

## **Inconstitucionalidad**

**3-2016**

**Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** San Salvador, a las quince horas y cuarenta y cinco minutos del día diecinueve de febrero de dos mil dieciocho.

El presente proceso fue iniciado con base en el art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC), mediante el oficio n° 10 (Inc. 168-SC-2015), de 6-I-2016, por medio del cual se remite certificación de la decisión emitida el 23-XII-2015 por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en la que declaró inaplicable el art. 52 inc. 1° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LERARD), por la supuesta vulneración al principio constitucional de proporcionalidad respecto de las sanciones penales (arts. 2, 12 inc. 1° y 246 inc. 2° Cn.). Tal disposición forma parte del Decreto Legislativo n° 153, de 2-X-2003, publicado en el Diario Oficial n° 208, tomo 361, de 7-XI-2003, el cual prescribe:

### **ACTOS PREPARATORIOS, PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y ASOCIACIONES DELICTIVAS**

Art. 52.- Los actos preparatorios para cometer cualquiera de los delitos tipificados en esta Ley, la proposición con el mismo fin, o el que concertare con una o más personas, realizar una conducta sancionada como delito; o realice sola o con ayuda de otra persona, por lo menos un acto de cumplimiento del objetivo convenido, independientemente de que ese acto sea por lo demás lícito en sí mismo, sin necesidad de que exista un acuerdo formal; serán sancionados con la pena que esté prevista por el delito por el que estaban preparando, proponiendo o concertando.

En los casos dispuestos en los incisos que anteceden no constituyen excluyente de responsabilidad penal que el delito para el cual haya sido creada la asociación delictiva se haya consumado; de igual forma se considerará que existió conspiración cuando el delito para el cual haya sido creada la asociación delictiva no se haya consumado.

Han intervenido en el presente proceso la Cámara requirente, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

#### *Analizados los argumentos y considerando:*

**I.** En el trámite del presente proceso los intervinientes expusieron:

*1.* La Cámara requirente inaplicó el art. 52 inc. 1° LERARD porque vulnera el principio de proporcionalidad, que impone la necesaria ponderación en abstracto o en sede legislativa de la gravedad del injusto y la culpabilidad en lo relativo al merecimiento de pena de un determinado delito. Según dicha autoridad, cuando una sanción sea desmesurada en comparación a la gravedad del delito, como en el caso en análisis, debe reputarse inconstitucional.

Afirmó que la imposición de una sanción penal exige que el bien jurídico, investido de protección estatal, sea como mínimo lesionado o puesto en peligro, y esto tiene una clara implicación en el ámbito de la medición de la pena. Así acontece con la tentativa que tiene una graduación distinta a la del delito consumado. De acuerdo con ello, la proporcionalidad entre delito y sanción debe ser analizada desde dos aristas: la primera en función del órgano

encargado de la formulación de la ley, en el sentido de que es el primer llamado a respetar la proporcionalidad entre el delito y su sanción; y la segunda que corresponde a los juzgadores, quienes, atendiendo al caso particular, deberán justificar la sanción que imponen dentro de las magnitudes superior e inferior previamente establecidas por el legislador. Y cuando se estime que la pena fijada por el legislador es desproporcional, tiene que aplicarse el respectivo control de constitucionalidad respecto del precepto que la contiene.

Por ello, la Cámara recalcó que, si bien resulta legítimo que exista un adelantamiento de la tutela penal en los casos que la importancia del bien jurídico lo amerite —ej. los actos de proposición o conspiración delictiva u otras formas delincuenciales asociativas— esto debe ser excepcional y su penalidad tiene que encontrarse acorde con la menor gravedad que estas figuras penales representan. Y este es el defecto que se advierte en el art. 52 inc. 1° LERARD pues reporta la misma pena tanto para los actos preparatorios como para los relacionados con la consumación. Con esto se desconoce la prohibición de equiparar magnitudes penológicas a conductas que se encuentran muy lejanas al peligro efectivo respecto del objeto de tutela como acontece con las formas de resolución manifestada.

