

132-2013/137-2013 AC.

Inconstitucionalidad.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las diez horas con cuarenta minutos del día veinticinco de enero de dos mil dieciséis.

Los presentes procesos constitucionales acumulados fueron iniciados según lo prescrito en el art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales (“LPrCn.” en adelante), mediante las certificaciones remitidas por el secretario de actuaciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de las decisiones pronunciadas el 14-XI-2012, por medio de la cuales, dicha Sala declaró inaplicable el art. 2 del Decreto Legislativo n° 833, de 20-III-2009, publicado en Diario Oficial n° 69, tomo 383, del 17-IV-2009 (en lo sucesivo “DL 833/2009”), el cual contiene la exoneración del pago de todo tipo de impuestos a las actividades y ejecución de programas y proyectos que efectúe el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); por la supuesta vulneración al principio de irretroactividad de las leyes –art. 21 de la Constitución de la República (o “Cn”)–.

Han intervenido en el proceso la Sala requirente y el Fiscal General de la República, no así la autoridad demandada, la Asamblea Legislativa.

El contenido exacto de la disposición infraconstitucional inaplicada es el que sigue:

DL 833/2009.

“Art. 2 Lo establecido en este Decreto se aplicará a partir de la fecha en que el país se adhirió a la Convención Sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas”.

I. 1. De acuerdo al control difuso de constitucionalidad ejercido, la Sala de lo Contencioso Administrativo consideró que no es posible efectuar una interpretación conforme del art. 2 DL 833/2009, ya que el mismo claramente determina la retroactividad de dicho cuerpo normativo, pretendiendo que surta efectos desde el 12-V-1947; por tanto –a su juicio–, la Constitución es clara en señalar que las leyes serán excepcionalmente retroactivas en materia penal cuando favorezcan al reo, o cuando sean de orden público; en consecuencia, la normativa impugnada, a criterio del tribunal requirente, no cumple con ninguna de las dos excepciones que establece el art. 21 de la Ley Suprema.

En otras palabras, para la Sala requirente, el art. 2 del DL 833/2009 establece la aplicación retroactiva del beneficio fiscal contemplado en el referido decreto hasta el momento en que El Salvador se adhirió a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas; es decir, su aplicación tiene un efecto retroactivo hacia el 12-V-1947; por ello, con base en el art. 21 Cn., las leyes –por regla general– no tienen efecto retroactivo, salvo dos excepciones que son: (i) cuando una ley en materia penal es más favorable al delincuente; o (ii) cuando la ley sea de orden público; último requisito que debe estar expresamente declarado en el cuerpo normativo y avalado por la jurisdicción constitucional.

En ese orden, el tribunal requirente aseveró que al examinar el contenido del decreto que contiene la disposición impugnada, no se advierte que el mismo sea de materia de orden

público, o que contemple algún beneficio especial para la ciudadanía en general. De allí que su retroactividad sea contraria a lo regulado en el parámetro de control sugerido.

Por tanto, la Sala de lo Contencioso Administrativo declaró la inaplicabilidad del precepto *supra* citado.

2. Por auto proveído el 5-II-2014, esta Sala resolvió, por una parte: (i) dar inicio al proceso de inconstitucionalidad; en dicha decisión, se sostuvo que el enjuiciamiento constitucional se circunscribía a determinar si el art. 2 del DL 833/2009 vulnera el principio de irretroactividad de las leyes contenido en el art. 21 Cn., dado que permite la aplicación retroactiva de un beneficio tributario sin que se cumpla alguna de las excepciones que establece la mencionada disposición constitucional; y, por otra, se ordenó: (ii) la intervención de la Asamblea Legislativa; y, (iii) la acumulación del proceso de inconstitucionalidad registrado con el número 137-2013 a éste.

En cumplimiento a lo anterior, mediante oficio n° 614, notificado el 16-V-2014, se ordenó la intervención de la Asamblea Legislativa, requiriéndose a ese Órgano de Estado el informe al que se refiere el art. 7 LPrCn. Pese a que le fueron conferidos diez días hábiles para ello –plazo que finalizó el 30-V-2014–, en el caso *sub examine*, la autoridad demandada presentó el informe requerido hasta el 4-VI-2014, habiendo transcurrido el plazo legalmente establecido para tal efecto.

