que *la contraprestación implica una acción que el Estado realiza*, la potestad tributaria municipal requiere que el sujeto activo de las tasas —el municipio— ejecute una acción específica a favor del sujeto pasivo obligado al pago, *pero debe encontrarse habilitado para realizar dicha acción, como consecuencia de sus competencias previamente establecidas por la ley*. Entonces, la contraprestación proporcionada por los municipios, que implica el hecho generador de una tasa, *debe estar dentro de las competencias municipales*.

En efecto, en la jurisprudencia reseñada *ya se estableció que los municipios no pueden contemplar como contraprestación de una tasa actividades que estén fuera de su competencia*. Por tanto, pese a la autonomía y potestad tributaria municipal en materia de tasas, los municipios tienen vedado el ofrecimiento, otorgamiento y cobro en relación con una tasa cuyo hecho generador esté fuera de las competencias municipales”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2009, fecha de la resolución: 30/07/2014.*

## PRETENSIÓN

PARA EFECTOS DE LA ADECUADA CONFIGURACIÓN, CORRESPONDE AL ACTOR DELIMITAR EL CONTENIDO DEL PARÁMETRO DE CONTROL, AL IGUAL QUE DEL OBJETO CONTROLADO

“D. a. En cuanto a la violación de la libertad empresarial, la peticionaria alega que tal derecho incluye: a) la facultad de sus titulares para emprender (escoger) y desarrollar la actividad económica que deseen; b) el poder de organizar la empresa y de programar sus actividades en la forma más conveniente a sus intereses; c) el derecho a la libre competencia; y, d) el derecho a un lucro razonable en el ejercicio de la actividad emprendida. Asimismo, demanda la autonomía en la iniciación de la empresa, cese, planificación interna de la producción, métodos de gestión, etc., por parte de los operadores económicos, de manera que los poderes públicos *no puedan imponer comportamientos, actividades y resultados y demás vinculaciones y controles que incidan en la actividad empresarial*. Facultades que se restringen a través del “visto bueno” que debe otorgar el Viceministerio de Transporte *al operador tecnológico*.

b. De igual manera —afirma—, la normativa impugnada irrumpe en aspectos organizativos de las empresas transportistas, porque exige que cada unidad tenga dispositivos que permitan a los usuarios anunciar con anticipación su deseo de descender en las paradas previamente autorizadas por la Dirección General de Transporte Terrestre; debiendo cumplir las demás disposiciones administrativas emitidas por el Viceministerio de Transporte y sus direcciones para la aplicación del precepto impugnado.

c. De manera que, en los términos expuestos por la solicitante, el otorgamiento del “visto bueno” por el Viceministerio de Transporte *al operador tec-*

*nológico* y la exigencia de que las unidades de transporte público cuenten con un dispositivo que permita a los usuarios anunciar con anticipación su deseo de descender en las paradas previamente autorizadas, restringen el contenido esencial de la libertad de empresa.

Ahora bien, de tal argumentación no se advierte la forma en que las citadas circunstancias inciden en el contenido esencial asignado al derecho por la propia actora; puesto que no se ha establecido de qué manera tales exigencias limitan las facultades de escoger y desarrollar la actividad económica que se desee, o de organizar la empresa y de programar sus actividades; la libre competencia o la posibilidad de obtener un lucro razonable en el ejercicio de la actividad emprendida. Tampoco se identifica limitación alguna sobre la iniciación de la empresa, cese, planificación interna de la producción o métodos de gestión.

Por tanto, así planteada la cuestión, se advierte que la actora asume que la libertad de empresa desarrollada en el transporte público debe estar eximida de cualquier tipo de control o exigencia administrativa.

d. i. Ante tales alegatos, es preciso indicar que la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —como cita, auto de 28-I-2011, Inc. 48-2009— que para efectos de la adecuada configuración de la pretensión, corresponde al actor delimitar *el contenido del parámetro de control* —al igual que del objeto controlado— y fijar los límites de la impugnación respecto del contenido normativo deducido de dicho parámetro; y no obstante la determinación de ese contenido, hasta cierto punto es discrecional por parte del pretensor, pues la interpretación que del mismo realice constituye su personal concepción sobre la normatividad del parámetro, esa determinación del contenido normativo del parámetro y del objeto de control no resulta vinculante para el pronunciamiento definitivo de la pretensión de inconstitucionalidad. Es decir, la decisión de este tribunal puede o no coincidir con las consideraciones que el actor despliegue en la fundamentación jurídica de su demanda”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 176-2013, fecha de la resolución: 09/04/2014.*

## **PRINCIPIO DE ALTERNABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

### INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES O CONSTITUCIONALES

“III. Los argumentos reseñados en el considerando I se refieren a diversos aspectos de la interpretación jurídica y constitucional tales como: la claridad del contenido literal de la ley; la interpretación a partir de antecedentes de la norma respectiva; el principio de unidad de la Constitución; la finalidad de la norma y la coherencia como límites a las posibilidades de interpretación de un texto normativo; y la interpretación orientada hacia la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Para la solución del problema constitucional planteado solo es pertinente anotar ciertas precisiones sobre algunos de esos argumentos, con base en la propia jurisprudencia de esta Sala.

1. La interpretación jurídica de una disposición legal o constitucional consiste en la *atribución* de un significado elegido entre varios posibles, con base en razo-

nes o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. La idea de *atribución* de significado implica que el texto —es decir, las palabras utilizadas para formular las disposiciones— carece de un significado *normativo* propio o determinante. En otras palabras, dicho significado no puede ser descubierto, encontrado o hallado por *el intérprete* con una simple lectura, sino que este *debe construirlo en función del problema a resolver*. Entonces, la norma (el sentido o el significado normativo) de una disposición (el texto, el enunciado lingüístico, las palabras) es el resultado (como comprensión o forma de entenderlo) que se le atribuye después de realizar la actividad interpretativa, ya que la disposición por sí sola no basta para determinar un significado normativo (Sentencias de 29-IV-2011 y de 14-X-2013, Inc. 11-2005 e Inc. 77-2013, respectivamente).

La diferencia entre disposición y norma —o entre el texto y su significado concreto, resultado de la interpretación— no implica, sin embargo, que la interpretación jurídica sea una actividad librada a las preferencias subjetivas de cada intérprete. La insuficiencia del texto de una disposición para decidir cuál sea su contenido normativo no implica que el texto deje de ser relevante. En toda interpretación jurídica, el texto sigue siendo el objeto de la actividad del intérprete y por ello es un límite real que condiciona las posibilidades o alternativas que pueden proponerse como significado de la disposición. Esta Sala ha reiterado que *la formulación lingüística —el texto— de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido de sus disposiciones* (Sentencia de 14-II-97, de 26-III-1999 y de 14-X-2013; Inc. 15-96, Inc. 4-98 e Inc. 77-2013, respectivamente), *pero el texto también fija los extremos o límites últimos entre la interpretación jurídica y una manipulación distorsionadora del contenido de la disposición*. Sin embargo, la forma en que el lenguaje de una disposición cumple esta función limitadora no está predeterminada con carácter general (o desligada del problema interpretativo concreto) y no puede ser simplificada mediante invocaciones al “sentido claro” o al “tenor literal”.

#### DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO

“La llamada “doctrina del sentido claro” de los textos jurídicos —por lo común identificada con lo dispuesto en el art. 19 inc. 1° del Código Civil (CC.)— se refirió tradicionalmente a la posibilidad de que el significado de una disposición pudiera obtenerse de manera inmediata, evidente, solo con saber el significado de las palabras o vocablos que la integran. Esta concepción es inaceptable por varias razones. Primero, porque todo significado normativo es *resultado* de una interpretación y esta, a su vez, tiene como presupuesto un problema, una pregunta o una duda sobre el sentido de la disposición. Luego, la determinación de si un texto es claro no es presupuesto, sino consecuencia de la interpretación. Segundo, la visión expuesta pasa por alto los problemas de ambigüedad (posibilidad de varios significados), vaguedad (incertidumbre sobre sus casos de aplicación) y textura abierta (disposición deliberada de inclusión futura de nuevos casos de aplicación) de las palabras de la ley. Y

tercero, porque *la interpretación no es el resultado de la mera acumulación de los significados de las palabras de una disposición*. Entonces, la idea del sentido claro solo puede aceptarse cuando, *después de la actividad de interpretación*, se obtiene un significado que puede ser reconocido como razonable y adecuado para cumplir la función reguladora de los comportamientos sociales que pretende el Derecho”.

#### CRITERIOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA COMO ELEMENTOS DE ANÁLISIS EN LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

“2. *La comprensión del texto de una disposición jurídica según el contexto o la situación comunicativa, es decir, asumiendo que el lenguaje se utiliza con una finalidad socialmente relevante, obliga a tomar en consideración, junto con otros elementos, la intención de la disposición (según ella misma o el propósito de su emisor). Dicha intención (o “espíritu”, art. 19 inc. 2° CC.) puede ser reconstituida mediante “la historia fidedigna de su establecimiento” o los antecedentes normativos, como también lo reconoce el art. 268 Cn. Sin embargo, aceptada su utilidad, es necesario aclarar que estos insumos no constituyen el único ni el más importante de los elementos de análisis en la actividad interpretativa, sino que siempre concurren con otros criterios (pautas, métodos, directivas, argumentos) de interpretación, que deben ser considerados de manera conjunta. Además, la utilidad de los antecedentes históricos depende de que coincidan en lo relevante con la formulación textual o literal vigente, pues los términos de una regulación pasada no pueden determinar el significado de la disposición actual sobre el mismo asunto, cuando haya ocurrido un cambio sustancial en la redacción normativa de esta última”.*

#### PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

“3. Por otra parte, es necesario recordar que la complejidad usual de la interpretación jurídica se incrementa cuando el objeto de interpretación es el texto de las disposiciones constitucionales, dado su carácter abierto y concentrado (útil para cohesionar diversos compromisos políticos), así como la mayor referencia a valores que está presente en algunos de sus contenidos (Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013). Una de esas dificultades acentuadas en la interpretación constitucional es la posibilidad de que alguno de los criterios, pautas o directivas indiquen, de modo preliminar o aparente, resultados distintos. En estos casos, es indispensable respetar el llamado *principio de concordancia práctica*, que obliga a armonizar las normas constitucionales que reflejen una tensión recíproca en un caso concreto, eligiendo la alternativa de interpretación que favorezca la aplicabilidad y la fuerza normativa de ambas (Sentencia de 18-IV-2006, Inc. 7-2005). Por *ejemplo*, una interpretación orientada a la máxima eficacia de los derechos fundamentales (Sentencia de 3-VI-2008, Inc. 31-2004) debe armonizarse con el carácter vinculante de las normas que limiten su ejercicio, para proteger también los bienes constitucionales que justifican dichas limitaciones”.

## FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

“4. Finalmente, hay que notar que la interpretación parcial o incompleta de una disposición constitucional puede provocar el irrespeto o incumplimiento de alguna de las normas jurídicas que ella contiene, aunque se obedezca o atienda lo ordenado en otra parte del contenido de la misma disposición o de otra distinta, siempre de rango constitucional, obteniendo de ese modo una cobertura aparente del precepto aplicable. Esto es lo que se denomina *fraude a la Constitución*. Ciertamente, como se dijo en la resolución de 21-III-2013, Inc. 49-2011, el incumplimiento, la infracción o vulneración de una norma jurídica puede ser directo o indirecto. En el primer caso se realiza una conducta que contradice el contenido imperativo (una obligación o una prohibición) de la norma, sin que la conducta infractora pueda considerarse ordenada o permitida por otra norma distinta. En el segundo caso, el incumplimiento de una norma se genera precisamente por medio del respeto u observancia de otra norma distinta que permite, en apariencia o en sí misma, la conducta cuyo resultado es incompatible con la norma vulnerada.

*El fraude a la Constitución implica al menos dos normas jurídicas —aunque puede tratarse de una sola disposición—: una que al parecer se respeta o se cumple con la conducta realizada (llamada norma de cobertura) y otra (llamada norma defraudada) cuyo contenido normativo es incompatible con el resultado alcanzado mediante dicha conducta. En concreto, el fraude de ley opera como una deformación artificial de los que serían elementos relevantes del supuesto fáctico de la norma infringida, que al revestirlos de otras apariencias escapan de la asignación jurídica que les corresponde por esencia (por su condición real y verificable)”.*

## FRAUDE DE LEY

“En el ordenamiento jurídico salvadoreño el fundamento de la figura del fraude de ley es la defensa del ordenamiento jurídico, mediante la garantía del respeto, el cumplimiento o la eficacia de todas sus normas, junto a una idea de coherencia del sistema normativo, pues el fraude de ley se basa en una interpretación aislada de la norma de cobertura y, por el contrario, la consideración articulada de todas las normas involucradas es la que permite invalidar el resultado fraudulento o contrario al derecho en conjunto. Como consecuencia inmediata de esta doble fundamentación del fraude de ley se deriva la irrelevancia de la intencionalidad de quien realiza la conducta prevista en la norma de cobertura, porque lo que se pretende reprimir no es la finalidad maliciosa o conscientemente antijurídica del agente (el engaño subjetivamente realizado), sino la situación objetiva de oposición o incompatibilidad de los efectos de su conducta con la norma defraudada (el daño objetivamente producido)”.

## FINALIDAD DE LAS INEGILIBILIDADES CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

“1. Primero, hay que observar que la disposición constitucional citada regula o establece ciertos impedimentos jurídicos para el ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo, es decir, el derecho a optar a un cargo público, que en

este caso es el de Presidente de la República. Se trata, entonces, de limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, fijadas por la propia Constitución, como lo advierte desde su propia formulación el art. 72 ord. 3° Cn. (al expresar que el derecho se tiene: “cumpliendo con los requisitos que determine esta Constitución y las leyes secundarias”). *Estos requisitos o condiciones negativas, llamadas inelegibilidades, están dirigidas a la conservación de fines, bienes o intereses constitucionalmente relevantes, tales como la libertad del sufragio activo (que los electores decidan sin presiones o coacciones indebidas), las competencias electorales equitativas (con igualdad de oportunidades o sin ventajas discriminatorias) y la integridad de la función pública (al evitar los conflictos de intereses)”*.

PROHIBICIONES ESTABLECIDAS PARA SER CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEBEN APLICARSE CUIDADOSA Y EFECTIVAMENTE, A FIN DE ASEGURAR SU EFICACIA

“Al relacionar la inobjetable fundamentación constitucional de las inelegibilidades reguladas en el art. 152 Cn., con su incidencia en el ejercicio de un derecho fundamental, se observa que esta disposición expresa una ponderación del constituyente, que se resuelve, en principio, a favor de los intereses públicos perseguidos por la regulación —art. 246 inc. 2° Cn.—. De esto se deriva que *las prohibiciones establecidas para los candidatos a la Presidencia de la República deben ser aplicadas de una manera cuidadosa y efectiva, que asegure su eficacia, sin formalismo, y atenta al rechazo de acciones que tengan como fin o como resultado la evasión de los impedimentos fijados por la Constitución*. Como manifestación del principio de concordancia práctica y de la importancia objetiva de los derechos fundamentales, las inelegibilidades no anulan o extinguen el derecho al sufragio pasivo, porque el abandono o la abstención de ingreso (en su caso) a la situación que constituye el supuesto fáctico de la inelegibilidad dependen de la voluntad del aspirante al cargo público.

*Sin embargo*, en caso de separación, desvinculación o renuncia a una condición previa que originaría el impedimento, ello debe realizarse de manera completa, real o efectiva, sin lugar a dudas sobre la persistencia de las relaciones o vínculos que la prohibición constitucional pretende evitar. Las modificaciones aparentes del estatus comprendido bajo la prohibición deben ser rechazadas. *La obligación para la autoridad competente, de realizar un análisis objetivo y cuidadoso de las transformaciones en el supuesto fáctico de la inelegibilidad, es una consecuencia del valor o la importancia fundamental de los fines constitucionales que justifican la prohibición. Dicha obligación contrapesa o modera el deber de interpretar en forma restrictiva las limitaciones a los derechos fundamentales, porque la prohibición se aplica solo a los casos comprendidos dentro del sentido razonable de su enunciado, pero con un criterio realista que favorezca su eficacia”*.

PRINCIPIO DE ALTERNANCIA O ALTERNABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA

“2. El art. 152 ord. 1° Cn. prohíbe la candidatura a Presidente de la República de: “El que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis

meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial”. La expresión con que inicia este ordinal comprende tanto a quienes hayan sustituido al Presidente electo como al titular del cargo, de modo que *esta disposición forma parte del conjunto de preceptos encaminados a garantizar el principio de alternancia o alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia*. Esta finalidad comparten, asimismo, los arts. 75 ord. 4° (que sanciona a quienes promuevan la reelección presidencial continua); 88 (que afirma que dicho principio “es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político” y que su violación “obliga a la insurrección”); 131 ord. 16° (que ordena a la Asamblea Legislativa “desconocer” al Presidente de la República que continúe en el cargo a pesar de la terminación de su período); 154 (que fija la duración del período presidencial en 5 años y “ni un día más”); y 248 Cn. (que prohíbe la reforma constitucional en este tema”).

#### PROHIBICIÓN DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INMEDIATA, SUCESIVA O CONTINUA

“Todas esas disposiciones indican que *la Constitución prohíbe la reelección presidencial inmediata, sucesiva o continua* y la permanencia en el cargo de quien lo haya ejercido por otro título, pero no se refiere expresamente a la reelección que se obtenga después de uno o más períodos presidenciales intermedios. La *constitucionalidad de la reelección discontinua* no deriva propiamente de lo que el texto deja de decir, sino del hecho de que mediante ella se respetan tanto los fines del principio de alternancia como un ejercicio más amplio del derecho al sufragio pasivo del candidato. Esos fines del principio de alternancia se relacionan en forma directa con las características fundamentales de la forma de gobierno (arts. 85 y 88 Cn.). Así, uno de los elementos esenciales del *principio republicano* es la limitación temporal de los cargos públicos, para que en función del interés común y subordinando el interés particular de quien pretende reelegirse, se potencie el derecho de todos a participar e intervenir en la gestión de la vida colectiva, mediante la renovación periódica de la legitimidad democrática de los funcionarios de elección popular. Del mismo modo, la necesidad de cambio o rotación periódica en el ejercicio de la Presidencia de la República beneficia al *principio democrático*, ya que posibilita una mayor libertad en el sufragio activo del conjunto de la ciudadanía, al limitar el ejercicio del sufragio pasivo de quienes estarían en condiciones de utilizar las instituciones del Estado como instrumento de presión indebida sobre el cuerpo electoral. Es decir, que al evitar la ocupación reiterada del poder por una misma persona se contribuye a la pureza o regularidad de los procesos electorales, y no solo a favor de la libertad de voto, sino también de condiciones más equitativas entre los competidores. Aunque lo dicho evidencia el nexo entre la prohibición de reelección y el *principio representativo*, hay que agregar que la limitación temporal del mandato pone de manifiesto el carácter inestable del ejercicio del poder, que finaliza en cierto momento y que debe responder ante los ciudadanos por la forma en que se haya desempeñado.

*Por otra parte, hay que insistir en que así como la Constitución omite refe-*

*rirse expresamente a la reelección discontinua, también deja sin determinación expresa la cantidad de períodos que deben transcurrir entre el ejercicio del cargo de Presidente de la República y una nueva postulación válida para este. Tal como lo indica el ya citado art. 88 Cn., por su vinculación directa y evidente con el alcance del principio de alternabilidad referido, la respuesta a dicha cuestión debe fundarse en la mayor correspondencia posible con los principios esenciales de la forma de gobierno salvadoreña, antes mencionados. Es decir que, el intervalo de espera o la cantidad de períodos entre el ejercicio de la Presidencia de la República y una nueva postulación válida para el cargo debe tender a asegurar la limitación temporal del poder; el sufragio libre de influencias indebidas de un candidato o ventajas ilegítimas para un competidor; y una oportunidad efectiva para exigir la eventual responsabilidad derivada del cargo ocupado. Esta debe ser la premisa que oriente la solución de la primera cuestión planteada en el presente caso”.*

PROHIBICIÓN CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 152 ORDINAL 7° Y 127 ORDINAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN, ORIENTADA A PREVENIR CONFLICTO DE INTERESES DE QUIEN RESULTE ELEGIDO EN EL CARGO

*“3. El art. 152 ord. 7°, remitiendo al art. 127 ord. 6° Cn., prohíbe la candidatura a Presidente de la República de: “Los que tengan pendientes contratos o concesiones con el Estado para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquellos, o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos casos”. A diferencia de la inelegibilidad analizada en el apartado anterior, la disposición trascrita está dirigida a promover la integridad en el desempeño de la Presidencia de la República, al evitar un entrelazamiento clientelas político-económico que constituiría una forma de corrupción. Específicamente, esta causa de inelegibilidad se orienta a prevenir los conflictos de intereses de quien resulte elegido en el cargo, a raíz de sus vínculos con entidades privadas que puedan verse favorecidas, o que así pueda parecerlo ante la ciudadanía, durante el desempeño de sus funciones públicas.*

Los conflictos de intereses son situaciones de riesgo objetivo para los intereses públicos, causadas porque un funcionario mantiene cargos o relaciones de carácter privado que lo incentivan (o aparentan hacerlo) a favorecer este aspecto de sus vínculos particulares en perjuicio o por encima de los fines que orientan el cargo público. Las situaciones de conflicto de interés no implican necesariamente una actuación errada y se previenen con independencia de la calidad moral o de otro tipo de consideración sobre las intenciones de las personas involucradas, porque se toma en cuenta lo que las acciones del funcionario pueden parecer a otros o cómo pueden ser interpretadas por ellos. *La regulación constitucional y legal de los conflictos de intereses es esencialmente preventiva y se dirige a evitar el peligro que el conflicto origina e incluso a impedir la mera apariencia de un conflicto de intereses, para preservar la confianza ciudadana en la imparcialidad del funcionario”.*



PROHIBICIÓN CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 152 ORDINAL 7° Y 127 ORDINAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN, SE ORIENTA A EVITAR UN EJERCICIO PATRIMONIALISTA DEL PODER PÚBLICO

“Asimismo, los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 6° Cn. están dirigidos a evitar un *ejercicio patrimonialista del poder público*, es decir, una concepción privatista de lo público que lleve un funcionario a apropiarse de —o considerar como si fueran de su propiedad— las potestades públicas, desviando sus fines originales en beneficio particular. La intensidad o el carácter exigente de este tipo de regulaciones están confirmados por los compromisos internacionales que el Estado salvadoreño ha adquirido después de la Constitución, en instrumentos como la Convención Interamericana contra la Corrupción (Diario Oficial n° 150, Tomo n° 340, del 17-VIII-1998), que vincula la regulación para la prevención de conflictos de intereses con un “correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas” (art. III. 1, “Medidas preventivas”); o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Diario Oficial n° 119, Tomo n° 363, del 28-VI-2004), que extiende dichos compromisos a la fijación de “criterios para la candidatura y elección de cargos públicos” (art. 7 n° 2 y 4) y a los vínculos de un funcionario con el sector privado, al cesar en el cargo público (art. 12 n° 2 letra e)”.

“TENER PENDIENTES CONCESIONES CON EL ESTADO”, IMPLICA CUALQUIER VINCULACIÓN CON UN CONCESIONARIO, DIRECTA O INDIRECTA, QUE PUEDA ORIGINAR UN CONFLICTO DE INTERESES

“Por su finalidad preventiva e importancia para la preservación de la confianza de las personas en el ejercicio íntegro de la función pública, la expresión “tener pendientes concesiones con el Estado” no puede interpretarse como lo propone el ciudadano [...], quien limita el alcance de la prohibición a los supuestos de deudas, obligaciones o reclamaciones del concesionario a favor del Estado, que estén “pendientes” de saldarse o pagarse. Las competencias del Presidente de la República pueden ir mucho más allá de solamente interferir con el cobro de la deuda de un concesionario con el que esté vinculado. Según su finalidad, la eficacia preventiva de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 6° Cn. no puede ser restringida de esa manera; además de que esa interpretación no corresponde con el texto actual o vigente de la prohibición.

Más bien, “*tener pendientes concesiones con el Estado*” implica cualquier vinculación con un concesionario, directa o indirecta, que pueda originar un conflicto de intereses, en los términos antes mencionados, siempre que se entienda que se está en presencia de una *verdadera concesión*, es decir, “el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular [...] 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” (Inc. de 27-VI-2012, Inc. 28-2012, Considerando IV); lo cual implica que cualquier actividad diferente de los supuestos indicados, no está comprendida en los alcances de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 6° Cn.”.