Para finalizar, mencionó que al no resultar conforme a la Constitución que existan las mismas penas para infracciones que tienen un distinto contenido de lesividad, declaró inaplicable la sanción contemplada en el precepto en examen. Y para completar su análisis con respecto al tipo penal, decidió aplicar la pena comprendida en el art. 59 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, normativa que fue aprobada mediante el Decreto Legislativo n° 728, de 5-III-1991, pero que fue derogada por la que hoy está vigente. La autoridad requirente justificó su proceder en que el principio de legalidad no permite la creación de penas a órganos distintos de la Asamblea Legislativa y, además, al órgano jurisdiccional no le está permitido aplicar penas contrarias a los principios constitucionales, tales como el de proporcionalidad y culpabilidad. Por ello consideró procedente mantener vigente y “de forma ultractiva” la sanción de los actos preparatorios prevista en la disposición legal en cuestión. Añadió que esta integración normativa era ineludible, para evitar que la conducta enjuiciada en el proceso penal 50-I-2015 quedara impune.

En otras palabras, aseveró que cuando una norma derogada es sustituida por otra que es inconstitucional, recobra su vigencia de manera extraordinaria, a fin de evitar graves perjuicios en el ámbito de la aplicación de la ley penal. Y, en el caso de los delitos relativos al narcotráfico, el merecimiento de pena subsiste, pero la consecuencia jurídica debe adecuarse a cánones de aplicación respetuosos de la Constitución.

2. Por auto de 15-II-2016, esta sala inició el trámite del presente proceso, y circunscribió el control constitucional al marco sancionatorio establecido en el art. 52 inc.

1° LERARD, por la supuesta infracción al art. 246 inc. 1° Cn., que establece el principio de proporcionalidad.

Aquí cabe recordar que el juzgamiento que este tribunal realiza mediante los requerimientos judiciales no constituye un recurso o revisión de la resolución o de los fundamentos sobre los que ha versado la inaplicación, ni tampoco se trata de un nuevo juzgamiento sobre los hechos que dieron lugar a la tramitación del juicio penal promovido por la jurisdicción ordinaria. Por tanto, los medios impugnativos que pudieran incoarse en contra de las resoluciones dictadas por los diferentes tribunales del orden jurisdiccional siguen su tramitación, cumplidos que fuesen los presupuestos legales para tal efecto.

3. En su intervención, la Asamblea Legislativa manifestó en síntesis que estamos en presencia de un exceso por parte de un tribunal ordinario ya que no está facultado por ninguna norma legal para aplicar la “reviviscencia de la ley”. A su juicio, tal práctica genera inseguridad jurídica porque vuelve imprevisible la actuación de los órganos encargados de aplicar las normas legales y los tribunales empiezan a ejercer una función legisladora que excede el ejercicio de sus competencias constitucionales y los límites derivados de la separación de poderes.

Afirmó que una vez declaradas inconstitucionales las normas jurídicas, estas adquieren el carácter de derogadas, y frente “... a la irretroactividad de las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad, no encontramos c[ó]mo, jurídicamente, en El Salvador puede una ley derogada recobrar su inmediata vigencia, cuando la ley o norma que la derogó es declarada inconstitucional”. Por ello, para que una norma derogada vuelva a la vida, tendría que seguirse los mismos trámites de formación de ley siendo competentes para ello el Órgano Legislativo, el Órgano Ejecutivo y de forma excepcional la Corte Suprema de Justicia, pero no un “tribunal de menor jerarquía” que no tiene competencia alguna para derogar una norma. Sobre este punto, dicha autoridad concluyó diciendo que la reviviscencia automática de una norma jurídica en El Salvador no es posible jurídicamente a la luz del derecho positivo nacional ni con la inaplicabilidad emitida por la jurisdicción ordinaria ni con la declaratoria de inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional.

La autoridad demandada expuso que los actos preparatorios se explican como estadios previos a la participación punible, y su característica esencial es que se encuentran sumamente alejados de la consumación. Sin embargo, el legislador considera su punición de forma excepcional debido a que van encaminadas a la lesión de un bien jurídico. Es decir, resulta válido anticipar las barreras de punición antes del comienzo de la tentativa a aquellos actos que entrañan una manifiesta peligrosidad. Agregó que los actos preparatorios son comportamientos punibles referidos al delito que se intenta realizar, y en el caso en examen, respecto de las infracciones que atentan contra el bien jurídico “salud pública” (art. 65 Cn.). De ahí que esté justificado el régimen de penas establecido en el art. 52 inc. 1° LERARD, y

debe descartarse la impugnación de inconstitucionalidad de dicho precepto. En consecuencia, solicita que se declare “no ha lugar” a la pretensión de inconstitucionalidad contra el precepto secundario en referencia.

4. El Fiscal General en funciones, al momento de efectuar el respectivo traslado, sostuvo que el principio de proporcionalidad es trascendental en el ámbito de las intervenciones legislativas, administrativas y judiciales que se relacionen con la limitación de los derechos fundamentales. Y agregó que el referido principio está compuesto por tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si una intervención no cumple con las exigencias derivadas de cada uno de estos, debe ser declarada inconstitucional.