A. Al respecto, esta Sala estima ineludible desarrollar algunas consideraciones acerca del principio de preclusión y los efectos producidos en el proceso de inconstitucionalidad.

El proceso constitucional está destinado a brindar protección objetiva a la Constitución, y se concreta por medio de una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente y esta, a su vez, de la posterior, las cuales están destinadas a realizar determinados actos procesales (Resolución de 9-I-2013, Inc. 87-2012). Dicho aspecto justifica la idea de preclusión, con arreglo a la cual los actos procesales deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad señalada por la ley o por resolución judicial para que produzcan los efectos que están llamados a cumplir (Sentencia del 13-II-2015, Inc. 21-2012).

Al respecto, esta Sala ha explicado que el principio de preclusión está íntimamente relacionado con la necesaria aceleración del proceso, así como con la lealtad procesal de las partes, pues a través de él van quedando firmes las distintas etapas del proceso, sin posibilidad de hacerlo retroceder injustificadamente o con claras intenciones de perjudicar el derecho de la otra parte (Resolución del 23-X-2013, Amp. 373-2010).

Precisamente, aquí es donde cobra importancia, en toda su extensión, la noción de las cargas procesales, ya que, de no realizar el acto respectivo en el momento establecido por el legislador o el juez, se pierde la posibilidad de hacerlo después. Lo que se prohíbe es el retroceso en la estructura del proceso de inconstitucionalidad.

Para lograr un desarrollo eficaz en un proceso regido también por los principios de economía, celeridad y perentoriedad, es posible identificar, sin ánimo de exhaustividad, tres formas en que la preclusión puede operar: (i) por el vencimiento del plazo tipificado en la ley o

establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal; (ii) por la realización de una actuación incompatible con la que está pendiente de ser realizada (v. g., el cumplimiento de una prestación impuesta por una sentencia cuando aún está pendiente el plazo para impugnarla hace perder la oportunidad para recurrirla); y (iii) por la ejecución de una facultad procesal antes del vencimiento del plazo legal para ello (por ejemplo, presentar un escrito de subsanación o de revocatoria en el primer día cuando aún faltan dos para que el plazo correspondiente expire) –al respecto, véase la sentencia pronunciada el 23-II-2015, Inc. 82-2011–.

En tales circunstancias el acto de parte que ha sido realizado tendrá que mantenerse como válido, aunque no surtirá los efectos que con él se pretendían obtener, debido a que, al haber precluido la oportunidad para llevarlo a cabo, el operador jurídico tendrá que abstenerse de considerar lo que por medio de aquel se solicitaba. En ese sentido, si el órgano emisor de la norma impugnada no presentó de forma oportuna –pero sí extemporánea– el informe justificativo de la constitucionalidad del objeto de control no se tomará en cuenta (Sentencia del 31-VIII-2015, Inc. 115-2012).

B. Por todo lo antes expuesto, de acuerdo con el art. 5 inc. 2º LPrCn., y como producto de la línea jurisprudencial consolidada sobre la preclusión de los actos en el proceso de inconstitucionalidad, el proceso continuó su trámite previsto, tal como se resolvió en el auto de 9-VI-2014; en consecuencia, teniendo en consideración la falta de diligencia oportuna por parte de la Asamblea Legislativa, para la presentación del informe a que se refiere el art. 7 LPrCn., en el presente caso, no se cuenta directamente con ninguna argumentación para justificar la constitucionalidad de la normativa objetada.

3. Por último, en cuanto al trámite se refiere, al contestar el traslado que establece el art. 8 LPrCn., el Fiscal General de la República rindió la siguiente opinión:

A. Preliminarmente, el interviniente aludido efectuó algunas consideraciones acerca de la concepción de los tributos, los principios formales y materiales que los rigen y la finalidad a la cual están dirigidos.