## CANTIDAD DE PERÍODOS PRESIDENCIALES QUE DEBEN ESPERARSE PARA UNA POSIBLE REELECCIÓN VÁLIDA DISCONTINUA EN EL CARGO

“1. La cuestión relevante en el primer motivo de inconstitucionalidad es si la expresión “período inmediato anterior” del ord. 1° del art. 152 Cn. se refiere al período presidencial que antecede al momento de la inscripción del candidato o al período presidencial que antecede al que se pretende desempeñar. Por supuesto que no se trata de una simple cuestión terminológica ni de un asunto que pueda considerarse “claro” con base exclusiva en las palabras de la disposición. *Lo que está en discusión es justamente el alcance del principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República (con toda su trascendencia política sobre la forma de gobierno salvadoreña) en relación con la cantidad de períodos presidenciales que se debe esperar para una posible reelección válida discontinua en dicho cargo.*

*Tal vínculo, entre la cuestión planteada por los demandantes y el alcance del principio de alternabilidad del art. 88 Cn., confirma que la respuesta al problema no puede basarse exclusivamente en el significado de los términos controvertidos, sino que, ante su aparente ambigüedad, debe preferirse la opción interpretativa que favorezca en mayor medida los principios constitucionales de la forma de gobierno (republicano, democrático y representativo). Además, aunque el art. 152 ord. 1° Cn. es sin duda el contenido constitucional que se refiere al asunto de manera más concreta, dicho precepto no es el único que debe ser tomado en cuenta para resolver la cuestión, sino que debe armonizarse con otras disposiciones de la Ley Primaria que también fijan ciertas claves sobre las dimensiones (temporales y de responsabilidad) que limitan el ejercicio del poder, y que se derivan de los principios enunciados en el art. 85 inc. 1° Cn. Todo ello con base en el principio de unidad de la Constitución.*

A partir de estas ideas, hay que observar que la expresión “período inmediato anterior” es sin duda un *elemento de referencia* (ese período “anterior” lo es respecto de otro término, contenido en la misma disposición) y *su significado depende de ese otro elemento del texto*. Cuando hay más de un antecedente posible como punto de referencia (el período anterior al del cargo que se pretende o anterior al del momento de postulación) el significado de tal expresión depende por completo del contexto de enunciación, es decir, de la situación comunicativa, de las intenciones o propósitos del emisor del mensaje normativo y de los destinatarios. Uno de esos datos del contexto es la propia fórmula expresiva utilizada y su relación con otras que tienen funciones similares (de referencia), pero están redactadas en forma distinta.

Sobre esto último, es importante notar que en los calificativos “inmediato anterior”, la duda o ambigüedad interpretativa surge porque el elemento referido (lo que se quiere señalar como antecedido o precedido) no está expresado literalmente enseguida o a continuación del elemento de referencia, sino que está implícito. Por ello, *la fórmula “anterior a” seguida de la enunciación explícita de lo que se quiere señalar no puede ser asimilada a la fórmula implícita, únicamente porque aparezcan en la misma disposición*. El argumento de la constancia terminológica del emisor (es decir, de un solo sentido para cada término, al menos

en cada acto de producción normativa) se aplica solo cuando se ha determinado que se trata en efecto del *mismo* término. Este no es el caso en los ords. 1° parte final, 3°, 5° y 6° del art. 152 Cn., en los que el término “anterior” se especifica textualmente con la enunciación del elemento al que califica: “anteriores al inicio del período presidencial”; “anterior al día del inicio del período presidencial”; “anteriores al día del inicio del período presidencial”; y “anteriores al inicio del período presidencial”.

El grado de precisión de estas formas de referencia explícita está ausente en la fórmula discutida “período inmediato anterior” (ord. 1° parte inicial del art. 152 Cn.) o “período presidencial inmediato anterior” (del ord. 4° del mismo artículo), que no expresan el elemento señalado y por eso hay que derivarlo del contexto de la disposición. Tanto el TSE como el ciudadano [...] asimilan todos esos elementos de referencia de los distintos ordinales del art. 152 Cn., sin detenerse en su distinta formulación lingüística (en el ord. 6°, la frase final explicativa distingue ese supuesto del primer caso del ord. 1°). En las referencias explícitas, el propio texto (sobre todo, el marcador “*al inicio*”) indica efectivamente que el período presidencial relevante es el que se espera desempeñar, pues dicho énfasis carece de sentido en relación con el período presidencial en el que surge la postulación. Además, ese es el significado de referencias similares utilizadas en los arts. 126, 127 inc. 2°, 151, 176, 198 Cn., entre otros (donde se califican períodos: “anteriores a la elección”).

Por otro lado, la expresión utilizada en los ords. 1° (primera parte) y 4° del art. 152 es distinta (es una referencia implícita). Al advertir esa distinción se evitan las consecuencias incoherentes que derivan de la asimilación de todas las expresiones referenciales del artículo analizado. Ahora bien, por el carácter implícito de la expresión “período inmediato anterior” es que el enunciado inicial del artículo (“No podrán ser candidatos a Presidente de la República”) adquiere relevancia para determinar cuál es el período presidencial referido (el anterior al de la presentación como candidato o el anterior al que se pretende desempeñar). Al respecto, es pertinente recordar que esta Sala ha sostenido que los requisitos o prohibiciones establecidas en relación con los candidatos a un cargo público: “influyen indirectamente en la posibilidad de ejercer el cargo [...], pero la intención del constituyente está referida más bien a regular las condiciones de los aspirantes a tales cargos a fin de poder participar en el proceso electoral correspondiente.” (Sentencia de 14-XII-2004, Inc. 5-2003). En otras palabras, *las prohibiciones para un candidato se aplican y se deben cumplir en el momento en que se presenta la candidatura, por lo que este es el punto de referencia de las condiciones respectivas.*

*Con base en lo anterior, la expresión “período inmediato anterior” debe relacionarse con la situación jurídica de presentarse como candidato, de modo que debe referirse al período presidencial que antecede al del momento en que se realiza la postulación o se propone la candidatura.* Dado que por los arts. 75 ord. 4°, 131 ord. 16° y 154 Cn. impiden *continuar* como tal a quien esté ejerciendo la Presidencia de la República, el art. 152 ord. 1° parte inicial Cn. no puede interpretarse como una simple reiteración de esa norma (lo que resultaría de entender “período inmediato anterior” como referido al que se pretende desem-

peñar). De este modo, *un candidato a dicho cargo no debe haberlo ocupado en los dos períodos presidenciales anteriores al que pretende desempeñar, pues el principio de alternabilidad del art. 88 Cn., y su concreción en el art. 152 ord. 1° parte inicial Cn., exigen al menos 10 años de separación temporal entre el desempeño una Presidencia de la República y la reelección en dicho cargo de una misma persona*. Este mismo período se aplica a los funcionarios mencionados en el ord. 4° del art. 152 Cn., pues su designación forma parte del ejercicio de la Presidencia de la República (arts. 162 y 169 Cn.) cuya alternabilidad se pretende garantizar.

Dicha interpretación favorece mejor los principios esenciales de la forma de gobierno (republicano, democrático y representativo), porque contribuye a lograr: (i) un voto libre de influencias indebidas (como las derivadas de un lapso insuficiente para ponderar los méritos de cada gestión presidencial); (ii) una competencia electoral sin ventajas ilegítimas (como el apoyo de funcionarios con períodos que coinciden parcialmente con el de la Presidencia de la República, pero se extienden hasta el inicio de la campaña electoral siguiente para dicho cargo); y (iii) un ejercicio sin obstáculos del eventual reclamo de responsabilidades contra quien se haya enriquecido ilícitamente con esa investidura, para lo cual *la Constitución fija precisamente el plazo de 10 años* (art. 240 Cn.). En vista de que la autoridad demandada interpretó de manera distinta el art. 152 ord. 1° Cn., *deberá estimarse el presente motivo de inconstitucionalidad*.

Aunque ello basta para invalidar la resolución impugnada, esta Sala considera relevante pronunciarse también sobre el segundo motivo alegado, por su relación con los límites del ejercicio del poder derivado del cargo de Presidente de la República”.

#### ESPECTRO RADIOELÉCTRICO ES UN RECURSO NATURAL QUE FORMA PARTE DE LA RIQUEZA NACIONAL DEL PAÍS

“B. Por otro lado, tal como lo dispone el art. 9 de la Ley de Telecomunicaciones y lo admite la autoridad demandada, el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público y comprende tanto el espacio dentro del cual se propagan las ondas electromagnéticas —que son combinaciones de energía eléctrica y magnética capaces de atravesar el espacio sin necesidad de apoyos físicos— como las ondas en sí mismas consideradas, de modo que en todo caso se *hace referencia a una realidad de carácter natural, que puede ser aprovechada o explotada para beneficio de la colectividad*. Como lo indica la ley antes citada, el espectro radioeléctrico es la materia prima para el desarrollo de las telecomunicaciones, el que no cabe duda que *se trata de un importante sector económico*, que sirve de plataforma para el ejercicio de la libertad de expresión y mediante el cual se prestan, además, servicios de interés público, tales como la radiodifusión sonora y televisiva y las comunicaciones para defensa, transporte, investigación científica, protección civil durante emergencias, entre otras. En consecuencia, *el espectro radioeléctrico es un recurso natural que forma parte de la riqueza nacional del país*”.

PROHIBICIÓN CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 152 ORDINAL 7° Y 127 ORDINAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN, AL FUNGIR COMO DIRECTIVO DE UNA SOCIEDAD CONCESIONARIA

“C. Con base en los documentos citados, mediante un análisis objetivo, guiado por el fundamento de la causa de inelegibilidad en discusión, esta Sala identifica los elementos de juicio siguientes:

(i) La actual desvinculación accionaria del ciudadano [...] respecto a la sociedad citada —que él alega como prueba de inaplicabilidad en su caso de la prohibición constitucional de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 6° Cn.— corresponde esencialmente al procedimiento que dicho ciudadano utilizó en 2003 para postularse como candidato a la Presidencia de la República del período 2004-2009, cargo que, como hecho notorio, efectivamente ganó y desempeñó.

(ii) A pesar de que en 2003 se había “separado” o “desvinculado” de la sociedad concesionaria [...], a solo un año de finalizado el período presidencial 2004-2009, el ciudadano [...] recuperó su condición directiva y de accionista en dicha sociedad. Es decir, que después de ejercer el cargo público, el señor [...] no simplemente regresó a una actividad empresarial similar a la anterior o al giro económico de la radiodifusión, sino que en 2010, en un mercado competitivo, limitado y regulado, dicho ciudadano recuperó exactamente la misma posición directiva y dentro de la misma persona jurídica que “abandonó” o a la que “renunció” en 2003.

(iii) Contrario a lo que afirma el TSE, en cuanto a que al momento de la desvinculación accionaria de 2013 el ciudadano [...] solo podría haber tenido “meras expectativas futuras e inciertas para el ejercicio del sufragio pasivo”, desde enero y febrero de 2013 (tres meses antes del acto de “desvinculación”) diversos medios de prensa escrita nacional —cuyos registros electrónicos de 22-I-2013 y 26-II-2013 son accesibles en Internet y por tanto, son de conocimiento público— documentaron la proclamación partidaria de dicho ciudadano como candidato, lo que indica que los cambios de 3-VI-2013 en la administración de la sociedad [...], sí estaban relacionados (como medio para ese fin) con la postulación de dicho ciudadano.

(iv) Tanto en la salida o desvinculación societaria de 2003, como en el retorno del ciudadano [...] al interior de la persona jurídica aludida, de 2010, los sucesores y antecesores, según el caso, en la administración de la concesionaria, fueron familiares cercanos que coinciden en esencia con las personas que lo han relevado luego de su “desvinculación accionaria” del 3-VI-2013. Dicho de otro modo, la sociedad concesionaria [...], constituida en 1995 por el ciudadano [...] y su esposa, subsiste como tal y sigue integrada, aunque sea en parte, por el cónyuge y parientes de dicho ciudadano, con la única diferencia del relevo de este por sus familiares en los cargos de dirección superior”.

FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN AL ENTRAR Y SALIR DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

“D. De acuerdo con lo anterior, esta Sala concluye que en el presente proceso, según las particularidades del objeto de control, se ha probado que los

cambios de administración de la sociedad [...] han funcionado en la práctica —independientemente de la intención o finalidad del ciudadano [...]— como un medio para ir y venir desde la condición de concesionario del Estado a la de sujeto *formalmente* ajeno a esa relación y viceversa, disponiendo de la vinculación societaria como una calidad o condición que se quita y se pone de acuerdo con los intereses del momento. *Ese modo de operar, que se vale de los cargos directivos de la sociedad concesionaria como una especie de puerta giratoria, para entrar y salir del ámbito de aplicación de la prohibición constitucional de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 6° Cn., defrauda la norma fundamental que califica como inelegibles a quienes “tengan pendientes” concesiones con el Estado.*

*El fraude a la Constitución se comete porque se respeta formalmente la prohibición de ser representante o apoderado de una sociedad concesionaria, pero se incumple sustancial o materialmente la obligación de desvincularse de manera real, completa y efectiva del riesgo de un conflicto de intereses, por la subsistencia de relaciones, nexos o vínculos objetivos con el titular de la concesión estatal.* Esto último ocurre cuando, como en el presente caso, el candidato dice “desvincularse” de una sociedad concesionaria constituida por él, que él ha dirigido en varias ocasiones y que es una sociedad que subsiste con una estructura directiva integrada esencialmente por miembros del núcleo familiar del candidato. En tales circunstancias, la situación económica de dicha sociedad (incluida la conservación de las actuales o el acceso a nuevas concesiones del Estado) no podría ser indiferente a quien, de acceder al cargo público pretendido, nombraría al funcionario responsable de controlar a esa misma concesionaria (arts. 4 y 6 letra a) de la Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y de Telecomunicaciones). La persistencia de la situación de conflicto de intereses prohibida por la Constitución es apreciable y por ello debe declararse inconstitucional la resolución del TSE impugnada en este proceso.

3. Finalmente, es necesario aclarar los efectos de esta sentencia. Para ello debe tomarse en cuenta el hecho notorio de que las elecciones a las que se refiere la resolución impugnada ya se realizaron. Además, que tal como consta en el Acta de Escrutinio Final de las elecciones presidenciales realizadas el 2-II-2014 (acta de fecha 6-II-2014) y el Decreto n° 4, de 24-III-2014, en el que se declaran firmes los resultados de la elección del 9-III-2014 (ambos documentos emitidos por el TSE y consultados en la página electrónica de dicha institución: [www.tse.gob.sv](http://www.tse.gob.sv)), el ciudadano Saca González no resultó electo para el cargo al que se inscribió como candidato. En otras palabras, el efecto de la inscripción consistente en habilitar la participación del candidato en las elecciones se ha consumado.

En vista de esa circunstancia, y en ejercicio de la competencia de esta Sala para modular los efectos de sus decisiones, *esta sentencia: (i) no afectará la validez de las elecciones presidenciales realizadas en las dos fechas antes mencionadas (ii) tendrá efectos declarativos, en el sentido de que solo implica el reconocimiento de la violación a la Constitución cometida en la resolución impugnada; (iii) constituirá una prohibición para que el TSE inscriba, en el futuro, una candidatura con un vicio igual o similar al examinado en el presente proceso, ya que dicho tribunal no debería ser sorprendido por cambios artificiales de la*

situación jurídica de quienes pretenden ser candidatos; y (iv) no implica ningún pronunciamiento de esta Sala con relación a lo dispuesto en el art. 208 inc. 1° parte segunda Cn., en cuanto a la integración del Tribunal Supremo Electoral”.  
*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 163-2013, fecha de la resolución: 25/06/2014.*

## PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

VIGENCIA DENOTA EL INTERVALO DE TIEMPO DURANTE EL CUAL ES APLICABLE UNA DISPOSICIÓN JURÍDICA

“1. 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. 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”.

CONCRECIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

“2. 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”.

SUPUESTOS QUE DETERMINAN LA RETROACTIVIDAD DE UNA LEY

“3. 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.*

4. 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 y la sentencia de 29-IV-2011, Inc. 11-2005—”.

#### DISPOSICIONES IMPUGNADAS NO AFECTAN SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS POR TANTO NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

“1. El ciudadano [...] afirma que las disposiciones impugnadas transgreden el principio de irretroactividad de las leyes, pues dejan sin efecto lo establecido en el art. 21 letra b) LCP en lo relativo a los requisitos de los ascensos; es decir, dicha normativa afecta situaciones jurídicas consolidadas, ya que se modifican los requisitos para ascender al nivel ejecutivo de la carrera policial.

2. A. Con base en la argumentación propuesta, al examinar la normativa impugnada se colige que esta —a contrario de lo sostenido por el demandante— no deja sin efecto lo prescrito en el art. 21 letra b) LCP, ya que los requisitos contenidos en esa disposición para ascender al nivel ejecutivo de la carrera policial, se siguen aplicando al personal policial que ingresó a partir de la vigencia de dicha ley.

Los arts. 1 y 5 inc. 2° DL 707/2011 no afectan *situaciones jurídicas consolidadas*, pues de ninguna manera están alterando los requisitos para ascender al nivel ejecutivo de la carrera policía; por el contrario, la normativa impugnada está reafirmado que al personal policial que ingresó hasta la promoción 57 le serán aplicados los requisitos que se encontraban vigentes en el periodo temporal de su iniciación en la carrera policial, es decir, los requisitos que se exigían antes de la entrada en vigencia de la LCP.

B. En función de lo anterior, se advierte que el motivo de inconstitucionalidad por el cual se admitió inicialmente la demanda se encuentra viciado, pues el ac-



tor ha realizado una interpretación errónea del objeto de control, en tanto que le atribuye un contenido normativo que no es derivable de los preceptos normativos objetados”.

#### REFERENCIA QUE HACE UNA LEY A HECHOS PASADOS NO LA CONVIERTE AUTOMÁTICAMENTE EN UNA LEY DE APLICACIÓN RETROACTIVA

“Y es que, tal como se concluye de la jurisprudencia citada, el simple hecho que una ley haga referencia a hechos pasados no la convierte —*automáticamente*— en una ley de aplicación retroactiva. El factor determinante para ello es la aplicación de consecuencias jurídicas del presente a situaciones pasadas.

Por ello, de la misma normativa impugnada se deduce que los requisitos vigentes al momento del ingreso son los que deberán aplicarse en caso de optar al ascenso respectivo.

El decreto que contiene las disposiciones objetadas es de naturaleza *inter-temporal*, pues busca armonizar la sucesión temporal de la normativa relacionada a la carrera policial.

En virtud de lo evidenciado, el análisis de la controversia propuesta revela un obstáculo que imposibilita la continuación del presente proceso constitucional; en consecuencia, el mismo deberá sobreseerse”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 68-2011, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

#### PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

##### JURISPRUDENCIA EMITIDA RESPECTO DE LOS CRITERIOS DE JERARQUÍA Y DE COMPETENCIA

“V. Según el orden arriba propuesto, corresponde abordar la jurisprudencia emitida respecto de los criterios de jerarquía y de competencia, para, a la luz de ellos, establecer la relación que existe entre las disposiciones emitidas por la Asamblea Legislativa y las dictadas por municipalidades, ambas, acerca de las tasas locales.

1. En sentencia de 21-VI-2002, Inc. 3-99, esta Sala determinó que el criterio de *competencia* se verifica a partir de disposiciones constitucionales que señalan el ámbito material sobre el que puede ejercerse una atribución normativa y que, en consecuencia, condicionan la validez de los actos normativos y —derivadamente— la de las disposiciones o normas creadas por ellos.

Se añadió en la reseñada sentencia que existen tres clases de disposiciones de tipo competencial: *las que realizan una distribución material de competencia entre distintas fuentes fijando los límites materiales de cada una de ellas*; las que sustraen una determinada materia a la competencia normativa de una fuente, pero sin señalar cuál es la fuente competente; y las que establecen que ciertas materias solo pueden ser reguladas por una determinada fuente, de forma que ninguna otra fuente puede disciplinarlas.

Por tanto —se anotó en la sentencia precitada—, el criterio en referencia “supone siempre la existencia de una norma superior que circunscribe o limita

la competencia material de una o más fuentes, de manera que el vicio de competencia se produce por la infracción de esa norma superior; es decir que la infracción de la competencia se sustancia en una contradicción entre el contenido de la norma superior que limita la competencia y el acto normativo que infringe esa limitación”.

DISPOSICIONES JURÍDICAS SE CLASIFICAN EN FUNCIÓN DE SU MAYOR O MENOR FUERZA, PREVALECIENDO EN CASO DE CONFLICTO LAS DE MAYOR FUERZA

“2. Por lo que respecta al criterio de *jerarquía*, este tribunal ha indicado — Inc. 3-99, ya apuntada— que las relaciones entre las fuentes se disciplinan en función de su fuerza jurídica, estableciendo una ordenación de las disposiciones creadas por las mismas fuentes.

Así, el aludido criterio se basa en que el ordenamiento asigna a cada forma normativa una fuerza jurídica determinada, la cual puede ser de dos tipos: fuerza activa, que es la capacidad de las disposiciones para intervenir en el ordenamiento creando derecho o modificando el ya existente; y fuerza pasiva, que es la capacidad de las disposiciones o normas producidas por dichos actos para resistir las modificaciones provenientes de las de fuerza jurídica inferior. Es decir que ninguna disposición o norma puede ser modificada por una fuente de fuerza inferior.

En consecuencia —se señaló—, según este criterio, las disposiciones jurídicas se clasifican en función de su mayor o menor fuerza, prevaleciendo en caso de conflicto las que tengan una fuerza mayor. Entonces, *dos disposiciones del mismo grado jerárquico gozan de igual fuerza jurídica*, mientras que dos de distinto grado jerárquico poseen distinta fuerza jurídica: entre más alto grado, más alta será la fuerza normativa activa y pasiva”.

EN MATERIA DE TASAS MUNICIPALES EXISTE UNA COMPETENCIA COMPLEMENTARIA ENTRE MUNICIPALIDADES Y ASAMBLEA LEGISLATIVA

“3. A. Ahora bien, al aplicar los postulados anteriores a la potestad normativa en materia de tasas municipales, se advierte que, en primer lugar, el art. 204 ord. 1° Cn. establece que la autonomía municipal comprende la creación, modificación y supresión de tasas; así, el precepto constitucional instituye una competencia normativa a favor de los municipios en cuanto a la configuración de tasas. Pero además, el citado precepto constitucional determina que esa potestad tributaria municipal estará limitada por lo establecido en una *ley general*; de tal manera, el mismo precepto atribuye al legislador la competencia de instaurar los límites generales de la atribución municipal.

En ese sentido, el art. 204 ord. 1° Cn. *realiza una distribución material de competencia entre distintas fuentes* (potestad tributaria en materia de tasas para una ley general y para una ordenanza) y  *fija los límites materiales de cada una de ellas*. De tal forma, a través de la ordenanza se podrá crear, modificar o suprimir los tributos, esto es, practicar la regulación particular y específica; pero el esquema dentro del cual se ejercerá dicha atribución normativa deberá ser establecido en una ley general.

Entonces, en lo que atañe a las tasas municipales, tienen competencia tanto la Asamblea Legislativa, para establecer los límites generales mediante una ley, como las municipalidades en cuanto a la configuración concreta de dichas tasas. Por tanto, se trata de una competencia complementaria.

B. En ese orden, entre la ley general que establece los límites dentro de los cuales ha de ejercerse la potestad municipal en referencia y las ordenanzas en las que se materialice dicha competencia, existe una relación de complementariedad y subordinación, puesto que la ley general no puede ocuparse de la configuración de los tributos, pues ello le compete a la comuna, sino que ha de limitarse a determinar el esquema básico correspondiente —complementariedad—; pero las ordenanzas que establezcan las tasas locales tampoco pueden soslayar o contrariar dicho esquema —subordinación—, sino que han de ceñirse a él.

C. Ahora bien, como se señaló en el acápite IV de esta sentencia, en virtud del principio de subsidiaridad, si una comuna no ha emitido la normativa municipal en la que configure las tasas locales, es posible que el legislador emita tal normativa, es decir, que configure tasas municipales específicas. Pero tal supuesto no implica la eliminación o mengua de la potestad tributaria municipal, puesto que la intervención de la Asamblea Legislativa es estrictamente subsidiaria, y la competencia normativa municipal ha sido determinada por una norma de igual rango que la que habilita a la Asamblea Legislativa para dictar leyes secundarias.

De tal manera, se insiste, la producción legislativa en materia de tasas municipales concretas tiene lugar únicamente en ausencia de la regulación municipal. Es decir, solo cuando la comuna no haya emitido la ordenanza respectiva es permitido que lo haga la Asamblea Legislativa (Inc. 25-2009, precitada).

Así, la normativa específica a través de la cual la Asamblea Legislativa configura tasas en un municipio concreto —que solo tiene lugar en ausencia de una ordenanza que desarrolle la materia— posee un status distinto del de la ley general a la que alude el art. 204 ord. 1° Cn. En este supuesto —legislación concreta que desarrolla tasas de un municipio específico— no concurren la complementariedad y subordinación mencionada entre la ordenanza y la ley.

Para explicar lo anterior hay que distinguir la ley que da lineamientos generales a todos los municipios para que estos ejerzan su potestad tributaria, respecto de la cual hay complementariedad y subordinación con las respectivas ordenanzas, y aquellas leyes que regulan de manera excepcional y particular el ámbito de las tasas —las cuales están llamadas a regularse por parte de los municipios—.

Así, cuando a través de una ley se establecen tasas y contribuciones especiales a nivel local, la ley funge de manera distinta, pues, pese a haber sido emitida por la Asamblea Legislativa, está supliendo *temporalmente* a una ordenanza en virtud del principio de subsidiaridad; por lo que, a partir de los criterios de competencia y jerarquía, se ubica en el mismo plano normativo que aquella.

Entonces, al ubicarse en el mismo plano horizontal con la ordenanza, cuando esta se dicta y regula los ámbitos para ella designados por la Constitución, *existe un desplazamiento competencial de la ley*, pues el llamado a regular estos tópicos —se insiste—, de conformidad con la Constitución, es el concejo munici-

pal, y no la Asamblea Legislativa, quien únicamente debe establecer *lineamientos generales*; los cuales, a su vez, deben permitir el ejercicio de la autonomía tributaria de los municipios. Y es que, si en estos ámbitos se habilitara al legislador para regular en detalle la cuestión, se esquilmaría la autonomía municipal (Inc. 25-2009).

Por otra parte, en este supuesto, aunque formalmente se trate de una ley, pues ha sido emitida por la Asamblea Legislativa, materialmente posee la misma fuerza —activa y pasiva— de una ordenanza, pues su contenido se corresponde con el de este tipo de instrumentos normativos, en tanto que regula elementos que le competen a los concejos municipales y tiene efectos delimitados territorialmente a la municipalidad respectiva.

Y es que, como se indicó en la sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007, “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”. Aserto que es plenamente aplicable a las ordenanzas, por lo que tal naturaleza se definirá a partir de las características materiales del instrumento normativo del que se trate, y no del sujeto que las haya dictado y tampoco de su denominación.

VI. Efectuadas las consideraciones precedentes y con base en ellas, corresponde establecer si concurre la violación constitucional atribuida al art. 33 del D. M. 29/1992.

Para ello, esta Sala retomará los argumentos de los intervinientes en el presente proceso constitucional, según el orden en que se apuntaron en el considerando I de esta sentencia.

1. A. El peticionario sostuvo que la disposición impugnada quebrantaba el art. 131 ord. 5° Cn., en el sentido de que la reforma y derogación de las leyes secundarias corresponde únicamente a la Asamblea Legislativa; sin embargo, el objeto de control contempla la derogatoria de tasas municipales establecidas en un decreto legislativo, es decir, en una ley.

Respecto de tal argumento, se advierte que el pretensor estima que se ha vulnerado una disposición competencial, en tanto que una autoridad distinta de la Asamblea Legislativa se ha arrogado una competencia exclusiva de aquella —derogar las leyes—.

Ahora bien, como se indicó en el considerando III de esta sentencia, el citado precepto constitucional efectivamente establece una competencia legislativa *general* a favor del aludido ente, que se vincula con el principio de reserva de ley, que en materia tributaria —art. 131 ord. 5° Cn.— garantiza el derecho de propiedad frente a injerencias arbitrarias del poder público y el principio de autoimpedición. Ello, a fin de que los ciudadanos no paguen más contribuciones que las que sus legítimos representantes han consentido; por lo que el reparto de la carga tributaria dependerá de la Asamblea Legislativa, como órgano estatal que, por los principios que rigen su organización y funcionamiento, asegura de mejor manera la conciliación de intereses contrapuestos en dicho reparto.

No obstante lo anterior, también se apuntó en el citado considerando (III), que la intensidad de la intervención legislativa en materia de tributos y la forma

de entender la reserva de ley se ve condicionada *por el tipo de tributo del que se trate*; ya que en el ordenamiento jurídico salvadoreño la reserva de ley tributaria tiene reconocimiento expreso en el art. 131 ord. 6° Cn., pero ese precepto se integra sistemáticamente con el art. 204 ord. 1° Cn., que habilita a los municipios a establecer *tasas y contribuciones especiales*. Por tanto, *la reserva de ley solo afecta a los impuestos nacionales o locales y a las tasas y contribuciones especiales de alcance nacional*.

Así, el legislador deberá regular los impuestos —nacionales y locales— y las tasas y contribuciones especiales a nivel nacional, *más no las tasas y contribuciones especiales municipales*.

Y es que, aunque la Asamblea Legislativa es el ente con capacidad de producción normativa por excelencia, su actuación no puede desconocer el área de reserva de los demás órganos constitucionales, ni soslayar las potestades normativas otorgadas constitucionalmente a otros entes.

Por tanto, ya se estableció que la intervención de la Asamblea Legislativa en materia de tasas municipales se sujeta a lo preceptuado en el art. 204 ord. 1° Cn., el cual establece *la autonomía municipal en la creación, modificación y supresión de dichos tributos*, e indica que dicha autonomía deberá respetar los límites que una *ley general* establezca.

De tal forma, junto a la competencia normativa general del art. 131 ord. 5° Cn. otorgada a la Asamblea Legislativa, se ubica la competencia normativa municipal en materia de tasas, establecida en el art. 204 ord. 1° Cn., que contempla la autonomía municipal respecto de la creación, modificación y supresión de tasas; así, el precepto constitucional en comento instituye una competencia normativa a favor de los municipios en cuanto a la configuración de tasas. Pero además, el citado precepto constitucional determina que esa potestad tributaria municipal estará limitada por lo establecido en una ley general; de tal manera, el mismo precepto atribuye al legislador la competencia de instaurar los límites generales de la atribución municipal.

En ese sentido, ya se estableció (considerando V) que el art. 204 ord. 1° Cn. *realiza una distribución material de competencia entre distintas fuentes (ley general y ordenanza) y fija los límites materiales de cada una de ellas*.

Entonces, en lo que atañe a las tasas municipales, tienen competencia tanto la Asamblea Legislativa, para establecer los límites generales mediante una ley, como las municipalidades, en cuanto a la configuración concreta de dichas tasas.

Por tanto, se trata de una *competencia complementaria* que no fue tomada en consideración por el solicitante.

*B. a.* Por su parte, la autoridad emisora de la disposición impugnada alegó que la ordenanza en referencia se emitió con base en el principio de autonomía municipal y dentro del contexto normativo establecido por la Constitución, el Código Municipal y la Ley General Tributaria Municipal. Indicó también que la Constitución debe interpretarse desde un enfoque sistemático; por lo que los arts. 131 ord. 5° y 204 ords. 1° y 5° Cn. deben analizarse de forma integral, a la luz de los principios de jerarquía o competencia, a fin de no vulnerar el principio de autonomía municipal.

b. Tal argumento es compartido por esta Sala, pues ya se anotó que los preceptos constitucionales referidos deben interpretarse conjuntamente, pues estos establecen las competencias particulares de la Asamblea Legislativa y los concejos municipales en cuanto a la configuración de las tasas locales.

C. Por último, el Fiscal General de la República se refirió a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, en la cual la Constitución está en la cúspide; y era la Constitución la que contemplaba la autonomía municipal. Por tanto, la disposición impugnada no es inconstitucional, ya que los concejos municipales gozan de autonomía para decretar, modificar o derogar tasas por servicios municipales.

Dichos argumentos también han sido abordados por este tribunal a lo largo de la presente sentencia; y sustentan la constitucionalidad del precepto impugnado, en el sentido de que establecen que la creación o modificación de tasas municipales específicas le corresponde a los concejos municipales.

2. Ahora bien, para dirimir conclusivamente si la derogatoria expresa prevista en el art. 33 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales del Municipio de Ahuachapán vulnera o no lo establecido en el art. 131 ord. 5° Cn., basta retomar las consideraciones formuladas en el considerando V de esta sentencia, donde se consignó que la Asamblea Legislativa debe regular el esquema general de las tasas municipales, pero de forma que no impida a las municipalidades el establecimiento de tales tributos por sí mismas, pues si así fuera, se esquilmaría la potestad tributaria municipal concernirla.

Asimismo, de conformidad con el principio de subsidiaridad, la Asamblea Legislativa —o quien funja en calidad de legislador formal, como lo fue la Junta Revolucionaria de Gobierno que emitió el decreto al que se refiere el precepto impugnado— no debe regular en detalle lo relacionado con las tasas de un municipio específico, pero sí podría emitir una normativa transitoria que desarrolle detallada y específica tasas de algún municipio concreto, cuando la comuna respectiva no lo haya hecho por sí misma.

En ese sentido, esa normativa particular se ubica en el mismo plano horizontal con la ordenanza, por lo cual, cuando esta se dicta y regula los ámbitos para ella designados por la Constitución, *existe un desplazamiento competencial de la ley*, pues esta ya no tendrá aplicabilidad. Ello, en tanto que el designado constitucionalmente para regular estos tópicos es el concejo municipal, y no la Asamblea Legislativa —o para el caso concreto, una Junta Revolucionaria de Gobierno—, quien únicamente debe establecer *lineamientos generales*, los cuales, a su vez, deben permitir el ejercicio de la autonomía tributaria de los municipios.

Y es que —se insiste—, si en materia de tasas municipales se habilitara al legislador formal para regular en detalle la cuestión, se incidiría en la autonomía municipal.

En conclusión, en el caso concreto, por las razones expuestas a lo largo de esta sentencia, el precepto municipal impugnado sí podía establecer expresamente que dejaba sin efectos los preceptos legales referidos a tasas municipales previstos en un decreto legislativo —aunque el término “deróganse” sea inapropiado técnicamente—, sin que ello vulnere lo establecido en el art. 131 ord. 5° Cn., en tanto que la labor normativa del municipio se fundamenta en una

competencia directamente atribuida por la Constitución (art. 204 ord. 1°), que no controvierte la competencia legislativa general encomendada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 ord. 5° Cn.; debiendo por tanto desestimarse la inconstitucionalidad planteada.

Sin embargo, consignar en la ordenanza que se derogaba un Decreto de una Junta Revolucionaria de Gobierno, resultaba innecesario e inapropiado formalmente, pero ello materialmente no supone un contraste normativo con el art. 131 ord. 5° Cn., puesto que la municipalidad concernida está habilitada para establecer tasas municipales, cuyo establecimiento deja sin efectos normativos las tasas locales específicas configuradas por la Asamblea Legislativa”.

EMISIÓN DEL FALLO NO CONSTITUYE UNA HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PARA QUE A TRAVÉS DE UNA ORDENANZA SE DEJE SIN EFECTO NORMATIVO ALGÚN PRECEPTO DE LA LEY GENERAL, A LA QUE ALUDE EL ART. 204 ORDINAL 1° DE LA CONSTITUCIÓN

“De manera que la inclusión de la cláusula derogatoria, si bien puede revelar una inapropiada técnica legislativa, normativamente no provoca una inconstitucionalidad.

3. Establecido lo anterior, es oportuno aclarar que lo arriba apuntado no debe interpretarse como el reconocimiento de una habilitación constitucional para que a través de una ordenanza se deje sin efecto normativo algún precepto de la ley general a la que alude el art. 204 ord. 1° Cn. —para el caso, LGTM—, o de cualquier otra ley, sino que la posibilidad de desplazar a un precepto normativo con rango de ley verificada en el presente proceso únicamente puede ocurrir cuando acaecen las circunstancias concurrentes en este caso concreto; es decir, que se trate de una ley de tasas municipales que, no obstante la dicte el legislador formal —la Asamblea Legislativa—, tenga una limitada validez territorial, circunscrita únicamente al municipio específico, y que, además, configure tasas o contribuciones especiales a nivel local”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 87-2010, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

## PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

LEGISLADOR DEBE RESPETARLO AL CONFIGURAR O LIMITAR UN DERECHO FUNDAMENTAL

“III. 1. Como expuso este Tribunal en la Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 57-2005, es menester recordar que el legislador tiene una doble función en cuanto a los derechos fundamentales; por un lado, la función de configuración, que opera ante la ausencia o insuficiencia de desarrollo constitucional para dotar al derecho del contenido material en sus elementos configuradores —titulares, destinatarios y objeto de protección material en función del supuesto de hecho y bien jurídico regulado—, así como en su ejercicio y garantía materiales; y, por otro lado, la función de limitación o intervención de los mismos, que implica un acto normativo

que modifica alguno de sus elementos configuradores, ya sea en cuanto a los sujetos del mismo —titulares o destinatarios—, su ámbito de protección material —el objeto en función del supuesto de hecho, del bien jurídico regulado y el sector material que se protege físico o ideal— y la justificación a los límites —si los hay—.

Ahora bien, las limitaciones a un derecho fundamental que se establezcan mediante ley formal deben: (i) ser establecidas atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; (ii) respetar la proporcionalidad; y (iii) no alterar su contenido esencial —art. 246 inc. 1° Cn.—.

(i) En atención a lo anterior, es menester mencionar que aunque la Constitución no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador para limitar a los derechos fundamentales, este Tribunal en la Sentencia de 14-II-95, Inc. 17-95, afirmó que las restricciones formuladas por el legislador a los derechos fundamentales sólo pueden imponerse para asegurar la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Empero, reconociendo que no puede exigirse al legislador que cada uno de sus productos normativos esté orientado específicamente a la satisfacción de alguno de esos valores, puede afirmarse que los márgenes estructurales de acción en que se enmarca su actividad le permite perseguir cualquier fin legítimo que no esté proscrito en la Ley Suprema o que no sea manifiestamente incongruente con su fundamento filosófico.

(ii) De igual forma, reiterando lo expuesto en la Inc. 57-2005, las limitaciones a los derechos fundamentales deben respetar el *principio de proporcionalidad*, lo que implica el alejamiento de la arbitrariedad y el acercamiento a la justicia, prohibiendo todo tipo de intromisión en el ejercicio de los derechos fundamentales que no tenga justificación alguna, basándose en el respeto y la debida ponderación de tales derechos y el carácter vinculante de su contenido axiológico.

La proporcionalidad conlleva las exigencias de la *idoneidad* de las medidas restrictivas, con relación al logro del fin legítimo propuesto; la *necesidad* de dicha restricción, en el sentido de que entre varias medidas adecuadas para conseguir la misma finalidad, el legislador haya seleccionado la menos gravosa para el derecho correspondiente; y la *proporcionalidad en sentido estricto*, entre la interferencia al derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación o restricción.

(iii) Finalmente, como se reiteró en la Sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007, los límites o restricciones que se realicen por ley, además de orientarse a un fin constitucionalmente legítimo y ser razonables, deben *respetar el contenido esencial* del derecho —el límite de los límites—; es decir, las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, sin las cuales se desnaturalizarían sus elementos configuradores. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, que lo dificultan más allá de lo razonable o que lo despojan de la necesaria protección”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 42-2012AC, fecha de la resolución: 23/12/2014.*



## PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD VÍA REMISIÓN DE INAPLICABILIDAD

### TRÁMITE DEL PROCESO NO INTERFIERE CON LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN INAPLICADA

“2. Así, el proceso de inconstitucionalidad iniciado por la remisión de una certificación de la declaratoria de inaplicabilidad no se convierte en un recurso o procedimiento de revisión de la resolución suscrita por el juez o tribunal que ejerció el control difuso de constitucionalidad.

En ese sentido, el trámite de los procesos de inconstitucionalidad iniciados por la remisión en cuestión no interfiere con los efectos de la resolución de inaplicación —reconocidos en el art. 77-D L.Pr.Cn.—. Asimismo, los pronunciamientos de esta Sala se verifican con independencia total de las consideraciones de los tribunales requirentes en relación con los procesos concretos. Por tanto, *los requerimientos que los mencionados operadores jurídicos hacen a esta Sala representan únicamente el cauce de conexión entre el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad de las leyes.*

En definitiva, los casos concretos son independientes de los procesos de inconstitucionalidad y, por tanto, los medios impugnativos que pudieran interponerse en contra de las resoluciones emitidas en sede ordinaria siguen siendo viables, cumplidos que fueran los presupuestos legales para tal efecto”.

### COMPETENCIA DE LA SALA DE CONTROLAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS SUBJETIVOS PÚBLICOS RELEVANTES

“II. 1. Previo a analizar el grado de cumplimiento de los requisitos legales para conocer del requerimiento judicial del presente proceso, esta Sala considera indispensable realizar algunas aproximaciones:

A. Tal como se dijo en la resolución 25-VI-2012, Inc. 19-2012, 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.

Es por ello que la ley —art. 77-A LPrCn.— contempló la posibilidad de la declaratoria de inaplicabilidad de una disposición legal o acto jurídico público o privado lesivo de las disposiciones constitucionales, tanto al emitir sentencia definitiva como al proveer una sentencia interlocutoria.

En consecuencia, de conformidad con el art. 77-A inc. 2° LPrCn., pueden 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—.

Ahora bien, los actos subjetivos públicos se han conceptualizado en reiterada jurisprudencia —v. gr. sentencia 14-X-2013, Inc. 77-2013— como los actos que crean o modifican situaciones jurídicas particulares y concretas, produciendo efectos individualmente considerados.

En virtud de lo anterior, si los actos subjetivos se encuentran viciados en su forma o en su contenido, son susceptibles de ser enjuiciados por el órgano jurisdiccional competente y ser declarados inaplicables, especialmente, cuando la autoridad o particular que los emitió ha infringido algún precepto, principio o garantía constitucional o ha vulnerado derechos fundamentales.

B. Aclarado el punto anterior, corresponde verificar si la declaratoria de inaplicabilidad remitida en esta ocasión reúne los *presupuestos mínimos* —prescritos en los arts. 77-A al 77-C LPrCn.— para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad.

a. La relación directa y principal de la disposición o acto inaplicado con la resolución del caso. Sobre este aspecto, corresponde a la Jueza requirente hacer el juicio de relevancia, el cual, en principio, debe ser respetado por esta Sala, salvo los supuestos de evidente falta de relación con el caso —sentencia del 5-XII-2006, Inc. 21-2006, Considerando III 1—, en ese contexto, se puede denotar que la negativa de la Procuradora General de la República de asignar a un agente auxiliar de dicha institución para ejercer el cargo de curador ad-litem del demandado, porque existe una disposición legal que lo prohíbe expresamente, constituye un impedimento que no permite a la Jueza requirente sustanciar el proceso judicial correspondiente.

Empero, de las argumentaciones expresadas por la Jueza (2) del Juzgado Tercero de Menor Cuantía de San Salvador, se infiere que la inaplicabilidad cuestiona que la Procuradora General de la República no realizó una interpretación conforme o en su caso una aplicación directa de la Constitución, ya que existía el margen para hacerlo.

b. Asimismo, la Jueza requirente precisó cuáles podrían ser las posibles consecuencias negativas a los derechos fundamentales del demandado, derivadas de no realizar —en el acto subjetivo público inaplicado— una interpretación conforme al art. 194 romano II ord. 2° Cn. del art. 97 LOPGR., calificando la decisión de la Procuradora General de la República, como una “erronea interpretación” de la disposición legal en comento”.

SIN LUGAR EL INICIO DEL PROCESO DE AQUELLOS ACTOS SUBJETIVOS PÚBLICOS, QUE TENGAN COMO PARÁMETRO DE CONTROL UNA DISPOSICIÓN INFRACONSTITUCIONAL

“2. Sobre el tema, existe una línea jurisprudencial desarrollada por este Tribunal, respecto a la *regularidad jurídica de los actos subjetivos públicos* —resoluciones del 3-II-2010, 25-VI-2012, 5-VI-2012, 10-VII-2012, 23-I-2013, 14-X-2013, 17-V-2013, 13-VI-2014, Amp. 288-2008, e Incs. 19-2012, 23-2012, 29-2012, 49-2011, 77-2013, 36-2012, 18-2014, respectivamente—, que constituyen la evolución de los argumentos expuestos en las resoluciones de 9-I-2001 y de 11-II-2004, Mes. 1-2001 y 2-2004; respectivamente, este Tribunal sostuvo que *para*

*determinar si existe violación a una disposición constitucional, es inadecuado exponer la contradicción internormativa a partir de un artículo infraconstitucional, pues, de aceptarse tal razonamiento, tendría que reconocerse también que este sería la única o correcta manera de desarrollar el contenido de la Ley Suprema, conclusión inaceptable a partir de la idea de una comunidad abierta de intérpretes de la Constitución.*

A partir de la caracterización antes apuntada, este Tribunal considera que el control difuso de constitucionalidad debe recaer sobre actos subjetivos públicos o privados, que sean el resultado de la aplicación directa de la Constitución, los cuales, vulneren directa o indirectamente los contenidos normativos de la Ley Suprema —v.gr. la elección de funcionarios de segundo grado o el otorgamiento de una convención o declaración unilateral de voluntad, cuyo objeto o causa derivan de la Constitución de la República—.

En consecuencia, puede afirmarse que —en abstracto— existe un defecto absoluto en la facultad de juzgar de esta Sala, por ejemplo, cuando el peticionario omite señalar la norma que constituirá el objeto o el parámetro del control, pues en tal caso el fundamento de la pretensión de inconstitucionalidad estaría incompleto; o cuando la contradicción con la Constitución pretende fundarse a partir de la infracción o errónea interpretación de la legislación infraconstitucional, pues, en tal caso, tendría que admitirse que cualquier vulneración a la ley entrañaría la transgresión a la Constitución, lo cual sería —prima facie— una conclusión inaceptable”.

#### INVIABLE INICIAR EL PROCESO DE ACTOS SUBJETIVOS PÚBLICOS QUE SE FUNDAMENTAN EN DISPOSICIONES INFRACONSTITUCIONALES

“Por lo antes expuesto, es necesario realizar una precisión: el acto subjetivo público sugerido como objeto de control constitucional, es una derivación material y jurídica de la aplicación de la normativa orgánica de la Procuraduría General de la República y no un acto de aplicación directa de la Constitución de la República, en consecuencia, esta Sala considera que es inviable iniciar un proceso de inconstitucionalidad de aquellos actos subjetivos públicos que se fundamenta en las disposiciones infraconstitucionales, ya que de hacerlo, la jurisdicción constitucional conocería de la legalidad de los actos jurídicos públicos o privados, los cuales se encuentran exentos —por regla general— del control concentrado de constitucionalidad.

De conocerse un contraste internormativo como el ahora planteado —en el que por vía indirecta pretende justificarse la violación a la Constitución, por la infracción a una disposición legal—, este Tribunal se autoatribuiría la facultad de fiscalizar mediante la inconstitucionalidad el cumplimiento de ciertos requisitos que determinados actos jurídicos requieren para su validez legal, situación que lo convertiría en una especie de “*guardián de la legalidad*” y no de “*guardián de la constitucionalidad*”, que es la función natural de esta Sala —Improcedencia de 21-IX-2012, Inc. 36-2012—.

En conclusión, por las razones antes expuestas, este tribunal considera que la funcionaria judicial requirente incumple el requisito establecido en el art.77-A LPrCn.

Conviene, entonces, declarar sin lugar el requerimiento remitido a este Tribunal”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 58-2014, fecha de la resolución: 17/10/2014.*

## RESERVA DE LEY

### JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

“1. Sobre el principio de reserva de ley, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —verbigracia, en sentencia de 25-VI-2009, Inc. 26-2008— que significa que la regulación de un conjunto de materias, por así establecerlo la Constitución, le corresponden exclusivamente a la Asamblea Legislativa.

En este contexto —se añadió en la reseñada jurisprudencia—, la “reserva de ley” 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. Los cuales, sin embargo, no han sido enumerados por la Constitución. Y tampoco puede entenderse que cada vez que el constituyente utiliza el vocablo “ley”, mande 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.