Por otra parte, se refirió a los elementos constitutivos de los hechos generados de los tributos –el material, personal, temporal y espacial–; y, explicó la función de las “exenciones tributarias”; a partir de esta última premisa, el Fiscal General de la República diferenció entre “supuestos gravados” y “supuestos exentos”.

Luego de esto, ahondó en el tema de las exenciones, definiéndolas desde un punto de vista doctrinario y legal –arts. 64 del Código Tributario y 49 de la Ley General Tributaria Municipal–; en ese orden, sostuvo que esta figura tributaria tiene por finalidad cumplir “... objetivos sociales, económicos, culturales, humanitarios, etc., como en el caso de los organismos internacionales que fomentan la cooperación con la finalidad de impulsar y estimular la realización de determinadas actividades, de interés público, en favor de los ciudadanos y del desarrollo sostenible del país”.

B. Al analizar el principio de irretroactividad de las leyes, el interviniente se refirió a la seguridad jurídica como uno de los principios rectores del resto del ordenamiento jurídico –art. 1 Cn.–, al cual dotó de contenido conforme a los fundamentos jurídicos expresados por este Tribunal en la sentencia pronunciada el 30-VI-2010, Amp. 868-2007; y, manifestó que, la irretroactividad de las leyes “... garantiza la seguridad y certeza jurídica que debe imperar en toda relación jurídica ya que, de lo contrario aplicar la ley a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia provocaría un desorden jurídico...” (sic), argumento que fue sostenido con lo ordenado por los arts. 21 Cn. y 9 del Código Civil, y lo afirmado por esta Sala en las sentencias de 12-VI-2000 y 29-III-2011, Amp. 429-99 e Inc. 11-2005, por su orden.

Conforme a las anteriores premisas, el Fiscal General de la República indicó que en materia tributaria “... el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas...”; y es que, “... si un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo...”.

C. Por otra parte, después de exponer una serie de consideraciones doctrinales sobre las relaciones internacionales entre Estados y entre éstos con los organismos internacionales, a partir del principio *pacta sunt servanda*; el interviniente indicó la posición de los convenios internacionales en el sistema de fuentes del Derecho y acotó que, de acuerdo con el art. 149 Cn., la Ley Fundamental “prevalece sobre los tratados internacionales, en virtud de los principios de supremacía constitucional y unidad del ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, a su juicio, la Carta de las Naciones Unidas suscrita el 26-VI-1945, es un “tratado”, el cual fue ratificado por El Salvador, mediante Decreto Legislativo n° 134, de 12-VI-1945, publicado en Diario Oficial n° 191, tomo 139, del 4-IX-1945. Desde tal punto de vista, opinó que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es una “entidad de derecho internacional”, dedicada a los propósitos contenidos en el artículo I de la referida carta.

Así, para la consecución de tales finalidades –agregó–, se “institucionalizaron los organismos especiales de las Naciones Unidas”, dentro de los cuales se encuentra el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el cual fue creado por la resolución 2029 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 22-IX-1965. El Salvador ingresó a dicho programa por medio de Acuerdo Ejecutivo n° 283, suscrito entre el Ramo de Relaciones Exteriores y dicho Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el 21-III-1975, siendo ratificado por medio de Decreto Legislativo n° 261, de 8-V-1975, publicado en Diario Oficial n° 89, tomo 247, del 16-V-1975.

D. En tal contexto, según el Fiscal, el acuerdo entre el PNUD y el Gobierno de El Salvador conlleva la aplicación de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas; y es que, las “reglas sobre privilegios, inmunidades y exenciones al PNUD responden a la necesidad de dotar a sus miembros de los recursos financieros que provienen de las contribuciones de los Estados...”; por ello, a su parecer, el “art. 2” de la citada Convención,

“... exonera a los miembros del personal del pago de impuestos sobre sus ingresos provenientes de la ONU”.

Por último, el interviniente opinó que, “las concesiones otorgadas al PNUD a través de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas, son absolutamente compatibles con el derecho nacional tributario, no existiendo ningún conflicto de retroactividad o de irretroactividad, ya que las mismas han estado en vigencia desde el año 1947 y aplicables a todas las operaciones y recursos provenientes de la cooperación técnica internacional”.