De tal forma, esta Sala ha interpretado que en los casos en que el constituyente utiliza el término “ley”, será preciso que este tribunal dilucide si se trata de un caso implícito de reserva de ley, o si la materia respectiva puede ser regulada por cualquier órgano o ente público con potestad normativa”.

### RESERVA DE LEY ABSOLUTA Y RELATIVA

“2. A. Respecto de lo anterior, en la sentencia de 15-III-2002, Inc. 30-96, este tribunal perfiló algunos criterios para determinar si una materia se encuentra sujeta a reserva legal.

Primeramente, se expresó que dicha determinación depende, en buena medida, de la claridad con que se haya expresado el constituyente al respecto, pero que tanto de la doctrina constitucional como de la administrativa, podían extraerse coincidencias respecto de las materias sometidas a reserva, para establecer en abstracto las ideas rectoras del tema.

Seguidamente, se enfatizó que 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.

B. Entonces, cuando, a luz de la Constitución, se identifica una materia reservada a la ley, debe analizarse si se trata de una reserva de ley “absoluta” o una “reserva relativa”.

La primera —reserva absoluta— implica que la ley en sentido formal regula por sí misma toda la materia reservada, de tal suerte que se excluye completamente la acción normativa del Ejecutivo y los entes autónomos.

En cambio, la segunda —reserva relativa— implica que la ley en sentido formal no prohíbe totalmente el acceso de otras potestades normativas, sino que admite su colaboración. Entonces, la ley se limita a establecer lo básico de la materia, remitiendo sus aspectos complementarios a otras fuentes del Derecho inferiores, aunque la ley debe establecer los criterios y directrices de la regulación subordinada, así como una delimitación precisa de su ámbito. Es decir, la norma remitente renuncia deliberadamente a agotar toda la regulación y, consciente de ello, llama a otra norma para que la complete.

3. En lo que respecta a la limitación de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha determinado que opera la reserva de ley relativa —Inc. 26-2008, precitada—. De manera que se admite la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas de rango inferior —reglamentos y ordenanzas—, *pero se excluye que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. En otras palabras, se prohíbe la deslegalización de la materia reservada a ley; por tanto, la norma puede realizar solamente una ordenación complementaria y subalterna de la materia reservada.*

En ese sentido —se ha indicado en la reseñada jurisprudencia—, la disposición remitente debe cumplir los siguientes requisitos: (i) una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva; (ii) la determinación de unas instrucciones, criterios o bases que, sin llegar a suponer una regulación agotada, resulten lo suficientemente expresivos como para que, a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la normativa; (iii) una habilitación —expresa o tácita— a una norma inferior a la ley para que efectúe una regulación de la materia, que, sin esta habilitación, resultaría inconstitucional, y cuya realización no ha de exceder las instrucciones legales”.

#### REGULACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL Y SU DIFERENCIA CON LA LIMITACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

“4. A. Dicho lo anterior, es de recalcar que la reserva de ley relativa en materia de limitación de derechos fundamentales pretende que la producción jurídica sobre estos respete el marco de protección que los derechos y deberes fijados y garantizados por la propia ley. Así, la persona debe estar en condiciones de conocer cuáles son sus facultades y sus obligaciones en las materias reservadas a ley, con el mero análisis de los textos legales. La consulta de las normas inferiores debe servir, por tanto, únicamente para conocer el modo en que puede ejercitar esas facultades y cumplir sus obligaciones.

B. Ahora bien, es preciso establecer que lo vedado constitucionalmente es la limitación de derechos fundamentales por normas que no hayan sido establecidas a través de una ley formal, mas no la mera regulación de estos.

Debiendo entenderse que “regular un derecho fundamental” —o configurarlo— es dotarlo de contenido material —a partir de la insuficiencia del que la Constitución le otorga—, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establecen sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, la organización y procedimientos que son necesarios para hacerlos efectivos y sus garan-

tías; diferenciándose de la “limitación de un derecho fundamental”, que implica la modificación de su objeto o sujetos —elementos esenciales del derecho fundamental—, de forma que conlleva una obstaculización o impedimento para el ejercicio de tal derecho, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional —sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-92—. Actividad reservada para la intervención legislativa”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 79-2010, fecha de la resolución: 22/09/2014.*

#### TÉCNICA EN FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO, PLURALISTA Y DE PUBLICIDAD

“IV. La reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas que exige que ciertas materias sean reguladas solo por el Legislativo, como garantía de la institución parlamentaria frente a otros órganos constitucionales con potestades normativas y frente a sí misma (sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98). Esta técnica está en función de los principios democrático y pluralista (art. 85 Cn.) y del principio de publicidad (sentencia de 6-IX-2001, Inc. 27-99), que exigen, los primeros, que la diversidad política (incluidas las minorías parlamentarias) tengan la oportunidad de discutir y deliberar sobre asuntos de interés colectivo y, el segundo, que se obtenga el mayor nivel posible de divulgación de las actuaciones legislativas. Dicho en otros términos: la reserva de ley garantiza que la regulación normativa de materias específicas se haga por el Pleno de la Asamblea Legislativa, que posee legitimación democrática directa, para asegurar que la adopción de sus actos tenga un forzoso debate público previo, en el que los diputados de las diferentes ideologías políticas tengan la oportunidad de intervenir”.

#### LA CONSTITUCIÓN NO ESTABLECE CON CLARIDAD QUÉ MATERIAS ESTÁN RESERVADAS A LA LEY FORMAL

“Nuestro ordenamiento jurídico confiere a varios órganos estatales la competencia para producir fuentes del Derecho, tales como leyes, reglamentos y ordenanzas municipales (arts. 131 ord. 5°, 168 ord. 14° y 204 ord. 5° Cn.). Existen varios de centros de producción normativa. A pesar de esta circunstancia, la Constitución no establece con claridad qué materias están reservadas a la ley formal. Ninguna de sus disposiciones indica o enumera de modo específico “cuál es el dominio natural de la potestad normativa de la Asamblea Legislativa”. Lo que sí estatuyen algunos preceptos constitucionales es que varias materias serán objeto de una “ley especial” o serán reguladas por “ley”.

El vocablo “ley” en estos contextos es un concepto que presenta ambigüedad, de modo que no siempre debe ser interpretado como “ley formal” y, por ello, como alusivo a “reserva de ley”. La misma jurisprudencia constitucional ha determinado que “... el vocablo ‘ley’ es utilizado en innumerables disposiciones constitucionales y no siempre en el mismo sentido, por lo que no puede concluirse que cada vez que la Constitución utiliza el término ‘ley’ se está refiriendo a los

decretos de contenido general emanados de la Asamblea Legislativa” (sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97). Y el argumento explicitado en apoyo de esta tesis es que “... entender que la ley en sentido formal es la única fuente de regulación de todos los ámbitos de la vida normada, implica exigir una profusión legislativa que va en detrimento de las potestades normativas que la misma Constitución reconoce a otros órganos estatales o entes públicos” (sentencia de 14-XII-2004, Inc. 17-2003)”.

LA JURISPRUDENCIA DE ESTA SALA HA DETERMINADO EN QUÉ CASOS DEBE ENTENDERSE QUE EXISTE RESERVA DE LEY

“Por supuesto, esta problemática no ha quedado irresoluble. La jurisprudencia de esta Sala ha determinado en qué casos debe entenderse que existe reserva de ley. El supuesto, por antonomasia, es la “reserva de ley expresa”, que se produce solo si la Constitución ordena explícitamente que algunas materias sean reguladas por “decreto legislativo”, debiéndose entender por tal todo acto normativo emitido por la Asamblea Legislativa (ej. art. 148 inc. 3° Cn.). Pero en aquellos otros supuestos en los que la Ley Suprema estatuya los términos “ley” o “ley especial”, o cuando nada se establezca al respecto, este Tribunal será el que fije con precisión, caso a caso, qué ámbitos de la realidad normada están sometidos a reserva de ley, así como en cuáles otros esta será relativa o absoluta (sentencia de Inc. 17-2003, ya citada).

La reserva de ley no tiene un único objeto. Los ámbitos a los que puede referirse son heterogéneos. Como ejemplo de la clase de acciones o estado de cosas que están sometidos a ley formal están la restricción de derechos fundamentales o constitucionales; la creación de impuestos; la tipificación de los delitos, infracciones y sanciones; y la creación de supuestos de expropiación. *También hay clases de materias que ineludiblemente requieren de actuación legislativa dadas su importancia y características* (sentencia de inc. 17-2003, ya mencionada)”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 43-2013, fecha de la resolución: 22/08/2014.*

## SEGURIDAD CIUDADANA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos utiliza el concepto de “seguridad ciudadana” para referirse a la protección, en los regímenes democráticos, “frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas” y, basándose en un estudio de Naciones Unidas, la define como: “la situación social en la que todas las personas pueden gozar libremente de sus derechos fundamentales, a la vez que las instituciones públicas tienen la suficiente capacidad, en el marco de un Estado de Derecho, para garantizar su ejercicio y para responder con eficacia cuando estos son vulnerados” (*Informe sobre seguridad ciudadana y*

*derechos humanos*, de 31-XII-2009, párrafo 22). Es claro que estas definiciones se refieren a situaciones deseadas, a las que las sociedades se dirigen en forma progresiva y que, además, contribuyen a precisar el tipo de amenazas propias de la seguridad pública, frente a las que ocupan a la defensa nacional.

Estas distinciones tienen consecuencias prácticas ineludibles sobre el respectivo tipo de “medios” que pueden ser utilizados para repeler dichas amenazas. De acuerdo con esta idea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que: “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de los disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales.” (*Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Sentencia de 5-VI-2006, párrafo 78). En efecto, la intervención de la institución castrense implica un incremento de la fuerza pública, como “medio”, pues los militares patrullan con su equipo de servicio; con su bagaje de habilidades de reacción ante una amenaza; y con la disposición de utilizar ambos, cuando lo consideren necesario. *El riesgo de un exceso contra los derechos fundamentales es, por tanto, objetivo, y por ello el recurso a la Fuerza Armada debe ser excepcional y limitado a lo estrictamente necesario*”.

#### EXCEPCIONALIDAD E INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DE LA FUERZA ARMADA

“IV. El art. 168 ord. 12° Cn. regula la posibilidad de que el Presidente de la República ordene o asigne a la Fuerza Armada esa misión excepcional: la colaboración en el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública. En el contenido de esta disposición pueden distinguirse tres elementos: (1) la condición o el supuesto normativo para ordenar la misión excepcional; (2) los requisitos de la actuación o forma de cumplimiento del encargo; y, por último, (3) los medios específicos de control político sobre el desempeño de la misión. La consideración integral de la disposición es necesaria para evitar que la interpretación aislada de una finalidad tan amplia como la antes mencionada, que puede buscarse de múltiples maneras o por diversos medios, habilite un uso de la institución militar que deje de ser excepcional o que convierta la excepción en la regla general, dejando sin efecto las exigencias del art. 168 ord. 12° Cn.

1. A. En este sentido, se debe observar que dicho precepto constitucional sujeta el apoyo de la Fuerza Armada “a la medida de lo estrictamente necesario para el restablecimiento del orden”, de modo que este medio específico (“el restablecimiento del orden”) es el que debe justificar la función extraordinaria en mención, y no cualquier otro de los muchos posibles para lograr el cumplimiento de la finalidad invocada. En otras palabras, el art. 168 ord. 12° Cn. establece, como un supuesto normativo compuesto, que el Presidente de la República puede disponer de la Fuerza Armada para “el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública” (condición teleológica o finalística), solo “si se han agotado los medios ordinarios” (condición de subsidiariedad) y únicamente cuando dicha intervención sea estrictamente necesaria “para el restablecimiento del orden” (condición material o sustantiva de la misión constitucional).



Sobre esto último debe advertirse una implicación lógica evidente: solo puede “restablecerse” lo que antes haya sido trastornado, dañado, perturbado o interrumpido, de modo que el supuesto normativo para habilitar la misión excepcional es una situación fáctica determinada, que constituya objetivamente una ruptura (daño, quebranto o perturbación) del orden que debe ser recuperado. También hay que notar que, por la clase de medio que se utilizaría para restablecer ese estado de cosas —el uso extraordinario de la fuerza militar, como la expresión más intensa del poder de coerción física del Estado—, la alteración del orden público que habilite esa medida solo puede ser una situación que exija, como respuesta idónea, el empleo de la fuerza. Asimismo, se aclara que el orden que debe ser restablecido solo puede ser el estado social de cosas derivado del mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública.

B. El segundo aspecto del supuesto normativo de la misión excepcional es que para el control de la situación antes mencionada se hayan agotado los medios ordinarios dirigidos al logro de la finalidad indicada, de modo que se recurra a una intervención militar solo de manera *subsidiaria o complementaria*. Esto es, que efectivamente se hayan utilizado las opciones o alternativas de solución derivadas del ejercicio regular o normal de las competencias que la Constitución establece respecto a esas eventualidades, en particular, pero no exclusivamente, las reconocidas en los arts. 159 inc. 3° y 168 ord. 17° Cn., que se refieren a las atribuciones de la Policía Nacional Civil. Hay que observar que los dos componentes de la excepcionalidad (necesidad de restablecimiento del orden y subsidiariedad) corresponden a circunstancias fácticas que deben verificarse en la realidad y cuya existencia, por tanto, *debe ser justificada*, como presupuesto para adoptar esa medida. Esto implica la obligación de manifestar las razones para aceptar la veracidad de la existencia de tales circunstancias”.

#### DIFERENCIA ENTRE MISIÓN EXCEPCIONAL DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE Y EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

“C. La misión excepcional de la Fuerza Armada prevista en el art. 168 ord. 12° Cn. de ningún modo predetermina o implica la ocurrencia del régimen de excepción a que se refieren los arts. 29, 30 y 31 Cn. *La intervención extraordinaria de militares en tareas de seguridad ciudadana solo significa un necesario, pero siempre limitado, incremento en el uso de la fuerza pública para el control de una situación particularmente grave e insuperable por los medios legales normales u ordinarios, pero bajo ninguna circunstancia comprende la suspensión de garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos.* Dicha suspensión es un medio de control estatal extraordinario y excepcional, mucho más grave e intenso, solo explicable por la mayor gravedad de la situación que origina el régimen de excepción o su relación más directa con la propia subsistencia del Estado constitucional.

Se trata de dos instrumentos distintos de protección extraordinaria del Estado, tanto por su grado de intensidad en relación con los principios y derechos constitucionales, como por el tipo de medidas que comprenden. Aunque no

pueda descartarse la posibilidad de una situación fáctica que justifique la aplicación simultánea de ambos instrumentos, la regulación constitucional de los requisitos, presupuestos o condiciones para cada uno de ellos, exige una decisión específica, respetuosa del correspondiente régimen de aplicación de cada medida. De este modo, *no existe una correlación automática entre la misión excepcional de la institución castrense y el régimen de excepción constitucional, sino que cada una de estas alternativas estatales de control debe ser justificada específicamente, tomando en cuenta la particular gravedad de cada medio, en relación con la necesidad estricta, objetiva y verificable de su utilización*".

#### REQUISITOS DE ACTUACIÓN O FORMA DE CUMPLIMIENTO EXIGIDO POR LA CONSTITUCIÓN EN CASOS DE MISIÓN EXCEPCIONAL

"2. El art. 168 ord. 12° Cn. también establece los *requisitos de la actuación o forma de cumplimiento del mandato*. Estos son la temporalidad y la adecuación cualitativa de la intervención al tipo de problema que será enfrentado. Sobre el primero, hay que partir de que una misión excepcional es por definición transitoria, provisional o temporal, lo que significa una determinación expresa del plazo razonable que se estima necesario para el cumplimiento de la misión. En principio, este requisito exige la definición de un término real y efectivo, pues sin éste, la medida se podría transformar en una excepción permanente o, por lo menos, de prolongación excesiva o indefinida en el transcurso del tiempo. Sin embargo, la fórmula que expresa que dicha medida "cesará tan pronto se haya alcanzado [el] cometido" establece un *principio de variabilidad de las circunstancias*, de acuerdo con el cual, la misión terminará cuando deje de ser estrictamente necesaria, aunque el plazo se haya agotado. En otras palabras, la consecución del fin inmediato (el restablecimiento del orden) puede tener un peso decisivo frente a una dilación imponderable o inevitable del tiempo estimado al principio, habilitando, en consecuencia, la posibilidad de su prórroga, sin que ello implique o se traduzca necesariamente en un acto inconstitucional.

En relación con la segunda condición de desempeño de la institución castrense, la Constitución determina que "se limitará [...] a la medida de lo estrictamente necesario para el restablecimiento del orden" (art. 168 ord. 12° Cn.). Esta fórmula es particularmente expresiva de la precaución con la que el Constituyente ha admitido la medida examinada, y la referencia constitucional a la "*medida*" o *límite "de lo estrictamente necesario"*, debe ser entendida como exigencia de moderación, proporcionalidad o correspondencia entre la situación que debe ser controlada y la respuesta institucional complementaria de la Fuerza Armada. En otras palabras, el requisito en mención puede funcionar como parámetro de control para verificar que las actuaciones concretas en cumplimiento de la misión excepcional referida, observen las condiciones de idoneidad, menor gravedad posible y beneficio objetivo de las formas de colaboración militar que serán aplicadas. Sin embargo, la determinación abstracta de la función encomendada también debe indicar o demostrar ese carácter moderado o restringido de la intervención ordenada".

NECESARIO CONTROL POLÍTICO ESPECÍFICO, INMEDIATO, SIMULTÁNEO E INTENSO POR PARTE DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA, EN CASOS DE MISIÓN EXCEPCIONAL ENCOMENDADA A LA INSTITUCIÓN MILITAR

“3. El elemento final de los que delimitan la misión excepcional de la institución militar es el establecimiento de *un control político específico, inmediato, simultáneo e intenso por parte de la Asamblea Legislativa*. En efecto, la Asamblea debe “manten[erse] informada sobre tales actuaciones” y puede “en cualquier momento, disponer el cese de tales medidas excepcionales” (art. 168 ord. 12° Cn.) En concordancia con los requisitos antes mencionados, la Constitución establece ciertas condiciones adicionales, dirigidas a permitir un debate pluralista y público sobre una medida que, por su impacto en la orientación política de la represión de la violencia, no debe mantenerse como una decisión unilateral del Presidente de la República. El considerable poder de elevar el uso de la fuerza, legítimamente reconocido a dicho funcionario, es así equilibrado mediante una capacidad de intervención correctiva del órgano de representación democrática.

La viabilidad del control político de la Asamblea Legislativa implica que el Presidente de la República debe comunicarle directa y formalmente su decisión, indicando los medios y las oportunidades de información sucesivas, a fin de garantizar que ella disponga, en todo momento, de los elementos necesarios para evaluar la continuación o el cese de dicha medida. Como es lógico, el deber del Presidente de la República no se extiende a la comunicación de datos operativos de planes o acciones cuya eficacia dependa de su reserva, pero sí a medios, recursos públicos invertidos, garantías de protección de derechos, beneficios colectivos o resultados previstos u obtenidos, y los indicadores para determinarlos, así como cualquier otra información que facilite una evaluación legislativa y ciudadana sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida. En su caso, de ser necesario, el Órgano Legislativo puede requerir por sí mismo la información relevante para el cumplimiento de su potestad constitucional en esta materia.

1. En principio debe aclararse que las consideraciones ya realizadas, sobre el papel constitucional de la Fuerza Armada y el alcance de su misión excepcional en el mantenimiento de la paz interna, descartan el planteamiento esencial de la demanda. En esta se sostuvo que el presupuesto para la intervención de la institución militar en labores de seguridad pública es “que la policía esté imposibilitada [que] ya no pueda”, “que haga imposible su desempeño” y que “haya llegado a su límite máximo de operaciones y sea incapaz de cumplir con su obligación [...] de proporcionar seguridad pública”. Dicho planteamiento es inaceptable y, tal como lo indica en su informe, “el Presidente de la República no está obligado necesariamente a esperar hasta que la situación desborde por completo el aparato estatal”, pues los requisitos establecidos en el art. 168 ord. 12° Cn. de ningún modo obligan a una actuación que por su retardo o demora pueda resultar ineficaz.

A. Más bien, como se dijo en el considerando anterior, *la excepcionalidad* de la misión de mantenimiento de la paz interna, atribuida a la Fuerza Armada, depende de la *estricta necesidad* de restablecimiento del orden público, es decir, de la existencia de una situación concreta que altere, o amenace con alterar, ese

estado de cosas en que la ausencia de conflictos graves, en la estructura organizada de una sociedad, propicia una convivencia estable entre sus miembros. Para la evaluación de la existencia de ese riesgo de ruptura o perturbación del orden público, en el marco de un control abstracto de constitucionalidad, el control jurisdiccional se limita a verificar que la decisión respectiva no sea arbitraria, sino que esté fundamentada, es decir, que exponga las razones por las que se ha considerado necesaria dicha medida.

Por supuesto, la justificación de la medida debe demostrar esa necesidad de restablecimiento del orden público y el agotamiento de los medios ordinarios para lograrlo. En el caso de la disposición impugnada, el Presidente de la República expresó, por un lado, que “el auge de la criminalidad” es un “hecho evidente y de conocimiento general” y que también “es del conocimiento general que los grupos de delincuencia organizada y otro tipo de delincuencia cuentan con armamento de guerra y un nivel de organización para-militar”. Por otra parte, agregó que: “Los recursos y esfuerzos de la institución policial resultan insuficientes para reducir la delincuencia”, pues “la enorme cantidad de necesidades de la población”, “han hecho mella en las finanzas públicas” y “ha dificultado” invertir en el “fortalecimiento de las capacidades de la Policía”. También alude a “la crisis económica mundial” que “no ha permitido concederles un presupuesto suficiente para combatir la delincuencia”, “ni tampoco se ha graduado un número considerable de agentes [...] que puedan contrarrestar el accionar de pandillas y grupos ilegales”.

La gravedad de ciertos índices delictivos y el consiguiente incremento de la percepción de inseguridad parecen corresponder, por lo general, al ámbito de la actividad ordinaria, permanente y progresiva del Estado, como la que realiza la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público y el Órgano Judicial, así como de las demás ramas de la Administración Pública relacionadas con la prevención de la violencia y el control y erradicación de la impunidad. Sin embargo, el control del delito puede justificar la misión excepcional de la Fuerza Armada cuando se aportan razones concretas de la insuficiencia de los medios estatales ordinarios para ello, como en el presente caso, en el que se aducen los efectos presupuestarios que la crisis económica y la atención de necesidades sociales han tenido en las posibilidades de fortalecimiento de la capacidad institucional de la policía. Aunque sería preferible una justificación técnica más detallada (con más datos e información precisa, que invocaciones al “conocimiento general”), el informe de la autoridad demandada y los considerandos del decreto referido contienen una fundamentación mínima que indica la ausencia de arbitrariedad de la medida”.

#### SUBSIDIARIEDAD DE LA MISIÓN EXCEPCIONAL DE LA FUERZA ARMADA

“B. Algo similar ocurre con el requisito de *subsidiariedad* de la misión excepcional de la Fuerza Armada. Aunque los documentos antes mencionados no detallan con exhaustividad los planes o acciones que se cumplieron (y los resultados obtenidos) antes de llegar a la condición de insuficiencia de los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna, sí mencionan algunas medidas como los decretos de vedas de armas y la ley especial para entrega voluntaria de

armas de fuego. De igual modo, se menciona la identificación de las zonas donde se concentran ciertas formas de delincuencia y la concentración de personal policial en dichos lugares. Si bien no se trata de una fundamentación particularmente analítica o minuciosa, sí puede considerarse suficiente para compatibilizar la medida adoptada con el parámetro de control, tomando en cuenta, además, la situación de financiamiento precario o de presupuesto limitado para la institución policial, que se argumenta en el informe de la autoridad demandada y *que esta Sala no puede descartar, en vista del alcance de la pretensión planteada en la demanda y de la información recabada durante el proceso.*

Asimismo, la orientación hacia el agotamiento de los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública se refleja también en el contenido específico de las funciones comprendidas en la misión excepcional de la Fuerza Armada. El carácter restringido de la participación militar, habilitada en términos de acompañamiento, colaboración o apoyo a la Policía Nacional Civil y la conservación de la responsabilidad de esta en la conducción de las tareas y procedimientos policiales que tengan lugar, es también un indicador relevante de la subsidiariedad requerida por la Constitución. La forma de intervención del personal militar, centrada en la prevención mediante el incremento la cobertura disuasiva de la presencia de la autoridad, también influye en la intensidad del control sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales para autorizarla, pues una participación más intensa exigiría, en correspondencia, una mayor carga de justificación de la medida”.

#### TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA

“C. En otro punto de la pretensión, sobre el requisito de *temporalidad* de la medida, el Presidente de la República dijo que se ha cumplido porque la medida “ha sido decretada en cada ocasión, por períodos definidos o determinados, es decir, en forma temporal”. En su intervención, el Fiscal también consideró salvado este requisito “al establecerse [...] periodos de vigencia determinados de forma expresa”. Al respecto, esta Sala considera que este argumento es incompleto, pues lo determinante en el presente caso es que, junto a la definición precisa de un término de vigencia de la medida, subsistan las circunstancias que fundamentaron la necesidad de su aplicación. Esto es así porque, como ya se dijo, la consecución del fin inmediato (el restablecimiento del orden público) puede tener un peso decisivo frente a una dilación imponderable o inevitable del tiempo estimado al principio, habilitando, en consecuencia, la posibilidad de su prórroga. En este sentido, la duración de la misión excepcional se considera compatible con el art. 168 ord. 12° Cn. En consecuencia, por las razones expuestas *deberá desestimarse la pretensión de inconstitucionalidad*”.

#### NECESIDAD DE RECUPERAR LA EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS ORDINARIOS PARA MANTENER EL ORDEN PÚBLICO

“2. Es importante acotar que *para evitar una “normalización de la excepción” o una “excepción perpetua”, en la que se abuse de la institución militar para fines*

*ajenos a los determinados en la Constitución, es obligación del Estado adoptar, en forma permanente, las medidas orientadas a recuperar la efectividad de los medios ordinarios para mantener el orden público, la paz interna y la seguridad ciudadana, lo cual implica que el Ejecutivo debe proponer los refuerzos presupuestarios suficientes y necesarios para afrontar la grave crisis de seguridad que enfrenta el país, y desarrollar políticas de fortalecimiento y especialización del personal policial en las tareas prevención y represión del delito.*

De igual manera, el Ejecutivo debe garantizar en el terreno un control efectivo de las actuaciones de la Fuerza Armada para asegurar el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de la población por parte de los elementos militares que participen en tareas complementarias de seguridad pública, debiéndose aplicar en toda circunstancia los estándares internacionales sobre el uso de la fuerza y armas de fuego contenidos en el Código de Conducta de las Naciones Unidas para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y en los Principios Básicos de las Naciones Unidas Sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

Asimismo, se deberá garantizar una investigación eficaz, exhaustiva e imparcial de los abusos que pudieren cometer los militares en tareas de seguridad pública, y establecer las sanciones legales correspondientes”.

#### PROLONGACIÓN SUCESIVA DE LA MISIÓN EXCEPCIONAL DE LA FUERZA ARMADA IMPLICA UNA RENDICIÓN DE CUENTAS QUE LO JUSTIFIQUE

“3. De este modo, la prolongación sucesiva de la misión excepcional de la Fuerza Armada implica un elemento necesario de rendición de cuentas en la justificación de la prórroga, de manera que esta detalle las acciones realizadas para cumplir dicha obligación y los resultados obtenidos. En otras palabras, *los requisitos de excepcionalidad, subsidiariedad y temporalidad del art. 168 ord. 12° Cn. impiden que la Fuerza Armada sea considerada como un instrumento coercitivo del que pueda disponerse discrecionalmente y sin límites, con base exclusiva en criterios de oportunidad.*

En este sentido, se aclara también que, contrario a lo que expresa el Fiscal en su opinión, la medida examinada no puede considerarse constitucional porque “una mayoría de la población así lo acepta” o porque “la población lo considera necesario”. Los requisitos constitucionales de dicha alternativa son precisamente para evitar que su naturaleza extraordinaria se desvanezca por el uso de” criterios basados en la mera popularidad, derivada del miedo y la percepción de inseguridad de las personas. Finalmente, se recuerda que *la Asamblea Legislativa dispone de una capacidad de intervención correctiva sobre una medida como esta*, lo que incluye el acceso a la información necesaria para facilitar un debate pluralista y público sobre su ejecución, la evaluación de las acciones realizadas, recursos públicos invertidos, garantías de protección de derechos aplicadas, beneficios sociales obtenidos y los indicadores para determinarlos, así como cualquier otra información que facilite una evaluación legislativa y ciudadana sobre la persistencia de la misión excepcional de la Fuerza Armada”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 103-2012, fecha de la resolución: 11/04/2014.*

## SEGURIDAD JURÍDICA

### CONTENIDO RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“2. En cuanto a la *seguridad jurídica*, la jurisprudencia de este Tribunal —entre otras, la Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99— la ha concebido como la condición *sine qua non* del Estado de Derecho resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.

Así entendida, la seguridad jurídica tiene dos manifestaciones: la primera, como una *exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico* a través de sus normas e instituciones; y la segunda, como *exigencia subjetiva de certeza del Derecho en las situaciones personales*, en el sentido que los particulares puedan organizar sus conductas presentes y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 42-2012AC, fecha de la resolución: 23/12/2014.*

## SEGURIDAD SOCIAL

### CONTENIDO RECONOCIDO POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

“3. A. La *seguridad social*, reconocida en el art. 50 Cn., ha sido definida por la jurisprudencia de este Tribunal —verbigracia en Sentencias de 23-VIII-98 y 26-II-2002, mes. 4-97 y 19-98— como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que, de otra manera, implicarían la desaparición o fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte.

De igual forma, en el art. 9 número 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —“Protocolo de San Salvador”—, se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 9, establece que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

## ELEMENTOS CONFIGURADORES

“De lo anterior se advierte, por lo tanto, en la seguridad social, una estructura triádica, cuyos elementos configuradores son: (i) la dignidad de la persona humana como categoría jurídica protegida; (ii) los riesgos, contingencias o necesidades sociales; y (iii) las medidas protectoras de carácter social.

(i) Sobre la dignidad humana, en el texto constitucional se encuentran algunas disposiciones que implican la manifestación de este valor constitucional, por ejemplo los arts. 101 inc. 1° y 37 inc. 2° Cn., en los que se hace referencia a la “existencia digna” de las personas, lo cual significa no sólo la conservación de la vida humana, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, que facilite la procura de las condiciones materiales e inmateriales necesarias para el goce efectivo de los derechos fundamentales.

(ii) El segundo elemento se refiere a las situaciones de diversa índole que afectan o ponen en peligro la existencia digna, entre las que se encuentran: las patológicas — enfermedades, invalidez, accidente de trabajo—; las biológicas —como la maternidad, vejez y muerte—; y las socioeconómicas —como el desempleo y las cargas familiares excesivas—.

(iii) En tercer lugar las medidas protectoras, que son las que cubren la insuficiencia de recursos personales o familiares que pueden ser asumidas por la sociedad, según criterios de solidaridad, y comprenden, entre otras: asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones a sobrevivientes.

B. De igual forma, la seguridad social se concibe, según el art. 50 Cn., como un *servicio público* debido a su utilidad para todos los miembros de la sociedad al satisfacer una necesidad general o pública, y se caracteriza por la tecnicidad, regularidad y continuidad requeridas en su prestación, cuya titularidad recae en el Estado, quien puede, no obstante, gestionarlo de forma directa, indirecta o mixta.

En cuanto a la *obligatoriedad* de dicho servicio público que señala el art. 50 inc. 1° Cn., tal condición se determina tanto de los sujetos protegidos —los trabajadores cotizantes— como de los otros obligados al pago de la seguridad social —el Estado y los patronos respectivos—.

C. Ahora bien, siguiendo el criterio establecido en la Sentencia de 6-VI-2008, Inc. 31-2004, los derechos relativos a la seguridad social y las prestaciones que de los mismos emanan, se entienden como *derechos adquiridos* al cumplirse en su totalidad los supuestos legales habilitantes para su exigencia, como ocurre con los supuestos de afiliación y cotización a un determinado esquema, así como con la edad y tiempo de servicio en los casos de pensión por vejez.

En este sentido, debe entenderse que si los requisitos de ley no han sido satisfechos, el derecho a recibir una pensión aún no se encuentra “adquirido”, sino que, al contrario, se está en presencia de una *situación jurídica objetivamente protegible*.

D. Por otro lado, dado que la Constitución no establece límites a la seguridad social, del contenido del art. 50 Cn. se desprende que se trata de un *derecho de configuración legal*, ya que el Constituyente delega en el legislador la regulación de su ejercicio.



Por tal motivo, es dable afirmar que el derecho a la seguridad social puede ser limitado o restringido en su ejercicio por medio de leyes en sentido formal — es decir leyes emitidas por el Órgano Legislativo cumpliendo su procedimiento de formación—, siempre que esté de por medio la garantía de otros derechos, principios y valores constitucionales, como la seguridad jurídica y el bien común, y que tal restricción sea proporcional”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 42-2012AC, fecha de la resolución: 23/12/2014.*

## **SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **CUANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADA SE BASA EN UNA ARGUMENTACIÓN TAUTOLÓGICA**

“C. Por otra parte, nota esta Sala —como arriba se apuntó— que el alegato referido al quebrantamiento del principio de prevalencia de los tratados sobre las leyes, contenido en el art. 144 inc. 2° Cn. se basa en la vulneración del principio de igualdad. Así, el actor alega que el objeto de control contradice lo establecido en los arts. 26 del PIDCP y 24 de la CADH; preceptos que se refieren, precisamente, al principio de igualdad; y a partir de dicha vulneración se conculca, por efecto reflejo, el art. 144 inc. 2° Cn. Entonces, la vulneración, por efecto reflejo, del art. 144 inc. 2° Cn. se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad contemplado en los aludidos tratados internacionales, ya que la vulneración del primero depende del quebrantamiento del segundo.

Ante tal circunstancia, es necesario denotar que el soslayo del principio de igualdad *ya fue planteado en otro punto de la pretensión*; con la diferencia de que tal principio se coligió directamente de la Constitución, y este punto de la pretensión se invocan tratados internacionales que lo contemplan. De manera que en ambos alegatos se trata del mismo precepto jurídico —el principio de igualdad—, que aparece consagrado en el art. 3 Cn. y en otras fuentes normativas, para el caso, los tratados internacionales aludidos.

Sin embargo, que se derive de distintos instrumentos normativos —la Constitución y los tratados internacionales— no cambia la circunstancia de que en ambos casos se invoca el mismo precepto jurídico y se sustenta su vulneración con los mismos motivos —la exclusión de presentar la declaratoria patrimonial para las personas que se ubiquen en el supuesto previsto por el objeto de control—; pues, si se suprime la alegación relacionada con el principio de igualdad, la vulneración del art. 144 inc. 2° Cn. se quedaría sin sustento. Por tanto, desde el punto de vista puramente objetivo, la infracción del art. 144 inc. 2° Cn. se fundamenta en un motivo de inconstitucionalidad que ha sido planteado de manera autónoma en otro punto de la pretensión, pues se parte de la contradicción normativa entre el objeto de control y el principio de igualdad.

Entonces, visto que la argumentación esbozada postula la violación de una disposición constitucional por la supuesta violación a otra, aunque dicho precepto también esté contemplado en otras fuentes normativas, para el caso, tratados internacionales, *tales vulneraciones debían consignarse de manera que ambas*

*no dependan mutuamente.* Lo cual no ha ocurrido en el caso concreto, pues se han planteado los mismos motivos para sustentar dichas vulneraciones; entonces, la fundamentación resulta tautológica, y encierra un círculo vicioso que, a su vez, imposibilita el conocimiento del asunto, y ello impide efectuar el análisis de fondo solicitado. Debiendo, por tanto, sobreseer la cuestión en cuanto a la supuesta violación del art. 144 inc. 2° Cn”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2011, fecha de la resolución: 03/12/2014.*

PARA FORMULAR UN JUICIO DE IGUALDAD DEBE CONTARSE CON DOS SUJETOS O SITUACIONES Y, UNA O VARIAS CARACTERÍSTICAS COMUNES QUE PERMITAN LA COMPARACIÓN

“1. De acuerdo con los actores, el art. 52 inc. 1° LPP contraviene el contenido normativo de los arts. 3 y 210 Cn. Al respecto señalan que, según la disposición objeto de control, cada partido político recibe tantos fondos públicos como votos válidos obtenga en las respectivas elecciones, lo cual desconoce las diferencias objetivas (esto es, el tamaño) que existen entre los partidos políticos. El reproche que los demandantes hacen aquí consiste en que el. Legislativo ha emitido una regulación diferente entre, por un lado, los institutos políticos que obtienen una mayor cantidad de votos y, por otro lado, los que alcanzan una cantidad menor. Y esto lo fundamentan en el tamaño de unos y otros, situación que consideran como una “diferencia objetiva” que no ha sido tomada en cuenta por la Asamblea Legislativa.

Esta Sala observa que este argumento contiene una deficiencia que impide conocer de fondo la pretensión, en cuanto a este punto. Para justificarlo, es pertinente recordar que, cuando se dice que dos sujetos o situaciones jurídicas son iguales, ello no significa que sean idénticos, sino que comparten por lo menos una *característica*. La igualdad es un concepto relacional, es decir, que no puede predicarse en abstracto de las personas o cosas, sino que se es igual con respecto a otra persona o cosa, y en relación con ciertas características. Dado esto, se concluye que para formular un juicio de igualdad debe contarse por lo menos con dos personas o situaciones (que son, justamente, las que se comparan), y una o varias características comunes relevantes que permitan la comparación, esto es, el o los términos de comparación (sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012)”.

TÉRMINO DE COMPARACIÓN SUGERIDO NO ALUDE A CUALIDADES O CARACTERÍSTICAS PERSONALES GENERALIZABLES O FIJAS

“Con respecto a lo último, el objetivo del ciudadano que presenta una demanda de inconstitucionalidad siempre es el de argumentar racionalmente que un sujeto o situación jurídica, situados en una categoría menos beneficiada por el trato legal, es igual o similar a otros cuya regulación normativa le depara una situación más ventajosa. Esta regulación o supuesto que sirve de referencia es el término de comparación (*tertium comparationis*). Admitido el término de com-

paración, el actor debe justificar que los dos supuestos son iguales a fin de obtener del Tribunal la declaratoria de inconstitucionalidad si ese trato diferenciador carece de razonabilidad. En este sentido, la disposición jurídica cuya constitucionalidad se cuestiona debe aludir a cualidades o características personales *generalizables y fijas*, que dividan a un sector con respecto al otro, para discriminarlo normativamente (Cfr. Sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007).

En el contraste planteado, los actores han identificado un término de comparación cuyas propiedades son intercambiables, de modo que estas pueden ser predicables de cualquier partido (“grande” o “pequeño”) que obtenga la mayoría de los votos. En una elección, un partido político puede obtener muchos votos, pero eventualmente, en otra elección, puede obtener menos. Esta diversidad aleatoria de los votos acumulados por los institutos políticos es producto de diversos factores ajenos a los supuestos previstos en la disposición objeto de control. El término de comparación sugerido por los demandantes no alude, pues, a cualidades o características personales generalizables y *fijas*, de modo que, por este contraste, *corresponde sobrepasar en el proceso*”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 43-2013, fecha de la resolución: 22/08/2014.*

## SUFRAGIO ACTIVO

### CUALIDAD FUNDAMENTAL ES LA DE SER LIBRE

“En la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, esta Sala sostuvo que el ejercicio del sufragio activo tiene, entre sus cualidades fundamentales, la de ser libre “Ello supone: “...que los ciudadanos votan sin que intervenga recompensa, castigo o presión alguna por el sentido de su voto y con plena capacidad de opción (votar sí o no, en caso de referéndum; por uno u otro candidato, en caso de elecciones; y abstenerse o votar en blanco, en cualquier caso). Pero para hablar de elecciones libres se requiere de otras condiciones, tales como: un sistema de derechos fundamentales (libertad de expresión e ideológica, derechos de asociación, información, reunión y manifestación, etc.), pluralismo político, acceso abierto al proceso electoral, partidos en competición, libre presentación y concurrencia entre las candidaturas, libre desarrollo de la campaña electoral y la posibilidad real de decidir sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público. [...]”

2. Para poder predicar el carácter democrático del sufragio activo, es condición necesaria garantizar la forma en que se expresa, esto es, el voto. Este es el propósito de las garantías, cualidades o características estatuidas en el art. 78 Cn. Y la principal es la libertad. El voto debe ser libre, para erigirse en una genuina expresión del derecho al sufragio. Esta característica es predicable del voto tanto en el acto de su emisión o expresión como en el resultado, pero en esta sentencia solo interesa hacer referencia al primer momento.

Han sido dos los significados relevantes que esta Sala ha atribuido al carácter libre del voto. Por un lado, se ha entendido que en el momento en que dicho acto político se ejerce no debe existir ningún tipo de recompensa, castigo o presión que desvíe la voluntad del elector. A esta noción es a la que se refiere

la sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002, al establecer que “[l]a libertad electoral consiste ante todo en que cada elector pueda ejercitar su derecho a sufragar sin coacción o presión alguna y exento de cualquier otra influencia externa”. Por otro lado, este tribunal ha concebido el carácter libre del voto como una manifestación de la “plena capacidad de opción” del cuerpo electoral.

En el acto de su emisión, el voto debe ser libre. En el contexto de esta idea de libertad, la Constitución otorga al ciudadano una facultad para elegir y esto a su vez parte de la premisa del concepto de persona en una sociedad democrática, en la cual la autonomía del individuo le atribuye capacidad para ser un sujeto deliberante y, por ello, titular de un poder para determinar u orientar cursos de acción.

Que al momento de ejercer el voto el ciudadano posea “plena capacidad de opción”, equivale a reconocerlo como titular de un poder deliberativo que se traduce en una facultad constitucional para elegir al candidato de su preferencia, de entre diversas alternativas. Y frente a una papeleta de votación, el ciudadano es libre en la medida en que tiene la posibilidad real de decantarse por cualquiera de las opciones en la oferta electoral. En ese orden, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional reseñada, el voto es libre si dicha “capacidad de opción” es plena, es decir, completa, considerando todas las opciones posibles de decisión. Y para serlo, no debe existir ningún impedimento o prohibición para decantarse por alternativas de acción. Tener plena capacidad de opción es igual a tener la habilitación para elegir libremente entre los diferentes candidatos que permite el pluralismo político.

3. La plena capacidad de opción comprende los siguientes aspectos: primero, la facultad para elegir a *cualquiera* de los candidatos a diputados de la totalidad que aparezca en la papeleta de votación, limitado únicamente por el número de diputados que el Código Electoral asigna a la respectiva circunscripción departamental; y segundo, la inexistencia de prohibiciones que impidan al ciudadano optar por *cualquiera* de los candidatos a diputados de la totalidad que aparezca en la papeleta de votación.

En consecuencia, la plena capacidad de opción al emitir un voto válido ejercido con libertad, permite al elector: (i) votar por la bandera del partido o coalición de su preferencia, lo cual se traduce en una aceptación de la totalidad de los candidatos propuestos por dicho partido o coalición; (ii) votar por la bandera de un partido o coalición de su preferencia, y al mismo tiempo por uno o varios candidatos de la misma planilla o lista por la que se ha votado, lo que implica que se está privilegiando a los candidatos marcados por el elector, y no a todos los candidatos contenidos en la planilla o lista; (iii) votar por uno o varios candidatos de un solo partido político o coalición; (iv) votar por uno o varios candidatos no partidarios; (v) votar por candidatos de distintos partidos políticos o coaliciones; y (vi) votar por candidatos partidarios y no partidarios”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 48-2014, fecha de la resolución: 05/11/2014.*

## DERECHOS POLÍTICOS

“1. Los derechos políticos se han caracterizado como *derechos de participación* que generan un conjunto de condiciones positivas para posibilitar que el

ciudadano participe en la vida política; es decir, que son derechos que representan todos los instrumentos que posee el ciudadano para participar activamente en la vida pública o, si se quiere, el poder político con el que cuenta aquél para *participar, configurar, incidir y decidir en la vida política del Estado*.

Dentro del catálogo de derechos políticos que establece la Ley Suprema, se encuentra el que goza todo ciudadano a ejercer *el sufragio en su vertiente activa* —art. 72 ord. 1° Cn.—; es decir, la facultad constitucional de elegir a las personas que se desempeñarán en los órganos representativos de gobierno. Tal derecho descansa sobre tres elementos: el principio de soberanía popular, la democracia como forma de gobierno y la representación política. A partir de sus fundamentos, tal como se dijo en la sentencia del 29-VII-2010, Inc. 61-2009, el sufragio también se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política. Así concebido, el sufragio se puede entender como un *procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente, a fin de designar a quienes ejercerán de manera transitoria el poder político* (sufragio electoral).

#### VOTO DEBE POSEER RELEVANCIA FORMAL Y EFICACIA MATERIAL

“En ese orden, *el ejercicio de todo cargo público de elección popular se legitima constitucionalmente por la realización de elecciones libres, democráticas y periódicas, en las que se garantice al cuerpo electoral la posibilidad real y efectiva de poder elegir, configurar e incidir en la estructura interior de los órganos de representación política estatal, por medio de la emisión del sufragio activo*.

Con lo expuesto, se concluye que el voto no puede tener únicamente *relevancia formal* en el momento de su emisión en las elecciones legislativas, sino que debe tener y mantener *eficacia material* que se produce y se extiende desde el inicio del período en que se ejercerá el cargo de elección popular, hasta su finalización.

2. Pero para considerar que el voto cumple con las finalidades anteriormente descritas, la Constitución de la República lo ha dotado de una serie de *garantías* que permiten evitar cualquier vulneración al contenido esencial del derecho y la desnaturalización de la finalidad esencial del mismo; en ese sentido, ninguna autoridad o funcionario público o persona particular puede conculcar el carácter directo, libre, igualitario y secreto del sufragio (art. 78 Cn.),

Con respecto al carácter igualitario del sufragio activo, éste implica que el voto de todos los ciudadanos tiene la misma influencia (“igualdad cuantitativa”); la igualdad tiene incidencia en la organización electoral, específicamente en lo relativo al tamaño de las circunscripciones electorales. Como regla general, para garantizar la igualdad del voto, las circunscripciones deben distribuirse de tal forma que se logre una relación entre la decisión del electorado y el número de representantes que se asignan a cada circunscripción territorial departamental, tomando como base la población —sentencia de Inc. 61-2009, ya citada—.

Sobre ello, en la jurisprudencia constitucional se ha afirmado que el principio democrático exige que cada ciudadano tenga igual parte en la estructuración y actividad del poder al concurrir en la formación de la voluntad colectiva —sen-

tencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002—. Esa participación igualitaria se traduce en la fórmula “una persona, un voto”. De esta manera, todos los ciudadanos se encuentran en las mismas condiciones para el ejercicio del sufragio, independientemente de las diferencias sociales, económicas o culturales que existan entre ellos. De ahí que se encuentra prohibida toda forma de sufragio reforzado —plural, múltiple o familiar— con el cual se pretenda asegurar la influencia de grupos sobre el poder político.

*Esta valoración igual de todos los ciudadanos en el ejercicio del sufragio no se agota con el acto de emisión del voto, sino que se extiende hasta el resultado electoral. Desde esta perspectiva, el sufragio igualitario significa que el voto de un elector debe tener la misma fuerza que los demás en la conformación de los órganos de representación —sentencia de 7-XI-2011, Inc. 57-2011—. Es más, la idea fundamental que subyace a este principio es la de asegurar que los votos emitidos tengan igual eficacia.*

En definitiva, la igualdad del sufragio reconocida en el art. 78 Cn. exige que, por una parte, cada elector tenga un voto y, por otra, que el voto posea el mismo valor en la adjudicación de los escaños legislativos.

Ahora bien, en la elección para Diputados de la Asamblea Legislativa de acuerdo con el sistema proporcional que la Constitución ha reconocido, la formalización de la igualdad del sufragio garantiza no sólo el mismo valor numérico, *sino también el mismo valor de resultado de los votos*; es decir, que el voto posea el mismo valor en la obtención de los escaños legislativos, *lo que implica que debe respetarse la voluntad del electorado que se consolida en el resultado de las elecciones* —sentencia de 29-IV-2011, pronunciada en el proceso de Inc. 11-2005—”.