Por lo anterior, el Fiscal General de la República pidió que este Tribunal declare la “constitucionalidad de la norma impugnada” (sic).

II. Habiendo expuesto los argumentos relevantes de los sujetos intervinientes en el presente proceso, resulta pertinente exponer el orden lógico de la presente decisión, previo a decidir en el fondo sobre los planteamientos esgrimidos en la inaplicabilidad remitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, tal como se advirtió desde el auto de inicio de este proceso, el problema jurídico a resolver implica determinar si el art. 2 del DL 833/2009 vulnera el principio de irretroactividad de las leyes contenido en el art. 21 Cn., dado que permite la aplicación retroactiva de un beneficio tributario sin que se cumpla alguna de las excepciones que establece el parámetro de control.

Así delimitado *el thema decidendum*, para proporcionar el marco conceptual adecuado al caso concreto, el Tribunal abordará brevemente algunas consideraciones relevantes, según el siguiente *iter* lógico, para: **(III)** explicar la relevancia de la seguridad jurídica en el ámbito de la producción de normas; **(IV)** exponer la noción de una de sus manifestaciones concretas, el principio de irretroactividad y sus excepciones constitucionalmente admitidas; y con base a ello, **(V)** dilucidar la constitucionalidad de la disposición inaplicada y se dictará el fallo que corresponda.

III. 1. Como forma concreta de ejercicio del poder en nuestra sociedad, el Estado descansa en gran medida sobre la idea de la seguridad jurídica –art. 1 Cn.–. La situación ideal sería la actuación racional y fundada de los otros actores públicos y privados; sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que para lograr este comportamiento de los demás, y específicamente del poder público, es necesario tomar medidas institucionales y reglamentarias, así como articular principios que disciplinen su funcionamiento (Sentencia de 29-IV-2011, Inc. 11-2005).

En cuanto definidora de un *status* de certeza para el individuo en sus relaciones con el poder público, la seguridad jurídica se manifiesta en los más diversos campos y respecto de todos los Órganos del Estado, lo que resulta una consecuencia lógica y necesaria de su carácter de *valor estructurador del ordenamiento jurídico*, pues pretende asegurar la estabilidad en la actuación pública, en relación con las legítimas expectativas de los ciudadanos y la sociedad en el mantenimiento y permanencia de lo ya realizado o declarado.

Ahora bien, es preciso afirmar que este valor no es absoluto, pues de lo contrario el ordenamiento jurídico existente se congelaría al impedirse su necesaria renovación y adaptarlo a las circunstancias de tiempo y espacio. La seguridad jurídica como valor no ampara, por tanto, la preservación indefinida del régimen jurídico que se establece en un momento histórico determinado.

2. Una primera aproximación a la seguridad jurídica –como valor estructural– se centra en el proceso previo de creación y articulación del Derecho a fin de conseguir la certeza de éste y la mayor calidad técnica del mismo.

Desde este punto de vista, son varios los principios que se suman a la lista de concreciones de la seguridad jurídica como valor fundamental en la estructuración del Estado; así pueden mencionarse los principios de certeza y claridad legislativa, y el principio de irretroactividad de las leyes, todos ellos con una relación muy estrecha.

En conexión con lo anterior, y sobre la convicción de la necesidad de conocer de una forma previa las consecuencias de los actos estatales, la Constitución salvadoreña recoge en el art. 1 la seguridad jurídica, el cual sirve de punto de partida al art. 21 Cn., que expresa, de otro lado, la prohibición, por regla general, de retroactividad de las emisiones normativas.

3. En ese sentido, adquieren relevancia algunos elementos de las disposiciones jurídicas, como caracteres representativos de seguridad jurídica:

A. Así, el primer requisito de la norma escrita debe ser el de su *validez*, pero, junto a ello, debe garantizarse su conexión con el resto del sistema jurídico.

Una disposición jurídica es válida, cuando ha sido emitida de acuerdo a los cánones de producción normativa establecidos; por tanto, son las normas sobre producción jurídica las que regulan las competencias normativas de diversos órganos, los procedimientos que deben seguirse para generar las distintas fuentes, y la *potencialidad material* de cada fuente del Derecho (*Cfr.* con Sentencia de 18-IV-2008, Inc. 10-2007).

En ese sentido, la exigencia de certeza impone a los poderes públicos la obligación de que la producción de normas se ajuste a las pautas preestablecidas por el sistema jurídico del país, lo que redundará en la identificación objetiva de cuáles leyes han sido emitidas y cuáles de sus alteraciones son válidas, así también se permitiría saber si el ingreso de cualquier modificación legal ha sido regular conforme al sistema (*Cfr.* con Sentencia de 12-V-2005, Inc. 16-2004).

B. Por su parte, la *vigencia* 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* (Auto de 1-X-2014, Inc. 68-2011).

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* (Auto de 7-XII-2012, Inc. 17-2012).

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.

IV. Como se apuntó anteriormente, el principio de irretroactividad de las leyes figura como una concreción de la seguridad jurídica como valor fundamental; al respecto en la sentencia de 15-II-88, Inc. 3-86, se sostuvo que el principio de la irretroactividad de las leyes es consecuencia directa de la garantía de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos creados o surgidos al amparo de un ordenamiento jurídico vigente, no sean modificados por una norma surgida posteriormente.

1. 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 (Sentencia de 2-IV-2014, Amp. 283-2011).

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 (Cfr. con Sentencia de 7-VI-2013, Amp. 385-2010).

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.

2. Desde el punto de vista del aplicador de la norma, el sistema jurídico vigente presente al momento de su decisión, ocupa una posición privilegiada en cuanto a la aplicabilidad al caso concreto; sin embargo, no es el único susceptible de aplicación actual, ya que existirán casos en los que quien aplica la norma debe optar por disposiciones que ya han sido derogadas, pero que retienen su aplicabilidad, porque los hechos a los que se refiere se consumaron durante su vigencia –ultractividad– (Sentencia de 29-IV-2011, Inc. 11-2005, ya citada).

Así también, excepcionalmente existirán otros supuestos en que se deberán aplicar disposiciones actualmente vigentes, sobre situaciones o hechos iniciados o acontecidos con anterioridad a dicha vigencia –retroactividad–.

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 inc. 1º Cn., el cual establece que: “[l]as leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”; principio que no solo tiene fundamento constitucional, sino también legal; y es que, conforme al art. 9 inc. 1º del Código Civil, “[l]a ley no puede disponer sino para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

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, es 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. A. Como se dejó apuntado, ya sea de forma expresa o tácita, todos los enunciados jurídicos se refieren a intervalos temporales en su *supuesto* y en su *consecuencia*. Cuando la afectación de la nueva disposición se da en el supuesto de hecho, el intervalo de tiempo se refiere a la subsunción; mientras que si el ámbito temporal se da en la consecuencia, se refiere al efecto.

B. En virtud de ello, cabe distinguir dos requisitos para verificar la retroactividad: que el enunciado jurídico nuevo se refiera a supuestos de hecho pasados; y que, además, desplace a las consecuencias jurídicas que el ordenamiento anterior preveía.

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–.

5. Ahora bien, admitida la posibilidad que las disposiciones jurídicas puedan ser aplicadas a hechos o consecuencias producidas con anterioridad a su entrada en vigencia, se hace indispensable desarrollar los casos en los que la Ley Fundamental permite dicho efecto; materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente; de la cuales sólo se ingresará a detallar algunas particularidades de la primera excepción, por ser patente la falta de vinculación del tema objeto de debate con alguna manifestación del poder punitivo estatal.