#### DERECHO AL SUFRAGIO DESDE EL PUNTO DE VISTA ACTIVO Y SU CARÁCTER IGUALITARIO

“El derecho al sufragio —desde el punto de vista activo y su carácter igualitario— tiene una doble finalidad, debido a que permite, por una parte, la elección de los representantes en el órgano de representación y por otra, que el cuerpo electoral incida en la configuración de dicho órgano; es decir, en la correlación de fuerzas político partidarias y no partidarias, lo que implica el respeto de la voluntad soberana expresada en el voto, de la cual se extrae la real decisión sobre la permanencia o sustitución de quienes ejercerán el poder público; por tanto, puede deducirse que en la medida en que se produzca una extensión de la eficacia del sufragio activo, habrá una mejora de la participación y representación política del pueblo, el cual no puede ser considerado como el centro abstracto de imputación jurídica, sino como un verdadero titular del poder soberano (art. 83 Cn)”.

#### SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL PARA LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS AL ÓRGANO LEGISLATIVO

“3. El sistema de representación proporcional para la elección de Diputados al Órgano Legislativo —art. 79 inc. 2° Cn.—, implica el reconocimiento de cir-

cunscripciones territoriales departamentales a las cuales se asigna un determinado número de escaños según el número de habitantes en dicha demarcación espacial, los cuales serán obtenidos por los candidatos con afiliación partidaria o por los candidatos no partidarios, en la medida que reciban el voto mayoritario de los ciudadanos electores; es decir, que las diferentes opciones políticas —partidarias y no partidarias— estén representadas en la Asamblea Legislativa en la proporción más aproximada al número de votos obtenidos en la elección.

En ese orden, al realizar una interpretación sistemática de los arts. 72 ord. 1° y 79 inc. 2° Cn., puede afirmarse que el sufragio igual se produce al momento de la elección, pues se debe buscar una correlación entre el número de representantes asignados a determinado territorio en relación con el número de habitantes, garantizándose que todos los votos sean iguales en proporción a la incidencia poblacional.

Además de la extensión cuantitativa antes enunciada, la implementación del sistema proporcional eleccionario tiene una justificación cualitativa que, según el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, se concretiza en la garantía para la expresión del *pluralismo político y la defensa del derecho de la expresión de las minorías*, esencial a todo el sistema democrático.

En definitiva, la Constitución de la República ordena la máxima representación proporcional en la medida que las posibilidades fácticas y jurídicas lo permitan, para atribuir a cada sector de la población electoral un número de representantes, en relación con su fuerza numérica. Cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es asegurar que cada circunscripción territorial cuente con una representación en proporción a su número de habitantes.

Por lo antes expuesto, puede afirmarse que el sistema de representación proporcional, no sólo incide en la forma en que se realizan las elecciones, sino también en el resultado de las mismas, ya que se pretende que a partir de elecciones libres, periódicas y democráticas, todos los ciudadanos tengan igual oportunidad de elegir a sus representantes para configurar proporcional y pluralmente al órgano de representación política, porque así lo exige la Constitución de la República y así lo ha decidido todo el cuerpo electoral.

En consecuencia, toda disposición jurídica infraconstitucional —abstracta o concreta—, que transgreda las implicaciones normativas derivadas de la estructura proporcional eleccionaria para Diputados, que directa o indirectamente afecten el resultado establecido por los ciudadanos electores, debe ser expulsada del ordenamiento jurídico”.

#### SISTEMA DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NECESARIA PARA CONFIGURAR EL ÓRGANO LEGISLATIVO

“4. Descrita la importancia del sufragio activo, el carácter igualitario del mismo y el sistema proporcional y su función ulterior en el proceso de elección de los Diputados, corresponde ahora conocer las implicaciones constitucionales del principio de la, democracia representativa y el principio del pluralismo político.

Como se interpretó en la sentencia de 13-V-2011, Inc. 7-2011, el art. 85 inc. 1° Cn. establece un sistema de democracia representativa en la que el pueblo elige a sus representantes mediante elecciones periódicas y libres para atribuirles la facultad de tomar decisiones fundamentales para el país. Los delegados del pueblo se rigen por el marco jurídico establecido por el soberano y deben velar por los intereses de la comunidad que los eligió.

El gobierno democrático y representativo a que se refiere el artículo 85 inc. 1° Cn. *demanda de los elegidos o representantes, un compromiso con el pueblo*; 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 deben tomar en cuenta la voluntad y los intereses de la totalidad de sus representados. *Este sistema se dinamiza mediante las elecciones que posibilitan que los ciudadanos, por una parte, ejerzan un mayor escrutinio y control público sobre los actos de sus representantes y, por otra, reduzcan las posibilidades de que éstos procedan en forma arbitraria.*

A lo anterior, hay que agregar que en la sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012, se explicitó que, además del carácter igualitario del sufragio, el sistema proporcional y representativo, la Constitución de la República exige para la configuración del Órgano Legislativo, *que el sistema político debe ser pluralista —art. 85 inc. 2° Cn.—, en el que coexistan todas las corrientes del pensamiento político-ideológico, con la finalidad que en la toma de decisiones que afectan directa o indirectamente al pueblo, exista interrelación y consideración de las distintas concepciones e ideas que configuran el órgano representativo por antonomasia, garantizando al ciudadano la eficacia de su voto, en la medida que el resultado de la elección se haya determinado.*

Por tanto, no es una forma de gobierno en la que únicamente deciden las mayorías, sino que deben tener representación todos los sectores, aun las minorías parlamentarias, las cuales deben tener asegurada su participación; en ese sentido, el pluralismo es un principio legitimador de la democracia representativa.

Como conclusión de lo expuesto, este Tribunal puede afirmar que constitucionalmente debe haber un entendimiento de la representación política, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, de lo cual se colige que la eficacia material del resultado de las elecciones a partir del sistema electoral proporcional, garantiza la democracia representativa y el pluralismo político en la Asamblea Legislativa; consiguientemente, toda disposición normativa o comportamiento voluntario que transgreda directa o indirectamente la posibilidad real de elegir a los candidatos o que perjudique la pluralidad de corrientes de pensamiento político que inciden en la Asamblea Legislativa, debe ser expulsado del ordenamiento jurídico en el primer caso —disposición normativa— o debe ser prohibida la separación voluntaria —conducta del Diputado— para el restablecimiento del orden constitucional y el respeto de los derechos políticos fundamentales”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 66-2013, fecha de la resolución: 01/10/2014.*



## TRANSFUGUISMO POLÍTICO

### ALTERACIONES SUFRIDAS POR UNO O VARIOS GRUPOS PARLAMENTARIOS DURANTE UNA MISMA LEGISLATURA

“1. Desde la teoría moderna, el fenómeno identificado por el pretensor como “transfugismo” se configura por las alteraciones que puede sufrir uno o varios grupos parlamentarios durante una misma legislatura, relacionadas a su composición por el cambio o traslado de Diputados de un grupo parlamentario a otro. En dichas alteraciones se comprenden los cambios parlamentarios voluntarios que se producen por el retiro de un Diputado que fue electo en una lista ofrecida por un partido político con el fin de declararse “independiente”; o bien el cambio de Diputados de un grupo parlamentario a otro. En el primer caso, una determinada composición representativa sufre un cambio en su integración parlamentaria; y en el segundo no se altera la composición de un sólo grupo sino de dos, pues implica la disminución de integrantes de un grupo parlamentario y, correlativamente, un incremento en la integración del grupo receptor”.

### PRESUPUESTOS NECESARIO PARA SU CONFIGURACIÓN

“A. De la aplicación de los supuestos mencionados al caso en estudio, el que interesa es aquel que en el cual el Diputado voluntariamente abandona el grupo parlamentario en el que originalmente resultó electo, ya que así se ha delimitado en los términos del debate. A partir de una concepción integral del fenómeno, pueden apreciarse dos presupuestos para su configuración:

a. El primero se refiere a la calidad de representante o cargo público representativo —es decir, aquel que tiene una legitimidad democrática directa—, que se proyecta en aquella persona que actúa en su calidad de Diputado, como encargado de hacer efectivo el derecho de los representados —ciudadanos electores— a la participación en los asuntos públicos.

En virtud de lo anterior, existe la necesidad de realizar la siguiente delimitación: las personas que ostentan cargos de representación popular y cambian voluntariamente de grupo parlamentario y que mudan su ideología después de finalizada una determinada legislatura no se consideran tráfugas, porque su conducta se enmarca dentro de la libertad ideológica y libertad asociativa en general y política reconocidas en la Constitución de la República —arts. 7, 72 ord. 2° y 85 inc. 2°—.

b. El segundo presupuesto es la relación del candidato con el partido político por medio del cual participó en las elecciones y del cual fue parte de la oferta electoral. De aquí se deriva el grado de relación con el partido político, ya que al afiliarse a un partido y aceptar voluntariamente ser incluido en la lista de candidatos que ofrece dicho partido al electorado, adquiere compromisos de carácter político ideológico, entre los que pueden mencionarse: (i) la observancia de un mínimo razonable del ideario político legislativo que desarrollará el partido; (ii) el fomento y defensa de una determinada ideología política desde una visión de la realidad nacional; y (iii) la puesta en marcha de la plataforma electoral ofrecida

a los electores; elementos que concurrieron para la conformación de su oferta electoral y que pudieron incidir para que en el ciudadano elector se creara la convicción de que ese candidato sería la mejor opción política que podría representarlo en el Legislativo.

“B. a. Al atender la naturaleza intrínseca del transfuguismo político en la misma legislatura, este Tribunal, sin ánimo de exhaustividad, considera que el mismo puede derivarse o verse influido, entre otras causas, por: el cambio de orientación político-ideológica de los partidos; por la desaparición o crisis interna de los mismos; por la búsqueda de mejores posiciones políticas, o por intereses económicos o de otra índole —transfuguismo retribuido—; por discrepancia con la dirigencia del partido; o por la mutación ideológica del Diputado”.

#### CASOS ESPECIALES DE TRANSFUGUISMO

“b. Cabe señalar de forma especial los casos de expulsión de un Diputado, por parte del partido político. La Constitución de la República y las leyes relacionados, establecen la potestad de autoorganización de los partidos políticos, lo cual permite a tales asociaciones regular las causas y procedimientos de expulsión de sus miembros, sin perjuicio del control judicial de la regularidad estatutaria de las decisiones de expulsión; sin embargo, el ser expulsado de un partido político crea en el Diputado la obligación de mantenerse como independiente, por lo que no se encuentra habilitado para ingresar a otro grupo parlamentario o afiliarse a otro partido político, puesto que debe seguir desarrollando, desde su propia visión, el programa político que ofreció durante la campaña electoral, a fin de no burlar o desconocer la voluntad del electorado.

C. Similar es el caso de quien, por razones ideológicas o de otra índole, decide dejar de pertenecer al partido político que lo postuló, en ejercicio de su libertad de asociación garantizada por el art. 7 Cn. En tal caso, tiene la obligación de continuar formando parte del grupo parlamentaria en el que originalmente resultó electo, para no defraudar la voluntad de los ciudadanos votantes, y no puede afiliarse a otro partido político durante la misma legislatura.

D. En coherencia con los anteriores supuestos, el Diputado que llegó al cargo sin ser postulado por algún partido político, igualmente debe conservar esa calidad durante la legislatura para la cual fue electo, pues de la misma manera que en los casos anteriores, se considera que el cambio de grupo parlamentario implica un fraude al elector que votó por él, precisamente por su carácter no partidario.

Esta Sala ha determinado que la infracción o vulneración de una norma constitucional puede ser directa o indirecta. En el primer caso, se realiza una conducta —activa u omisiva— que contradice el contenido imperativo de la disposición; y en el segundo caso, se realizan conductas artificiosas o simuladas, que formalmente o en apariencia indican su cumplimiento, pero que en definitiva se apartan del mandato; esta segunda forma de irrespeto del contenido de una norma constitucional corresponde al llamado fraude a la Constitución. En estos casos, la defensa del ordenamiento jurídico, mediante la garantía del respeto, el cumplimiento o la eficacia de todas sus disposiciones, junto a una idea de cohe-

rencia del sistema normativo, es la que obliga a rechazar o invalidar el resultado fraudulento o contrario al derecho en su conjunto (resoluciones de 21-III-2013 y 10-II-2014, Incs. 49-2011 y 8-2014, respectivamente)”.

#### MANIFESTACIONES DEL FRAUDE ELECTORAL

“El Diputado que bajo el argumento del ejercicio de su derecho de asociación de carácter negativo y en supuesto cumplimiento de la prohibición del mandato imperativo — arts. 7 inc. 1° segunda parte y 125 Cn.—, contradice el mandato de la voluntad soberana, altera el resultado electoral determinado por el pueblo que lo eligió.

Por tanto, para efectos constitucionales y desarrollando una depuración de los supuestos fácticos anteriormente descritos, puede concebirse de manera general que el fraude al elector se puede manifestar mediante: (i) el transfuguismo, que implica el abandono voluntario de una posición política representativa, adoptando una distinta de la que se ofreció y fue decidida así por los electores, para ingresar a otro grupo parlamentario existente o creando uno nuevo; (ii) la situación que se produce cuando un Diputado abandona el grupo parlamentario del partido político que lo postuló para el cargo, y se declara “independiente”, bajo el argumento de hacer uso de la garantía establecida en el art. 125 Cn., o de ejercitar el derecho asociarse a un partido político —art. 7 y 72 ord. 2° Cn.—; (iii) la situación del Diputado que es expulsado de su partido político e ingresa a un grupo parlamentario existente o crea con otros Diputados un nuevo grupo parlamentario autónomo; y (iv) la situación del Diputado que ingresa a un partido político que no participó y por lo tanto no contó con el apoyo político en las elecciones correspondientes. Todos los supuestos anteriores constituyen un fraude a la Constitución, y por lo tanto producen efectos nocivos al sistema político democrático”.

#### CONSECUENCIAS SUSTANCIALES DEL TRANSFUGUISMO

“E. Al comprender el contexto, contenido y alcance del transfuguismo y otras formas de fraude al elector, se advierten una serie de efectos para todo el sistema democrático diseñado por la Constitución de la República. En ese orden, las consecuencias sustanciales del transfuguismo repercuten sobre algunos de los pilares fundamentales de estructuración de la representación política buscada por los ciudadanos, de la forma que a continuación se explica:

a. Los candidatos electos por una lista de un partido político —por el cual aceptaron y accedieron libremente y sin ninguna coacción participar en las elecciones legislativas— que lo abandonan voluntariamente, para constituir o ingresar a otro distinto, falsean —por su propia conducta— la voluntad de los electores que buscan la representación política, ya que el transfuguismo durante la misma legislatura para la cual se es electo es, sin duda, una especie de fraude político que va en detrimento del concepto de democracia representativa, acogido por nuestra Constitución, porque al determinarse la proporcionalidad inicial en el Órgano Legislativo, por traslado de Diputados de un partido a otro, se estaría burlando la finalidad esencial del sufragio de carácter activo.

b. La jurisprudencia constitucional salvadoreña ha caracterizado a los institutos políticos como instrumentos cualificados de la representación política, es decir, herramientas útiles para el desarrollo y mejora de la representación política, por tanto, el traslado de Diputados electos en la lista de un partido político a otro, debilita el sistema de partidos, porque sin perjuicio que estos sean mecanismos de organización y estructuración de representación política, estas organizaciones son el resultado del ejercicio del derecho de asociarse para constituir partidos políticos —art. 72 ord. 2° Cn.— y forman parte —en la medida que la Constitución dispone— del sistema democrático y pluralista del país.

c. Si constitucionalmente puede concebirse que toda autoridad, funcionario u órgano de carácter representativo, debe contribuir a la gobernabilidad democrática del país y promover el análisis de la realidad nacional de acuerdo a su visión, los órganos representativos deben basar su tarea de gobernar en la existencia de mayorías estables en la búsqueda de consensos para la toma de las grandes decisiones que afecten a la generalidad de la población; así, el transfuguismo en las dimensiones antes apuntadas, y otras formas de fraude al elector, perjudica la gobernabilidad democrática, porque cambian la configuración inicial establecida por el pueblo en las urnas. En ese contexto, la creación de mayorías parlamentarias no diseñadas por el cuerpo electoral, perjudica la gobernabilidad al no considerarse la representación política de las minorías y los distintos sectores sociales, esencial en todo Estado democrático de Derecho.

Pero este cambio no solo perjudica a la solidez de los gobiernos, sino que incluso puede afectar también la operatividad de la oposición, ya que si consideramos que en todo régimen democrático la tarea del gobierno y de la oposición son esenciales, debilitar a esta última con el traslado de Diputados a otros partidos diferentes del suyo, indudablemente crea disfunciones del sistema político democrático.

c. En principio, los ciudadanos rechazan que los Diputados electos en una determinada lista de candidatos ofertados por un partido, se trasladen a otro distinto, lo que conduce a la falta de credibilidad en los representantes, y consiguientemente un deterioro de la cultura política democrática, creándose tensiones originadas por el incumplimiento de estos últimos de la voluntad del cuerpo electoral, lo que indefectiblemente causa que el ciudadano vea modificada la expresión de su voluntad política sin su intervención, al tiempo que se pone de manifiesto su indefensión ante tales comportamientos.

2. En otro orden, tal como el demandante y las autoridades demandadas han advertido, es necesario hacer una interpretación del art. 125 Cn., el cual establece: “Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan”. Es decir, que se plantea la necesidad de analizar la relación entre el elegido, el elector y el ejercicio de la representación política delegada en el Diputado.

A. En primer lugar, el actor ha sostenido que la disposición constitucional podría utilizarse como una cobertura teórico jurídica del fenómeno del transfuguismo, el cual no debe ser permitido. Por su parte, la Asamblea Legislativa y su Junta Directiva, consideraron que por medio de la prohibición del mandato impe-

rativo, se erige una garantía constitucional para la independencia del legislador en sus funciones parlamentarias.

B. Ahora bien, es importante observar que el Diputado no puede recibir ninguna clase de mandato que implique el cumplimiento de obligaciones —como en el Derecho Privado—, pues en el parlamentarismo moderno se tiene como objetivo impedir que grupos políticos, económicos, gremiales, etc., determinen la voluntad del legislador, incidiendo ulteriormente en el Órgano Legislativo.

En esa línea de ideas, en un sistema de listas cerradas y desbloqueadas —como el actual—, y con base en la fórmula de cocientes y residuos, al momento de la elección no cabe hablar exclusivamente de votos recibidos por candidatos partidarios singularmente considerados, ni de votos otorgados sólo al partido político, sino de una interrelación de éstos —candidatos y partidos—, que establece los resultados de la operación prevista para determinar, entre las listas, los escaños que corresponden a cada partido y quiénes serán los candidatos electos, según el voto mayoritario recibido por cada uno de ellos.

Por tanto, no existe una relación de subordinación, sino una relación de coordinación entre el Diputado y el partido político para la efectiva realización del mandato, que no es más que desempeñar la representación política del pueblo en general.

En efecto, el acceso, permanencia o cesación de un cargo público representativo depende de la voluntad de los ciudadanos en elecciones periódicas y no de la voluntad de los partidos —aunque estos últimos tienen la obligación de permitir en la elaboración de su lista, la representación de los distintos sectores que se expresan por medio del partido, tal como se sostuvo en la sentencia de 22-VIII-2014, Inc. 43-2013 (caso Ley de Partidos Políticos)—.

C. Según la teoría de la soberanía popular el pueblo, como titular del poder soberano, confiere un mandato a otra persona, el representante, para ejercerla en su nombre. Existe, entonces, un verdadero mandato libre, puesto que de un lado se encuentra el pueblo —que es el mandante— y de otro, el mandatario —que es el legislador—. El efecto de tal mandato consiste en producir una representación, de tal suerte que las manifestaciones de la voluntad emanada del Órgano Legislativo, deben entenderse emanadas del pueblo o soberano”.

DISPOSICIÓN QUE AUTORICE O HABILITE LA INCORPORACIÓN DE UN DIPUTADO A OTRO GRUPO PARLAMENTARIO, DISTINTO DE AQUEL POR EL QUE FUE ELEGIDO, VIOLENTA LA FINALIDAD DEL SUGRAGIO ACTIVO

“Por lo anterior, el mandamiento que realmente reciben los Diputados electos es de carácter representativo, es decir, que una vez electos, representan al pueblo entero y no al partido que los propuso como candidatos.

D. Al interpretar el art. 125 Cn., se deduce que cada Diputado representa por sí mismo al pueblo entero y no a los partidos que lo han postulado, ejerciendo un mandato de carácter general y no para cuestiones concretas. Se trata de un mandato libre, puesto que el representante opina y decide lo que le parece conveniente al interés general, no estando sujeto a ninguna orden, instrucción ni mandato imperativo.

El mandato imperativo se contraviene cuando el representante desatiende la voluntad del pueblo que lo ubicó por medio del sufragio activo, en una posición política electoral determinada en el marco de las elecciones libres, democráticas y periódicas, para incidir materialmente en la estructuración política y la emisión de la voluntad del Órgano Legislativo; esta transgresión al mandato representativo se produce cuando se da una de las circunstancias señaladas en el Considerando VI 1 D de esta sentencia.

Por tanto, toda disposición normativa que tienda a autorizar o habilitar la incorporación de un Diputado a otro grupo parlamentario distinto del partido político con el que participó en las elecciones legislativas, violenta la finalidad ulterior del sufragio activo, que es la única forma legítima para determinar la estructuración orgánica de la Asamblea Legislativa.

Asimismo, la vigencia de la disposición infraconstitucional que regule la constitución o ingreso a un grupo parlamentario distinto a aquél en el que se resultó electo, transgrede el carácter igualitario del voto y el valor del mismo, al disminuirse o aumentarse el número de representantes atribuidos a determinada posición política electoral, respecto a la configuración parlamentaria que hizo el electorado, afectando consecuentemente la representación proporcional, base de la democracia representativa y del pluralismo político”.

#### REFERENCIA AL CONTROL JURISDICCIONAL DEL TRANSFUGUISMO REALIZADO POR OTROS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

“3. Por otra parte, el fenómeno del transfuguismo político ha sido objeto de control jurisdiccional por otros Tribunales Constitucionales, los cuales centran su argumentación en el respeto que debe tener el Diputado a la voluntad del ciudadano elector.

A. Así, el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 119/1990, de 21-VI-1990, ha señalado que: “Los Diputados son representantes del pueblo [...] considerado como unidad, pero el mandato que cada uno de ellos ha obtenido es producto de la voluntad de quienes los eligieron determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito (y por tal ha de ser tenido mientras no haya una decisión judicial en contrario) en el que puede haberse incluido de modo tácito o expreso [...]. La fidelidad a este compromiso político, no guarda ninguna relación con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo, ni excluye, obviamente, el deber de sujeción a la Constitución [...]”.

B. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-303/10 del 28-IV-2010, al referirse a los aspectos concomitantes al fenómeno del transfuguismo, sostuvo: “[D]icho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina “electoral volatility”, denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores”.

En ese orden, en la sentencia antes relacionada dicha Corte agregó una consideración directa, referida esencialmente a la persona que realiza el tras-

lado a otro partido político: “El político que cambia de partido o movimiento político no solo defrauda al elector, sino que cuestiona la legitimidad democrática de su mandato representativo, por la simple razón que el partido o movimiento de acogida no lo tuvo en su lista única al momento de la elección y por ende, los ciudadanos no tuvieron oportunidad de apoyarlo, en tanto integrante de esa agremiación política”.

C. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, al motivar la sentencia de 30-IV-2003, referencia 2003-02865, en el proceso de inconstitucional promovido por un diputado partidario que posteriormente se declaró independiente y que pretendió conformar un grupo parlamentario unipersonal, desestimó la pretensión, aduciendo que: “[. ..] los Diputados acceden al cargo a través de los partidos políticos, y conservan con relación a esos partidos un vínculo de representatividad [...]”.

D. Como una aproximación jurisprudencial que explica la relación entre el partido político y el candidato electo como Diputado, se ha dicho por este Tribunal, en la resolución de 26-VI-2000, Amp. 34-A-96 (Avilés Cerna v. Asamblea Legislativa): “[...] si bien el diputado es propuesto por un partido político, lo único que le debe a éste, es una lealtad de atenerse al programa electoral presentado y por el cual los electores aprobaron al haberlo elegido. Lo cual no implica que tenga la obligación de sujetarse a las decisiones ni intereses de su partido. Esto es así, porque los diputados son representantes del pueblo en su conjunto; contrario a lo que sucede en el derecho privado, cuando el representante —llámese mandatario— cuida los intereses especiales de su mandante y está sujeto a sus instrucciones”.