A. Respecto del concepto jurídico de orden público, no ha existido uniformidad sobre qué debe entenderse por tal; pero doctrinariamente, y al hilo Sentencia de 29-IV-2011, Inc. 11-2005, ya citada, existen algunos elementos conceptuales que se describen a continuación:

a. El orden público material –o restringido– consiste en una situación de tranquilidad en la sociedad, como ausencia de agresiones a bienes jurídicos relevantes. Así también, se ha sostenido que desde una perspectiva formal –o amplia–, orden público se entiende como límite a la voluntad de los particulares; es decir, como ley imperativa no disponible por los individuos.

b. Otras posturas doctrinales sostienen que orden público es un *concepto metajurídico*, pues no se identifica con ordenamiento jurídico alguno, ni con el sistema normativo e institucional propio de un Estado, sino que se dirige a tutelar bienes y principios que no son tomados en consideración de modo específico por una norma jurídica, pero que son considerados esenciales para la convivencia en un determinado momento histórico.

En respuesta crítica a esta idea, se ha tratado de definir al orden público como un *status social* establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus necesidades y exigencias más sentidas.

c. Una definición más restringida, considera al orden público como el conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a las personas o sus bienes por toda clase de medios de agresión por los elementos naturales o extraordinarios, cuando la gravedad de sus efectos les hace alcanzar el carácter de calamidad pública.

En ese sentido, el concepto en estudio incluiría aquellas medidas que contrarresten las perturbaciones contra la salubridad, seguridad y propiedad de las personas, o contra los servicios públicos esenciales para la comunidad, provocadas por desastres naturales o estado de guerra o actos violentos o de fuerza contra el ordenamiento constitucional.

d. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace referencia a las “condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público” (Opinión Consultiva OC5/ 85 de 13 de noviembre de 1985).

B. En ese orden, debe advertirse que una de las propiedades definitorias del concepto de orden público es ser *cambiante*, ya que se refiere a intereses que el Legislador –a veces también el Juzgador– considera prevalentes en la sociedad en un momento determinado, motivo por el cual deben ser especialmente protegidos. Obviamente, su caracterización dependerá de las circunstancias sociales, económicas y políticas que un Estado expresa o implícitamente adopta. Parece claro, entonces, que el orden público no puede concebirse de manera aislada o autónoma, sino que necesariamente se reconduce al precepto y materia que lo consagre.

Lo que sí puede recalcar es que el concepto de orden público no es particular ni exclusivo de una sola rama del Derecho; se enuncia y está implícito en diversas ramas jurídicas. Es por ello que en cada una se aporta una connotación distinta, lo que da como resultado que no exista una concepción unívoca de dicho concepto jurídico indeterminado.

C. Conforme a lo expuesto, analizar detenidamente su función y sus articulaciones con el contexto en el cual habitualmente se utiliza, puede contribuir a una configuración crítica de la noción de orden público que, en definitiva, apunte a su transformación, y fundamentalmente, a su reconstrucción, en aras de una concepción dinámica del sistema normativo y de su aplicación.

Desde la perspectiva en que constitucionalmente se sitúa –arts. 6, 21, 25 y 29 Cn.–, *el orden público aparece relacionado con los límites legítimos a determinados derechos, y por tanto, dista mucho de constituir una cláusula habilitadora de poderes indeterminados e ilimitados hacia el Legislador.*

Y es que, si se tiene en cuenta la importancia que la Constitución atribuye al conjunto de derechos –con todas las técnicas y herramientas de protección y potenciación, como la proporcionalidad– está claro que el orden público se formula desde esta perspectiva de límites a tales derechos y, por tanto, habrá de ser objeto de interpretación restrictiva.

Por ello, *la herramienta hermenéutica adecuada a este tipo de análisis se centra en la definición misma de orden público, como principio que busca la adecuada orientación o colocación de situaciones inseguras o dificultosas, para contrarrestarlas o reducirlas, a través del equilibrio y proporción de las mismas, en aras del interés público o del interés general.*

D. En esa línea, no puede negarse que, en el orden de los hechos, puedan suscitarse necesidades sociales de importancia fundamental que impongan acudir a la retroactividad para solucionarlas; sin embargo, para evitar el abuso de esta herramienta, el principio de irretroactividad de las leyes está concebido como una garantía normativa o mecanismo tendente a tutelar los derechos fundamentales.

La ley, por lo tanto, habrá de aplicarse a situaciones jurídicas o facultades legales o que han emergido bajo su vigencia; mientras que la alteración de situaciones jurídicas consolidadas o nacidas con anterioridad a la ley más actual, debe justificarse y consignarse expresamente, no pudiendo quedar a la discreción del juzgador (*v. gr.*, Sentencias de 2-X-1987 y 16-I-1991, Amp. 5-S-85 y 17-C-90, respectivamente; así como la Sentencia de 25-I-1989, pronunciada en el Inc. 10-87).

En efecto, por el sólo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso a la permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido clara al señalar que el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta –*ipso iure*– efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la ley, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula (Sentencias de 26-VIII-1998 y 13-V-2005 pronunciadas en los procesos de Amp. 317-97 y de Inc. 16-2004, respectivamente).

En conclusión, *la calificación de una ley como de orden público no queda sujeta a la discrecionalidad del legislador, sino que presupone el respeto al régimen constitucional establecido, principalmente a las garantías que protegen a los derechos fundamentales de*

límites excesivos, cuyo núcleo esencial está centrado en los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, no basta que el legislador dé a sus preceptos vigencia retroactiva arguyendo que son de orden público, sino que compete a la Corte Suprema de Justicia, y específicamente a la Sala de lo Constitucional –por tratarse de materia constitucional–, proceder al análisis de tales normas para determinar si una ley es o no de orden público (art. 21 Cn.).

V. Corresponde ahora dilucidar si el art. 2 del DL 833/2009 tiene efectos retroactivos argüidos y si corresponde a una de las excepciones permitidas por la Constitución.

I. A. Inicialmente, debe indicarse que la publicación de la ley que exige el art. 140 de la Ley Fundamental hace referencia a una efectiva y real publicación; o dicho con otras palabras, tal requisito constitucional se satisface con la puesta en circulación por parte de la Imprenta Nacional del Diario Oficial (documento) en que aparece publicada la ley (*Cfr.* con Auto de 14-I-2000, Inc. 10-94); en ese orden –y respecto del caso *sub examine*–, *asumiendo* que tal acto –la publicación real y efectiva– se produjo el 17-IV-2009, el inicio de la vigencia del DL 833/2009 fue el 25-IV-2009, es decir, ocho días después de la publicación en el Diario Oficial; por lo tanto, a partir de dicha premisa fáctica, fue desde tal fecha que se produjo la exoneración del pago de todo tipo de impuestos, incluyendo el de la Transferencia de Bienes Muebles y la Prestación de Servicios (IVA) y Municipales, a las actividades y ejecución de programas y proyectos, así como en todas las compras y contrataciones de obras, bienes y servicios, destinados a su representación, y aquellas destinadas a los proyectos bajo su asistencia, con independencia del origen de los fondos, así como la de contratación con terceros beneficiarios que efectúe el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en los términos descritos por el DL 833/2009.

B. No obstante, el art. 2 del DL 833/2009, sostiene que lo prescrito en el art. 1 de dicho cuerpo legal –es decir, la exoneración tributaria previamente descrita– tendrá vigencia desde la fecha en que el país se adhirió a la Convención Sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Este último instrumento internacional, fue ratificado por El Salvador mediante el Decreto Legislativo n° 39, de fecha 20-IV-1947, publicado en el Diario Oficial n° 100, tomo n° 14, del 12-V-1947; en ese orden, la Convención Sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas entró en vigencia desde el 13-V-1947, según lo prescrito en el art. 2 del decreto de ratificación.

C. De acuerdo a estas premisas, se observa que el DL 833/2009 tiene por objeto establecer una exoneración tributaria general de las operaciones económicas a favor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: (i) desde su vigencia hacia el futuro –*irretroactividad*, según los arts. 1 y 3 DL 833/2009–; y, (ii) desde 25-IV-2009 hasta 13-V-1947 –*retroactividad*, de acuerdo a lo ordenado por el art. 2 DL 833/2009–; por lo tanto, se evidencia el efecto que se reputa inconstitucional por parte de la autoridad judicial requirente; por ello,

corresponde determinar si el objeto de control es susceptible subsumirse dentro de las excepciones que la Ley Fundamental describe en su art. 21.