Con las anteriores premisas y por todo lo expuesto en el presente Considerando, este Tribunal hace las siguientes afirmaciones, a fin de enmarcar los límites de la relación entre el candidato que es electo como Diputado, y el partido político que lo integró en sus listas y que lo presentó dentro de su oferta electoral: (i) no obstante que no es un requisito estar afiliado a un partido político para acceder al cargo de Diputado, el candidato que acepta participar —voluntariamente— en las listas ofrecidas por un instituto político en las elecciones, asume una vinculación político-ideológica con dicha organización, al menos durante el período de la legislatura para la cual fue electo; (ii.) la relación entre el candidato y el ideario político partidista, es uno de los elementos a considerar por los ciudadanos, quienes buscan su representación política por medio del candidato que consideran que desarrollará de mejor forma su visión política; (iii) dicho nexo no solo se vincula a nivel político partidario, sino que revela importancia jurídico constitucional, a efecto de defender y garantizar la finalidad esencial del sufragio activo —la representación política del pueblo— ante cualquier tipo de vulneración, incluida la que puede provenir de los mismos representantes; y (iv) en definitiva, que exista una conexión entre el partido político y el candidato electo, no significa que este último no pueda desempeñarse con total libertad e independencia, pues así lo exigen y garantizan los arts. 73 ord. 2°, 83, 86 inc. 1°, 121, 125, 235 y 246 Cn.

En conclusión, es insostenible constitucionalmente que los Diputados de la Asamblea Legislativa, bajo el argumento de ampararse en la prohibición del

mandato imperativo (art. 125 Cn.) y su independencia parlamentaria, transgreden el vínculo jurídico político de su adscripción partidista por la cual fueron electos; es decir, que es deber del Diputado respetar el mandato representativo conferido por el pueblo —que lo eligió por ofertar una programa político y defender un plataforma ideológica—, lo cual no lo exime de realizar su función legislativa conforme al bien común y a la Constitución de la República.

VII. Habiendo establecido las anteriores premisas normativas, jurisprudenciales y doctrinales, corresponde ahora resolver los motivos de inconstitucionalidad expuestos por el demandante, la defensa planteada por la Asamblea Legislativa y la Junta Directiva, y los argumentos de los Diputados vinculados al presente proceso, para resolver el problema jurídico identificado en esta oportunidad.

1. En esencia —respecto del primer parámetro de control— el pretensor considera que el transfuguismo incide de forma negativa en la representación política del elector —art. 72 ord. 1° Cn.—, la cual deviene del resultado concreto de la elección legislativa; dicha transgresión constitucional se origina porque la excepción establecida en el art. 34 inc. 2° RIAL, regula el requisito cuantitativo para la creación de un nuevo grupo parlamentario, al cual pueden ingresar aquellos Diputados que fueron electos en las listas postuladas por los partidos políticos.

A. El cuerpo electoral, por medio de una de las modalidades de participación política —el sufragio activo—, expresa la voluntad popular, la cual debe ser respetada por los poderes públicos, los partidos políticos y los particulares, ya que legitima constitucionalmente el acceso a todo cargo público representativo, en el que se incluye el de Diputado (art. 121 Cn.).

B. Sobre ello, puede afirmarse que existe una mayor ponderación a favor de la representación política del ciudadano y de una mínima limitación en el derecho de asociación del Diputado, ya que no puede perderse de vista que el derecho fundamental de los ciudadanos para participar e incidir en la estructuración de los órganos de representación política, no puede desconocerse por el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo representativo.

En esa lógica, los cambios de adscripción política no se hallan prohibidos en la Constitución de la República, pero tampoco una sola disposición —art. 125 Cn.— debe interpretarse aisladamente en contra de todo el sistema democrático representativo concebido por la Ley Suprema; es decir, pues, que está justificado que el ejercicio del derecho de asociación sea objeto de limitación, porque ello responde a una fundamentación objetiva, razonable y legítima: el elector emite el sufragio activo por el programa político que oferta el candidato, que guarda relación directa con el partido que lo incluyó en las listas de votación, lo cual tiene una trascendencia política para la democracia representativa”.

#### INCONSTITUCIONAL LA DISPOSICIÓN QUE PERMITE A LOS DIPUTADOS ABANDONAR EL GRUPO PARLAMENTARIO EN EL CUAL RESULTARON ELECTOS

“Sin embargo, quienes se apartan del programa electoral de la candidatura en la que fueron elegidos por los ciudadanos, traicionan el compromiso ideológico con el electorado, rompen la confianza entre representados y representantes



que crea la elección, e inciden arbitrariamente en la estructuración interna de la Asamblea Legislativa —facultad que únicamente le corresponde al pueblo—, infringen la conexión inescindible entre la voluntad del electorado y la representación en los asuntos públicos; en ese sentido, el argumento de los Diputados asociados al grupo parlamentario “Unidos por El Salvador”, relativo al trato discriminatorio entre legisladores es inadmisibles, porque el trato diferenciado se justifica respecto a los Diputados que aun respetan sus adscripción político partidaria y la voluntad del electorado.

C. La disposición jurídica impugnada permite que los Diputados que abandonan voluntariamente el grupo parlamentario en el cual resultaron electos, puedan integrar un nuevo grupo parlamentario, lo que implica un irrespeto y desconocimiento a la voluntad del pueblo, titular del poder soberano. Todo lo anterior, lleva a considerar a este Tribunal que el art. 34 inc. 2° RIAL y por conexión el AJD n° 1722 —al ser un acto de aplicación de aquél—, son inconstitucionales, y así deberá ser declarado en la presente sentencia, ya que contravienen la finalidad del sufragio en su modalidad activa, la cual es incidir efectivamente en la conformación y estructura de los órganos de representación política —art. 72 ord. 1° Cn.”.

#### PERMISIÓN NORMATIVA REGULADA EN EL REGLAMENTO INTERIOR DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA LESIONA EL CARÁCTER IGUALITARIO DEL SUFRAGIO

“2. Corresponde realizar algunas aproximaciones sobre el transfuguismo y los otros parámetros de control sugeridos por el ciudadano Chicas Alfaro, con la finalidad de exponer las consecuencias jurídicas que emana de la disposición impugnada sobre igualdad del sufragio activo.

Al examinar la disposición jurídica impugnada, a la luz de carácter igualitario del voto —art. 78 Cn.—, debe realizarse una precisión: todos los ciudadanos deben tener igual oportunidad de incidir en el resultado electoral, y por consiguiente, en la estructura interior de la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, dado el sistema de listas cerradas y desbloqueadas, los Diputados con afiliación partidaria que resultan electos, son depositarios de un caudal de votos por parte de los ciudadanos, los cuales tienen la opción de identificar concretamente al candidato que consideran que los representará de una mejor forma; es necesario considerar que el efecto inmediato que produce el art. 34 inc. 2° RIAL, es que reconoce como válida la deslealtad político legislativa del Diputado —consistente en abandonar el grupo parlamentario en el cual resultó electo, para su posterior incorporación a otro grupo parlamentario—, lo que provoca una desigualdad no justificada.

En ese contexto, el argumento planteado por los Diputados propietarios [...], [...], [...] Y [...], y la Diputada suplente [...], respecto de que el voto no pierde valor porque subsiste la representación, carece totalmente de fundamento, porque la pérdida del carácter igualitario del voto no es de su valor cuantitativo, sino del valor cualitativo, es decir, de su eficacia. La afectación implica que el ciudadano ha dejado de ser representado por la persona que eligió, lo cual debe compararse con aquellos ciudadanos que aún son representados por el Diputado que ha respetado su vinculación con la oferta político electoral que lo propuso como candidato.

En consecuencia, la permisón normativa de la disposición impugnada para crear un nuevo grupo parlamentario, además de ser un fraude a la voluntad del elector, lesiona el carácter igualitario del sufragio activo, porque posibilita que los Diputados que abandonan un grupo parlamentario conformen otro nuevo, originándose una desigualdad del voto, porque no cumple el objetivo de incidir materialmente en la configuración de la Asamblea Legislativa, lo cual difiere de aquellos votos que si cumplen con tal finalidad.

Por lo expuesto, esta Sala considera que el art. 34 inc. 2° RIAL, y por conexión jurídica material el AJD n° 1722, también son inconstitucionales, y así deberá declararse en la presente sentencia porque contravienen el art. 78 Cn., al permitir que la garantía del carácter igualitario del sufragio activo, sufra una conculcación en cuanto a la posibilidad de incidir en la composición del Órgano Legislativo”.

#### VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL CUANDO UN DIPUTADO TRANSGREDE EL VÍNCULO IDEOLÓGICO ASUMIDO VOLUNTARIAMENTE CON EL PARTIDO POLÍTICO

“3. Como se había anticipado, para efectos constitucionales, la representación proporcional que establece el art. 79 inc. 2° Cn., no puede analizarse desde un punto de vista estrictamente eleccionario, es decir, que se agote con el establecimiento de circunscripciones territoriales y la asignación de escaños, según su relevancia poblacional.

Del principio de representación proporcional surge la exigencia constitucional que la Asamblea Legislativa se encuentre conformada de manera tal que las fuerzas políticas —en la medida cuantitativa y cualitativa que determinó el cuerpo de electores al emitir el sufragio activo— garanticen, por una parte, que todo ciudadano se encuentre debidamente representado y, por otra, que en el Órgano Legislativo se encuentren las visiones político-ideológicas relevantes sobre la realidad del país, para que contribuyan en la toma de las decisiones que tengan incidencia en la generalidad de la población.

Bajo estas premisas, cabe aclarar que la elección para Diputados al Parlamento es por personas, tal como lo sostienen los Diputados del grupo parlamentario “Unidos por El Salvador”; pero en el caso particular de aquellos legisladores con adscripción política partidaria, éstos no pueden transgredir el vínculo ideológico asumido voluntariamente con el partido político, porque deliberadamente se identificaron con el programa político de aquella organización que los incluyó en sus listas y que fue uno de los elementos que los llevaron a ser electos en los cargos públicos representativos. De incumplirse tal deber, el diputado tránsfuga debilita una posición jurídico- política electoral, a la cual el pueblo le otorgó su representación proporcional determinada en el resultado.

En consecuencia, cuando el Diputado voluntariamente abandona el partido político por el cual participó en las elecciones y se declara independiente, crea o se asocia a otro grupo parlamentario, violenta la representación proporcional de las fuerzas políticas, ya que existe una segregación individual y, por consiguiente, una reducción de la representación delegada por el pueblo; y por otra

parte, existe un aumento de la representación en otra fuerza política, que no fue dictado por el cuerpo electoral, por tanto, existe una alteración arbitraria a la representación graduada por el elector.

Esta alteración no se produce cuando se conforman grupos parlamentarios integrados por Diputados de distintos partidos o por no partidarios, sobre temas específicos de interés nacional o general (v. gr., grupos parlamentarios ambientalistas, de mujeres, etc.), en cuyo caso su actuación tiene legitimación constitucional mientras no desconozcan la voluntad del electorado al que se deben, y se mantengan integrando el grupo parlamentario en el cual resultaron electos como consecuencia del sufragio de los electores.

En definitiva, este Tribunal concluye que el art. 34 inc. 2° RIAL y por conexión el AJD n° 1722 son inconstitucionales, y así deberá declararse en la presente sentencia, ya que transgreden la finalidad estructural del art. 79 inc. 2° Cn., al regularizar la conformación de grupos o fracciones parlamentarias que no devienen de los partidos políticos que participaron en las elecciones y que no gozan de la representatividad.

Por lo tanto, es igualmente inconstitucional que los partidos políticos acojan en su grupo parlamentario a los Diputados tráfugas, porque ello deviene también en el irrespeto y desconocimiento de la voluntad del pueblo expresadas en las urnas el día de la elección”.

#### DIMENSIONES DEL PLURALISMO

“B. Este Tribunal ha sostenido en las sentencias de 6-IX-2001 y 21-VIII-2009, Incs. 27-99 y 24-2003, respectivamente, que el principio de pluralismo tiene dos dimensiones: la primera referida al pluralismo ideológico, el cual en contraposición al totalitarismo, implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad, y que ésta sólo puede ser alcanzada a través de la discusión y del encuentro entre posiciones diversas; y por otro, el pluralismo político, el cual, en contraposición al estatismo, implica el reconocimiento y protección a la multiplicidad de grupos e instituciones sociales que se forman natural y espontáneamente entre el individuo y el Estado, las cuales, aunque no forman parte de la estructura gubernamental, sí influyen en la formación de las decisiones políticas fundamentales.

1. La sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad implica una incidencia directa sobre la validez constitucional del objeto de control y, al mismo tiempo, una proyección sobre su vigencia, en cuanto que el eventual pronunciamiento definitivo que emita esta Sala versará específicamente sobre la constitucionalidad de su forma o contenido, situación que encuentra su materialización en la expulsión de la disposición del ordenamiento jurídico (resolución del 2-VII-2012, Inc. 41-2012).

En consecuencia, puede afirmarse que 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 al art. 183 Cn., las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un pre-

cepto legal tienen efectos generales y provocan la invalidación de la disposición inconstitucional”.

#### PARÁMETROS Y PROHIBICIONES QUE DEBERÁN ACATAR LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y DIPUTADOS INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS

“2. Sin embargo, como consecuencia del fallo que habrá de pronunciarse en este caso, a partir de la presente sentencia el Órgano Legislativo, los diferentes grupos parlamentarios y los Diputados individualmente considerados, deberán observar los siguientes parámetros a fin de respetar la voluntad del electorado en la conformación de cada legislatura:

A. Los Diputados no están habilitados para abandonar la posición política representativa en el grupo parlamentario que les corresponde por decisión soberana del pueblo, adoptando una posición distinta de la que se ofreció y fue decidida así por los electores, con el fin de ingresar a otro grupo parlamentario existente o crear uno nuevo; por tanto, la Asamblea Legislativa ni la Junta Directiva de la misma, podrán reconocer a grupos parlamentarios surgidos al margen de la voluntad popular, que impliquen un fraude al electorado, en cuanto a la configuración legislativa surgida de las urnas.

B. Los Diputados no podrán abandonar el grupo parlamentario del partido político que lo postuló para el cargo, ni declararse independientes bajo el argumento de hacer uso de la garantía establecida en el art. 125 Cn., o de ejercitar el derecho de asociarse a un partido político —art 7 y 72 ord. 2° Cn.—; por tanto, los Diputados que estén integrando un grupo parlamentario diferente a aquél en que resultaron electos, no podrán continuar en el mismo.

C. Los Diputados que sean expulsados de sus partidos políticos o renuncien de los mismos, no podrán ingresar a un grupo parlamentario existente, ni crear con otros Diputados un nuevo grupo parlamentario autónomo.

D. Los Diputados no podrán ingresar al grupo parlamentario de un partido político que no participó en las elecciones correspondientes, y que por lo tanto no contó con el apoyo del electorado”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 66-2013, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

## TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

### REGULACIÓN DEBE HACERSE POR MEDIO DE UNA LEY FORMAL

“A. a. La existencia del mandato constitucional que el art. 24 letras f. y h. LPP habría omitido dar cumplimiento.

Por una parte, el art. 2 inc. 1° frase final Cn. establece el derecho a la protección y, por otra, el art. 6 Cn. estatuye el derecho a la libertad de expresión, de la cual deriva el derecho de acceso a la información. Una interpretación sistemática de ambas disposiciones que tome en cuenta la dimensión objetiva de ambos derechos permite inferir la existencia de un derecho de protección que lleva consigo la pretensión de que se desarrollen diversos deberes de actuación por parte

del poder público, destinados a garantizar el acceso efectivo a la información; a proveer los medios indispensables para el ejercicio de este; y a disponer los procedimientos y la organización institucional necesarios para que el Estado pueda garantizar adecuadamente este tipo de derecho fundamental.

Entonces, en cumplimiento de su obligación de protección en el acceso a la información de los partidos políticos, el Legislativo debe emitir leyes que fomenten la transparencia en el quehacer partidario, en concreto, en el financiamiento de los partidos y de las campañas electorales. Acceso a la información y transparencia son dos elementos inseparables que se integran en la libertad de expresión. Esta simbiosis exige del Legislativo una prestación normativa: establecer legalmente los procedimientos para obtener información que se requiera a los partidos políticos, en especial, la relativa al origen y destino de los fondos con que estos partidos y candidatos financian su actividad. El deber de protección del acceso a la información implica que el Legislativo debe crear procedimientos que permitan o faciliten al ciudadano obtener información sobre quién y cuáles sectores están detrás de cada candidato.

La transparencia y la rendición de cuentas por parte de los partidos políticos constituyen una materia fundamental sometida a regulación por medio de Decreto Legislativo. Esto significa que la ley formal debe ocuparse de la transparencia en el financiamiento de los partidos y de las campañas electorales. Dado esto, los arts. 2 inc. 1° frase 2ª y 6 Cn. contienen un mandato implícito para que el Legislativo emita un cuerpo jurídico que regule o desarrolle el derecho de acceso a la información de los particulares frente a los partidos políticos.

Según lo argüido por los actores, parecería que esa regulación debería estar contenida en los arts. 24 letras f. y h. LPP. Sin embargo, esta Sala interpreta que este precepto es solo un término de referencia que alude a la voluntad legislativa de regular algunos supuestos en que los partidos políticos tienen el deber de facilitar información a la ciudadanía (por medios electrónicos o escritos). Esto se fundamenta en el contenido del correspondiente enunciado normativo, acorde al objeto de la LPP. Según este, la citada ley pretende regular la "... institucionalidad de los partidos políticos [y] su interrelación con la ciudadanía y con otros entes, en el marco de las normas y principios de la democracia representativa establecida en la Constitución".

Asimismo, el acceso a la información partidaria requiere como condición necesaria la existencia de una institución contralora que garantice su protección eficaz. Esta debe poder acceder a los datos, verificar su legalidad y aplicar las sanciones correspondientes. De igual forma debe garantizar la llegada de la información a los ciudadanos, de manera efectiva, sencilla y oportuna. En definitiva, se requiere de una entidad que audite la información de los partidos políticos, y que determine la veracidad de los registros que estos posean.

En consecuencia, la Constitución impone a la Asamblea Legislativa el deber u obligación de establecer reglas que fomenten o, en su caso, exijan transparencia y acceso a la información. De ahí que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al Legislativo se encuentra plenamente establecido en el presente proceso".

"b. La existencia del mandato constitucional que el art. 37 inc. 1° LPP habría omitido dar cumplimiento.

El art. 72 ord. 3° Cn. estatuye el derecho a optar a cargos públicos y, el art. 79 inc. 3° establece que la ley determinará la forma, tiempo y demás condiciones para el ejercicio del sufragio. En casos como el presente, es a esta Sala a quien corresponde fijar con precisión si estamos en presencia de una materia reservada a la ley; y en el art. 79 inc. 3° Cn., el vocablo “ley” debe entenderse como “ley en sentido formal”. Esta opción interpretativa se fundamenta en que los partidos políticos no escapan a la fuerza normativa del principio de democrático, tal como se dijo previamente. Si dichas organizaciones son el “único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno”, entonces sus normas internas, su organización y su funcionamiento también deben quedar sujetos a los principios y reglas de la democracia representativa, tal como exige el art. 85 inc. 2° Cn.

Uno de los estatus de libertad (el interno) de los partidos políticos postula que un proceso genuinamente democrático debe ser libre desde su origen, esto es, desde las elecciones internas de los precandidatos partidarios. Los procedimientos que los partidos emplean para elegir a sus autoridades internas y a los candidatos a cargos públicos es dispar, al tener cada instituto político su propia metodología de elección, y porque esta pueden ser sometida a constantes cambios, por la facilidad de reforma de los estatutos partidarios. Entonces, como una garantía, la democracia interna exige que sea el Legislativo el que la regule o actualice. Ello implica que la ley debe ocuparse, con mayor o menor detalle, de los derechos y obligaciones de los partidos políticos, las relaciones entre afiliados y partido y la conformación de sus órganos de gobierno.

Por causa de lo anterior, la remisión que hace el art. 37 inc. 1° LPP a los estatutos de cada partido político es constitutiva de una deslegalización de una materia reservada al Legislativo: la democracia interna partidaria. Con ello el legislador pretende desligarse de su deber de protección. La reserva de ley impide que el mismo legislador se desvincule por vía la deslegalización de la materia, de la potestad normativa que le atañe. La reserva de ley es “... 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 6-IX-2001, Inc. 27-1999), y no, como en este caso, de los partidos políticos. Aquí existe también, pues, un mandato constitucional impuesto a la Asamblea Legislativa para que emita una ley, o reforme las que existen, que regule la democracia interna de los partidos políticos. De ahí que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador se encuentra plenamente establecido en el presente proceso”.

#### DIFERENCIACIÓN ENTRE LA DECISIÓN POLÍTICA DE EMITIR UNA LEY FORMAL Y LA TÉCNICA LEGISLATIVA QUE DEBE DE USARSE PARA SU REDACCIÓN

“c. En cuanto al Capítulo IV del Título VI, denominado “Patrimonio y Financiamiento de los Partidos Políticos” LPP, los actores señalan que prevé un límite al monto global de financiamiento privado que los partidos pueden recibir, más allá de los límites a las aportaciones por persona natural o jurídica. De acuerdo con esto, la alegación parece insinuar que existe una exigencia constitucional

de regular en ese capítulo, y solo en ese, la cantidad máxima de los aportes privados. Esta consideración, más que poner de manifiesto el incumplimiento a un mandato dirigido al legislador, subraya un reproche a la técnica legislativa empleada para la redacción del mencionado capítulo.

Sobre este punto, es pertinente reconocer la diferencia que hay entre la decisión política de emitir una ley formal o disposiciones jurídicas formales y la técnica legislativa que debe utilizarse para la redacción de estas. La primera corresponde a la Asamblea Legislativa pues su atribución por antonomasia es la de legislar (arts. 121 y 131 ord. 5° Cn.); esta decisión apunta al contenido de una ley que el legislador puede emitir de acuerdo con el margen de acción estructural que la Constitución delimita. La segunda, la técnica, en realidad no es necesariamente una tarea del legislador, sino del técnico y apunta al continente, es decir, al texto que formaliza la decisión política. Entre la voluntad política del legislador al tomar esa decisión (lo que el legislador quiere sancionar) y el texto aprobado debe existir fidelidad, por lo que la técnica legislativa entraña un acto de “traducción” de la decisión política del legislador (auto de 5-VII-2013, Inc. 156-2012).

En principio, la Asamblea Legislativa tiene la obligación de actualizar o cumplir los mandatos que la Constitución le impone. Dicho órgano no puede abstraerse de ese deber. Pero esto no significa que toda la regulación que deba adoptar deba estar contenida en un único capítulo, cuerpo normativo o en una única disposición jurídica. Y ello, a pesar del reproche que se pueda hacer al legislativo por la técnica utilizada al emitir un decreto de que se trate. La Constitución no establece un mandato o una orden al Legislativo, para que este regule en el Capítulo IV del Título VI, denominado “Patrimonio y Financiamiento de los Partidos Políticos” LPP, y solo en ese capítulo, todo lo referente al financiamiento privado. Una deficiencia en la técnica puede provocar que una disposición, capítulo o ley haya omitido regular una materia o estado de cosas que la Constitución impone. Sin embargo, de ello no debe inferirse que se ha incumplido un mandato constitucional. Esa regulación bien puede estar contenida en otro cuerpo normativo. En consecuencia, al no haberse determinado la existencia de un mandato constitucional como el que los actores pretendieron derivar del art. 85 inc. 2° frase 2ª Cn., no es necesario continuar el análisis de los demás requisitos de la inconstitucionalidad por omisión, en relación con el tema relativo a los aportes privados”.

#### OMISIONES LEGISLATIVAS RELACIONADAS CON LOS PARTIDOS POLÍTICOS, SUS CAMPAÑAS Y FINANCIAMIENTO

“B. Verificar si existe un comportamiento omisivo del Legislativo para cumplir con los mandatos constitucionales previamente identificados.

En relación con el comportamiento omisivo del Legislativo, la inconstitucionalidad alegada por los demandantes se apoya en que no existe en los arts. 24 letras f. y h. y 37 inc. 1° LPP, ni en ningún otro cuerpo normativo, una regulación que prevea o establezca, por un lado, los procedimientos para obtener la información pública que se requiera a los partidos políticos y una institución que proteja o asegure el ejercicio de ese derecho, específicamente para detallar la

fuerza u origen del financiamiento de los institutos políticos, esto es, qué personas naturales o jurídicas contribuyen, la cuantía de los aportes o el destino que se les dé a estos; y, por el otro lado, la forma, tiempo y demás condiciones de ejercicio del sufragio—activo y pasivo— y, en general, las diversas concreciones de la democracia representativa dentro de los partidos políticos.