2. Al verificar una justificación objetiva en torno a la atribución de retroactividad al DL 833/2009 y su encuadre en las excepciones constitucionales, es necesario aclarar, que es el órgano emisor de la normativa impugnada –Asamblea Legislativa– quien debe oportunamente justificar por qué introdujo tal extensión en la eficacia del objeto de control de constitucionalidad.

Empero, como anteriormente se había expuesto, la presentación del informe justificativo al que se refiere el art. 7 LPrCn, por parte del Órgano Legislativo, es extemporánea –resolución del 9-VI-2014–; lo que implica que no existe una defensa directa por parte del órgano emisor de la norma impugnada, lo que en términos prácticos se traduce en que este Tribunal desconoce totalmente la existencia de una justificación objetiva y razonable que permita entender los fundamentos de la retroactividad establecida en el art. 2 DL 833/2009, lo cual deviene insoslayablemente en la imposibilidad jurídica de introducir la anterior disposición legal en alguna de las excepciones contenidas en el art. 21 de la Ley Suprema.

3. Por otra parte, esta Sala ha señalado una línea jurisprudencial –Cfr. sentencias y autos del 26-III-1999, 17-V-2002, 7-XI-2011, 28-III-2012 y 6-VI-2011, Incs. 4-98, 6-2000, 57-2011, 49-2011 y 38-2011, respectivamente– por medio de la cual explica que en el proceso de inconstitucionalidad existe la obligación procesal –carga de alegación– de evidenciar el cumplimiento de los mandatos constitucionales. *En ese sentido, corresponde al órgano emisor de la disposición infraconstitucional impugnada comprobar haber dado cumplimiento a la normativa constitucional, especialmente a las obligaciones concretas que para él derivan de la Ley Suprema –arts. 1, 2 y 21 Cn.–; lo que en el caso concreto implica que, el Órgano Legislativo debía explicitar la razones que justifican que la retroactividad del art. 2 DL 833/2009, se encuentra amparada por alguno de los supuestos excepcionales del parámetro de control.*

En consecuencia, al no haber establecido por parte de la Asamblea Legislativa, el cumplimiento de su obligación constitucional de respetar el principio de irretroactividad de las leyes, subsisten los argumentos desarrollados por el tribunal requirente.

Así, se concluye que la Asamblea Legislativa, a pesar de tener la carga de la alegación respecto al cumplimiento del mandato de irretroactividad de la ley, no logró evidenciar que el precepto legal impugnado, desde el punto de vista constitucional, encaje en las excepciones reconocidas por el canon de control, lo que automáticamente implica que dicha disposición legal es incompatible con la regla de eficacia normativa que la Constitución consagra en el art. 21.

Por las razones anteriores, este Tribunal considera que el art. 2 DL 833/2009 vulnera el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 21 Cn. al no ser capaz de calificarse como una norma adscrita a la materia penal, ni de orden público, y así deberá declararse en esta sentencia.

4. En torno a la decisión adoptada por este Tribunal, debe aclararse que la misma no afecta de ninguna manera la exoneración tributaria establecida a favor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, según lo prescrito en: (i) la Convención Sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas; (ii) el Acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y el organismo internacional precitado, suscrito el 21-III-1975, aprobado mediante Acuerdo Ejecutivo n° 283, de 10-IV-1975; y, ratificado por Decreto Legislativo n° 261, de fecha 8-V-1975; publicados ambos en el Diario Oficial n° 89, tomo n° 247 del 16-IV-1975; y, (iii) por el art. 1 DL 833/2009, en el sentido y alcance que cada uno de esos cuerpos normativos establecen.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala:

Falla:

1. *Declárase inconstitucional*, de modo general y obligatorio, el artículo 2 del Decreto Legislativo n° 833, de 20-III-2009, publicado en Diario Oficial n° 69, tomo 383, del 17-IV-2009, pues traslada los efectos de la exoneración fiscal establecida a favor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, lo que constituye una regulación con efectos retroactivos, que no puede considerarse materia penal, ni de orden público.

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

3. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicha institución oficial.