Y en efecto, en el ordenamiento jurídico no existen leyes formales que creen o reglamenten la transparencia en el financiamiento de los partidos y de las campañas electorales; la exigencia de presentar rendiciones de cuentas a un determinado organismo y a la población; la forma y contenido de esas rendiciones de cuentas, para permitir el análisis y comparación de la información; mecanismos adecuados de difusión y divulgación de la información contenida en las rendiciones de cuentas; el registro de la información partidaria; la llegada de la información a los ciudadanos, de manera efectiva, sencilla y oportuna; los instrumentos de auditoría; una institución que se encargue de controlar esto; y, sobre todo, la transparencia sobre el origen y destino de los fondos con que los partidos y candidatos financian su actividad. Del mismo modo, no existe regulación legal alguna que establezca o se refiera al ejercicio libre del derecho a votar —con todas sus garantías: libre, igualitario, secreto y directo— y participar activamente en los procesos para integrar los órganos internos de los partidos políticos; a la postulación como precandidato para puestos de elección popular; a la solicitud y recepción de información sobre la marcha interna de la organización; a manifestar libremente sus puntos de vista dentro y fuera del partido; y a la participación en la elaboración de los programas o en espacios de discusión. De esta manera, también se ha constatado que existe un comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa para cumplir con los mandatos constitucionales apuntados”.

#### EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EFICACIA DIRECTA

“C. Para establecer si el comportamiento omisivo del Legislativo ha sido injustificadamente dilatado, es pertinente indicar que el deber de protección de los derechos fundamentales que tiene el Estado está relacionado con la eficacia que estos despliegan. En virtud de esta eficacia, el Estado adquiere el deber de proteger los derechos de las personas de la influencia no solo del Estado mismo, sino también de los particulares y de cualquier otra entidad con capacidad para transgredirlos. Se trata de que los derechos constitucionales cobren virtualidad frente a todos. Para tal fin, estos derechos adquieren una dimensión objetiva, por efecto de la cual irradia sus contenidos hacia el resto del orden jurídico y fundamentan deberes de protección en cabeza de los poderes públicos.

La eficacia de los derechos fundamentales se presenta como una eficacia directa, en virtud de la cual estos derechos valen de modo inmediato en las relaciones entre el poder público y los particulares y, por ello, todos los obligados (incluido el Legislativo) los deben proteger. Los derechos fundamentales son aplicables de modo directo e inmediato, tanto en su dimensión negativa (o de libertad) como de su dimensión positiva (o de prestación). Y esto es con independencia de que estén configurados legislativamente para que sus contenidos relevantes tengan carácter vinculante. De esta forma, el principio de constitu-



cionalidad nos impone reconocer que los derechos y principios adscritos a las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control poseen fuerza normativa que obliga al Legislativo. Existen por el hecho de aparecer, expresa o tácitamente, en la Constitución. Sin embargo, la Asamblea Legislativa no ha establecido las garantías pertinentes para asegurar su eficacia. Esta ausencia de garantías debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada por dicho órgano”.

DILACIÓN INJUSTIFICADA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EXPEDIR LEYES QUE ASEGUREN O PROTEJAN TANTO EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO SU DEMOCRACIA INTERNA

“Si a lo anterior se agrega que no es imprescindible que los mandatos constitucionales dirigidos al Legislativo tengan previsto un plazo para la adopción de disposiciones infraconstitucionales, no podría alegarse como una justificación para no emitir la normativa pertinente el que la Constitución haya omitido estatuir un plazo para ello. Y si se toma en cuenta el tiempo transcurrido desde la vigencia de la Constitución hasta la fecha en que se emite la presente sentencia, la conclusión es necesaria: el comportamiento omisivo del Legislativo de expedir un cuerpo jurídico que asegure o proteja el acceso a la información de los partidos políticos, así como la democracia interna de estos, ha sido excesivamente dilatado.

D. En consecuencia, se deberá declarar la inconstitucionalidad por omisión alegada por los demandantes, debido a que la Asamblea Legislativa no ha emitido ningún cuerpo jurídico que actualice el contenido de los arts. 2 inc. 1° frase 2ª y 6 Cn., así como de los arts. 72 ord. 3° y 79 inc. 3° Cn., todos ellos relacionados con el art. 85 inc. 2° frase 2ª Cn.

IX. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, ahora corresponde determinar los efectos de esta sentencia.

En el presente caso, tal como quedó argumentado, la Asamblea Legislativa ha retardado la emisión de leyes que aseguren la protección del derecho de acceso a la información partidaria y de los principios de transparencia de los partidos políticos y democracia interna de estos. Por ello, reconociendo que la eficacia del derecho constitucional y principios aludidos no puede postergarse, es pertinente que la Asamblea Legislativa, dentro del plazo que esta sentencia establezca, emita la normativa en la que tomen en consideración, al menos, los siguientes parámetros:

“1. *Relativos al derecho de acceso a la información que tienen los ciudadanos frente a los partidos políticos:* (i) el origen y destino de los fondos con que los partidos y sus candidatos financian su actividad; (ii) las estructuras organizativas de los institutos políticos, que incluya una instancia cuya función contralora garantice la rendición de cuentas; (iii) la garantía de los ciudadanos de acceso a la información de interés público en poder de los partidos.

2. *Relativos a la democracia interna de los partidos políticos:* garantizar y hacer efectivo al interior de los partidos políticos el ejercicio de las libertades democráticas —v. gr., libertad de expresión, opinión y crítica pública, petición,

reunión, etc.— y el derecho al voto libre de los miembros del partido, así como el derecho a ser votado para participar como candidatos en elecciones populares.

3. Dado que es manifiesta la omisión actual de protección legislativa que afecta al derecho de acceso a la información y a los principios de transparencia y de democracia interna de los partidos políticos y que, además, reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa expida la ley, o haga las reformas legales pertinentes, que den cumplimiento a los mencionados mandatos constitucionales y a los parámetros de esta sentencia. Por tanto, la Asamblea Legislativa deberá emitir, en el plazo de dos meses, contados a partir de esta fecha, las reformas pertinentes que incluyan las consideraciones de esta sentencia.

En virtud de que es un hecho notorio que los partidos políticos han iniciado ya sus procedimientos internos para la selección y postulación de candidatos a Diputados y miembros de concejos municipales para las elecciones programadas para el año 2015, los parámetros de esta sentencia referidos únicamente a la democracia interna de los partidos, no podrán ser exigibles para el presente proceso electoral, dados los efectos previsibles que pudieran ocasionarse”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 43-2013, fecha de la resolución: 22/08/2014.*

## TRANSPORTE ALTERNATIVO DE PASAJEROS

### INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 6 Y 7 DE LA ORDENANZA REGULADORA DEL SECTOR DE TRANSPORTE LOCAL ALTERNATIVO DE MOTO-TAXIS DEL MUNICIPIO DE QUEZALTEPEQUE, AL CONSTITUIR UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

“A. Ya se apuntó en el considerando IV de esta sentencia que la libertad de asociación reconocida en el art. 7 Cn. contempla *la libertad de no asociarse*. Por tanto, el *requisito* de asociarse para poder ejercer alguna actividad lícita *constituye una limitación o una barrera de entrada en la actividad concernida*; que incide en la libertad de asociación, pues coarta la posibilidad de no asociarse; pero además, en el derecho que se vincule con la actividad relacionada. Y de ahí que el art. 7 Cn. prohíba de manera palmaria tal exigencia.

B. Asimismo, en el considerando III se estableció el contenido normativo de los preceptos objetos de control, en el siguiente sentido:

a. El art. 6 del D.M. 135/2010 establece que toda persona natural o jurídica que pretenda dedicarse a la actividad del transporte público alternativo de pasajeros dentro del municipio concernido *deberá pertenecer a una asociación; además, tendrá que presentar una serie de documentos provenientes de la entidad colectiva a la que pertenece*.

Por tanto, la referida disposición *supedita la posibilidad de prestar el servicio alternativo de transporte público a la observancia de múltiples mandatos que únicamente pueden ser cumplidos si la persona interesada en la prestación del servicio pertenece a una asociación o cooperativa domiciliada en el municipio de Quezaltepeque*.

En ese sentido, el referido precepto municipal constituye un límite a la libertad de asociación en su faceta negativa, ya que la realización de una actividad

lícita, el servicio público de transporte alternativo local, se subordina a la pertenencia a una asociación, por lo que soslaya frontalmente la prohibición establecida en el art. 7 inc. 2° Cn. que determina: “No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación”.

b. El art. 7 del D. M. 35/2010, ya se indicó, reitera el mandato arriba citado; por lo cual también implica una limitación a la libertad de asociación en su faceta negativa”.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 11 LETRAS “B” Y “E” Y ART. 12 LETRA “F”, DE LA ORDENANZA REGULADORA DEL SECTOR DE TRANSPORTE LOCAL ALTERNATIVO DE MOTO-TAXIS DEL MUNICIPIO DE QUEZALTEPEQUE, ANTE INCIDENCIA RESTRICATIVA A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

“c. Por su parte, el art. 11 letras “h” e “i” del D. M. 35/2010 obliga: a que los propietarios de cualquier unidad del aludido servicio de transporte deban estar asociados; que los conductores de las unidades vistan pantalón y camisa distintivas de la entidad colectiva a la cual brindan el servicio; y, que porten una credencial autorizada por dicha entidad. Mandatos que —como ya se había indicado en el considerando III— requieren un vínculo habilitante entre una asociación y el conductor de la unidad de transporte. De manera que para la prestación del servicio se impone la pertenencia del prestador a una entidad colectiva. Así, por las mismas razones que los artículos precedentes, incide restrictivamente en la libertad de asociación en su faceta negativa.

d. En cuanto al art. 12 letra “f” del decreto impugnado, establece que las unidades de transporte deben tener un distintivo de alguna asociación y el Togo de la municipalidad. Ello también requiere la pertenencia a una entidad colectiva; y por tal razón limita la libertad de asociación en su faceta negativa”.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 23 INC. 2°, DE LA ORDENANZA REGULADORA DEL SECTOR DE TRANSPORTE LOCAL ALTERNATIVO DE MOTO-TAXIS DEL MUNICIPIO DE QUEZALTEPEQUE, AL CONTRADECIR EL ART. 7 INC. 1° DE LA CONSTITUCIÓN

“e. Por último, el art. 23 inc. 2° del D. M. 35/2010 determina que los transportistas que no sean miembros de una organización, tendrán 15 días contados a partir de la entrada en vigencia de la ordenanza, para que en dicho plazo se integren a una organización. Exigencia que contradice lo estipulado por el art. 7 inc. 1° Cn., puesto que establece una obligación que ha sido vedada por el citado precepto constitucional, que establece: “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

2. A. Por tanto, se ha evidenciado en el acápite que antecede que cada uno de los preceptos impugnados contienen normas que restringen el derecho a la libertad de asociación en su faceta negativa, respecto de la prestación del servicio de transporte local alternativo mediante las denominadas “*mototaxis*”; por cuanto para autorizar la prestación de dicho servicio establecen diversos mandatos cuyo cumplimiento requiere la pertenencia a una asociación.

B. Ahora bien, se indicó en el considerando IV de esta sentencia que la libertad de asociación en su faceta negativa, como todo derecho fundamental, admite límites, por lo que era válido constitucionalmente que se limitara tal derecho cuando ello resultara necesario para la consecución de otros fines relevantes constitucionalmente. Sin embargo —considerando VI—, tales límites son materia de reserva de ley, por lo que debían crearse mediante ley en sentido formal.

Entonces, pese a la potestad normativa municipal reconocida en el art. 204 Cn. —abordada en el considerando V de esta sentencia—, las municipalidades *no pueden establecer límites a los derechos fundamentales*, quedando habilitadas respecto de tales derechos únicamente para regularlos; es decir, para emitir una normativa que complemente los límites instaurados por el legislador.

C. De lo anterior se colige que los preceptos municipales impugnados efectivamente conculcan el derecho a la libertad de asociación de las personas que deseen prestar el servicio de transporte público alternativo de pasajeros dentro del municipio de Quezaltepeque, pues vedan la posibilidad de prestar tal servicio a quienes no pertenezcan a una asociación. Y ello, sin que se haya justificado que tal restricción sea necesaria para asegurar la consecución y tutela de determinados fines públicos constitucionalmente relevantes, pues la autoridad emisora de dichos preceptos *no rindió el informe requerido* de conformidad con el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en el cual pudo haber aportado argumentos a favor de la constitucionalidad de estos; y, *tampoco en el D. M 35/2010 consta alguna consideración que intente justificar la necesidades de las medidas restrictivas analizadas. Además, dichas restricciones carecen de la cobertura legal requerida*, pues han sido creadas a través de una ordenanza municipal, sin que haya algún cuerpo legal que las contemple o aluda.

Por tanto, los arts. 6; 7; 11 letras “h” e “i”; 12 letra f) y 23 inc. 2° del D. M. 35/2010 son contrarios a la libertad de asociación en su faceta negativa, reconocida en el art. 7 inc. 2° de la Constitución, por lo que así debe ser declarado; y, por ende, expulsados del ordenamiento jurídico”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 79-2010, fecha de la resolución: 22/09/2014.*

## TRIBUTOS

### ELEMENTOS ESENCIALES O CONFIGURADORES

“a. Por *elementos esenciales o configuradores del tributo* 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”.

#### DIFERENTES TIPOS DE TRIBUTOS: IMPUESTO, TASA, CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

“2. Ahora bien, es preciso aclarar que la intensidad de la intervención legislativa en materia de tributos y la forma de entender la reserva de ley se ven condicionadas *por el tipo de tributo del que se trate*.

A. a. Sobre los diferentes tipos de tributos, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —verbigracia, en sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005— 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.

b. La *tasa*, 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).

c. 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—. *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 87-2010, fecha de la resolución: 01/10/2014.*

### VOTO CRUZADO

#### DEFINICIÓN

“Por “voto cruzado” se entiende “aquel en que el elector hubiere marcado candidatos o candidatas de distintos partidos políticos, distintos candidatos o candidatas no partidarios, o candidatos o candidatas de partidos políticos y al mismo tiempo, candidatos o candidatas no partidarios”, se concluye que el art. 185 inc. final CE prohíbe todas estas alternativas de votación”.

“La prohibición del voto cruzado no es condición, ni suficiente ni necesaria, para la validez del voto en los términos del art. 205 letras b, c y d CE y, por consiguiente, no puede predicarse una conexión entre ellas. Y si esto se acepta,

entonces no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por los demandantes, y así deberá declararse en el fallo”.

#### VALIDEZ DEL VOTO EN EL ART. 205 LETRAS B, C Y D DEL CE, NO DEPENDE DE LA PROHIBICIÓN DEL VOTO CRUZADO

“El voto es válido si se producen las circunstancias pertinentes (el contexto temporal de elecciones para diputados, la identidad del votante, etc.) y si el ciudadano realiza la conducta de marcar en las opciones a que se refiere tal disposición. Estas circunstancias están previstas todas ellas en la misma norma. Se trata de una norma que regula ella misma su antecedente y su consecuente. Con base en esta premisa, la clase de acciones prohibidas por el art. 185 inc. 3° CE no puede considerarse como el antecedente del resultado institucional producido, es decir, votos o marcas válidos. La prohibición del voto cruzado no es condición, ni suficiente ni necesaria, para la validez del voto en los términos del art. 205 letras b, c y d CE y, por consiguiente, no puede predicarse una conexión entre ellas. Y si esto se acepta, entonces no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por los demandantes, y así deberá declararse en el fallo.

El Legislativo ha previsto en este caso dos supuestos de nulidad, los cuales son inconstitucionales dado que comprenden situaciones en las que el elector manifiesta libremente su voto al escoger, entre diversas opciones posibles, a los candidatos de su preferencia; lo cual, lejos de representar un acto nulo, refleja la libertad inherente al derecho al sufragio. En consecuencia, los dos supuestos contemplados en tal disposición son inconstitucionales y así deberá ser declarado en la presente sentencia.

El art. 207 letra d del CE, prescribe que el voto es nulo: (i) “cuando estuvieren marcados dos o más candidatos o candidatas no partidarios”, o (ii) cuando estuvieren marcados “uno o más candidatos o candidatas no partidarios y una bandera de partido o coalición”. El primero de tales supuestos no puede adolecer de nulidad dado que constituye el ejercicio libre del voto, por lo tanto dicha disposición es inconstitucional y así deberá ser declarado en la presente sentencia. En el segundo supuesto se produce la misma circunstancia prescrita en la letra b del art. 207 del CE, pues el elector marca un número de candidatos que excede a los diputados asignados por el Código Electoral a la circunscripción departamental respectiva. Por tanto, este último supuesto no es inconstitucional, y así deberá ser declarado en la presente sentencia”.

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 48-2014, fecha de la resolución: 05/11/2014.*

#### TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL ES EL ÓRGANO COMPETENTE PARA APLICAR LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL VOTO LIBRE Y DE LA PLENA CAPACIDAD DE OPCIÓN DE LOS ELECTORES

“Ante la ausencia de tal legislación, es el TSE el órgano a quien corresponde aplicar de modo directo las garantías constitucionales del voto libre y de la plena capacidad de opción de los electores, tal como ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Sala.

Este Tribunal reitera que, cuando los ciudadanos decidan emitir voto cruzado, la sumatoria de las fracciones en que se divida el voto, no puede ser en ningún caso inferior al valor de la unidad. Otorgarle un valor diferente a las marcas o fracciones, en el supuesto del voto cruzado, implica dar un tratamiento diferente al ciudadano que opta por esta modalidad, respecto del que vota por bandera, lo cual es una violación al carácter igualitario del voto, consagrado en el art. 78 Cn., y contradice la jurisprudencia de esta Sala (Inc. 57-2011, Sentencia de 7-XI-2011). En consecuencia, cada ciudadano tiene derecho a un voto, y a que éste tenga el mismo peso o valor en la obtención de los escaños legislativos, independientemente del número de marcas que decida consignar entre los candidatos, en la modalidad de voto cruzado.

Este Tribunal no puede determinar la manera en que se habrá de construir el método de conteo de votos cruzados y la respectiva asignación de escaños, tarea que compete, por mandato constitucional, al Órgano Legislativo y en el presente caso, en su defecto, al Tribunal Supremo Electoral, como máxima autoridad en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, este tribunal debe reafirmar que el método para la implementación del voto cruzado que deba adoptarse para cumplir con la sentencia, tiene que garantizar que los ciudadanos voten libremente, es decir, con plena capacidad de opción que le permita seleccionar entre todas las alternativas posibles, las de su preferencia como elector; y a su vez, debe garantizarse que el voto de los ciudadanos, sin distinción alguna, independientemente que voten por bandera, u opten por marcar en una o varias listas o planillas —partidarias y no partidarias—, tenga igual peso o valor en el resultado electoral”.

*Sala de lo Constitucional, aclaración de sentencia de inconstitucionalidad, número de referencia: 48-2014, fecha de la resolución: 19/12/2014.*

## **VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ OSCAR ARMANDO PINEDA NAVAS**

### **EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

#### **MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

“La obligación del Juez Constitucional de ejercer una tutela efectiva de los derechos políticos de los ciudadanos, es lo que lleva a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 185 parte primera del inciso 3° y 207 literales “c” y “d” del Código Electoral —en adelante CE—, sin embargo esa misma obligación de tutela conlleva visibilizar los efectos materiales en el tiempo — aplicación de la sentencia—, debiendo preverse cualquier riesgo que vuelva ineficaz o contraproducente, o inclusive lesionar otros derechos fundamentales con la misma sentencia.

En tal caso, como Juez Constitucional estoy obligado a hacer uso de otras herramientas argumentativas e interpretativas para analizar la constitucionalidad inclusive en sus efectos, como la proporcionalidad, la razonabilidad o la ponderación de los derechos en los efectos inmediatos de la sentencia, esto último

significa que en casos específicos donde los intereses jurídicos, que desde la perspectiva abstracta poseen el mismo rango, tienen diferente peso; pero, para la resolución del caso concreto puede utilizarse elementos de la realidad que hagan prevalecer a uno de los bienes jurídicos en juego, según las circunstancias del caso concreto”.

#### SEGURIDAD JURÍDICA DEL PROCESO ELECTORAL

“no puede ser visto en su dimensión más reducida, como un simple y sencillo acto administrativo; sino que debe valorarse su dimensión más integral, la cual constituye el más importante proceso de participación de los ciudadanos, determinando así el rumbo de una sociedad, por lo que se requiere que se cumpla con el deber de dotar de seguridad jurídica al proceso eleccionario.

En ese contexto, vale decir que, es suficiente la mera posibilidad real de poner en riesgo la seguridad jurídica, a partir de elementos objetivos precisados para efectuar el respectivo análisis de ponderación”.

#### JUICIO DE PONDERACIÓN

“Bajo ciertas circunstancias uno de los bienes jurídicos tutelados precede al otro; mientras que bajo otras circunstancias la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa -sentencia 26-VI-2003 Amp. 242-2001.

En ese sentido, se debió buscar una solución a esa posible colisión de derechos o intereses jurídicos. Dicha solución debería consistir pues, en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los intereses jurídicos una relación de precedencia condicionada, como la denominó Robert Alexy en su Teoría de los derechos fundamentales, evitando o reduciendo únicamente en aquello que produce el riesgo, que para el caso se trata de la capacidad de implementación y asimilación de los participantes y votantes en el inmediato proceso electoral”.

#### NECESIDAD DE PREVER LOS RIESGOS NEGATIVOS ANTE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

“Deviene del cumplimiento plenamente del rol constitucional en relación al ejercicio de una modalidad de auto contención de manera concreta en cuanto a los efectos inmediatos de la sentencia - self-restraint desde el enfoque del Tribunal Constitucional Alemán-, como una manifestación del juicio de proporcionalidad, considerando para ello las consecuencias.

En ese orden de ideas, en mi opinión, ante la posibilidad de riesgos negativos con los efectos inmediatos de la sentencia, debió de haberse efectuado, lo que esta Sala ha adoptado en llamar, modulación de los efectos —v. gr. Sentencia de fecha 23- XII- 2010 Inc.5- 2001—.

Ello implica que en virtud de que el principal efecto del anterior pronunciamiento de inconstitucionalidad está determinado por la expulsión definitiva del artículo 185 parte primera del inciso 3° y artículo 207 literales “c” y “d” del CE del ordenamiento jurídico, debe considerarse el impacto de tal efecto”.



## SENTENCIAS PROSPECTIVAS, DE INCONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA O DE MERA INCONSTITUCIONALIDAD

“Mediante este tipo de sentencias, esta Sala establece la modulación que deriva de los principios en cuanto los efectos de su fallo pro futuro, es decir, los suspende por un periodo razonable de tiempo, con el fin de preservar la integridad y supremacía de la Constitución, respecto de otros bienes que pudieran ser afectados por el vacío que genera la inconstitucionalidad, lo que podría derivar en inseguridad jurídica. Con ello se pretende que el Legislador subsane en un tiempo prudencial, razonable y proporcional las situaciones de inconstitucionalidad detectadas en las disposiciones o normas evaluadas, aun cuando éstas no hayan sido expulsadas del ordenamiento jurídico; es decir, este tipo de sentencias modula sus efectos normales en el tiempo, para alcanzar la solución considerada más justa, determinándose la fecha desde la que ella producirá efectos, y da la posibilidad al legislador para actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución.

Por lo anterior, puede decirse que la tipología de sentencias mencionada nace de la necesidad que se tiene de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una disposición o norma infraconstitucional, por los efectos eventualmente perjudiciales o inconstitucionales que tendría esa decisión; pero tampoco es posible declarar su constitucionalidad, pues el tribunal ha constatado que aquella vulnera la Constitución.

Este tipo de decisiones son adoptadas cuando la inconstitucionalidad —con expulsión inmediata— no es el medio más adecuado para restablecer una situación contraria a la Constitución; pues podría conducir a una situación más gravosa que aquella que se pretende corregir.

Por las mismas razones apuntadas, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que “[s]e explica así la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales...” (C-221/1997) — véase sentencia de fecha 23- XII-2010 Inc- 5-2001—.

La Sala ya ha hecho uso de este tipo de opciones jurisdiccionales, para modular los efectos de sus sentencias (Inconstitucionalidades 130-2007, 23-2012, 63-2013, entre otras”).

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 48-2014, fecha de la resolución: 05/11/2014.*

**Relaciones:**

*Sala de lo Constitucional, número de referencia: 59-2014, fecha de la resolución: 17/11/2014.*