Añadió que la tutela de bienes jurídicos es el punto de partida para la formulación de un contenido material en la noción constitucional del delito. El criterio para brindarles protección penal tiene como característica relevante que asegure la satisfacción de las necesidades humanas, cuyo menoscabo anule o limite las posibilidades de desarrollo personal de los ciudadanos. Por tanto, el injusto criminal debe suponer un nexo entre el bien jurídico y la conducta activa u omisiva del agente, siendo castigado este último en la medida que su comportamiento suponga un riesgo de lesión de un determinado bien jurídico. De ahí que la magnitud del castigo estatal debe tener en cuenta el menoscabo o puesta en peligro de acuerdo con el principio de proporcionalidad penal. En otras palabras: la determinación de la pena aplicable al caso debe partir del delito consumado. Aunque también deben ser sancionados los casos en los que se ha logrado un efectivo riesgo de lesión de un bien jurídico o la creación de una conducta peligrosa. En todos estos casos, la pena no puede superar el desvalor que el hecho comporta y, por ello, no es posible penalizar las conductas preparatorias con la misma pena que tiene la realización perfecta del delito.

Concluyó con que la consecuencia sancionatoria regulada en el art. 52 inc. 1º LERARD es desproporcional porque reporta la misma penalidad abstracta de los delitos consumados cuando nos encontramos en una fase todavía anterior a la ejecución, por lo que es lejana todavía a la lesión de bienes jurídicos. Por esto, solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena prevista en la citada disposición legal.

II. Para dar una respuesta adecuada a los argumentos de los intervinientes, se hará referencia a (III) la función y competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria para aplicar la reviviscencia; luego, (IV) a los fundamentos político-criminales del castigo a los denominados “actos preparatorios” del delito, desde la perspectiva de la función del Derecho Penal en un Estado de Derecho. A continuación, (V) se hará una breve acotación sobre la necesaria proporcionalidad que debe existir en el ámbito de la determinación legislativa de la sanción penal. Y, por último, (V) se resolverá la pretensión de inconstitucionalidad planteada.

III. Entre sus argumentos justificativos, la Asamblea Legislativa expuso que la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro en el presente caso excedió sus atribuciones constitucionales porque el control difuso de constitucionalidad no la habilita a aplicar la figura de la reviviscencia de la ley. A su criterio, dicho tribunal ejerció una función legisladora en su vertiente positiva e invadió el ámbito de competencia del órgano legislativo, vulnerando con ello el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica. Asimismo, afirmó que la Sala de lo Constitucional es el único ente competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, catalogar como “derogadas” las normas que han sido declaradas inconstitucionales y ordenar que una norma derogada recobre su vigencia cuando la norma por la cual fue derogada es declarada inconstitucional.

Con relación a lo anterior, acotó que, para que una norma jurídica declarada inconstitucional pueda ser considerada derogada, es necesario que se observe el mismo trámite que para su formación, según lo establece el art. 142 Cn. En ese sentido, debe interpretarse que una disposición derogada solo recobrará su vigencia en la forma que aparezca reproducida en una nueva ley o que la nueva ley lo establezca de modo expreso. Además, alegó que para que una norma derogada vuelva a la vida no basta con que un juez ordinario inaplique la norma que la derogó o que esta sea declarada inconstitucional, sino que debe seguirse el mismo trámite de formación de ley, y los únicos competentes para ello son los órganos legislativo y ejecutivo y, excepcionalmente, la Sala de lo Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una norma. Finalmente, afirmó que, a la luz del derecho positivo salvadoreño, la reviviscencia automática de una norma jurídica no es posible jurídicamente ni con la inaplicabilidad en el control difuso ni con la declaratoria de la norma que la derogó en el control concentrado.

En virtud de los argumentos expuestos, este tribunal considera pertinente realizar algunas consideraciones generales sobre (1) la teoría de la reviviscencia de la norma derogada; (2) la función de los jueces y la inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño; y (3) la facultad de los jueces ordinarios para revivir normas derogadas.

#### 1. La teoría de la reviviscencia de la norma derogada.

La teoría de la reviviscencia o reincorporación de las normas en el ordenamiento jurídico está referida a la acción de reconocer la vigencia de una norma que ha sido derogada por otra, la que posteriormente es invalidada por ser contraria a la Constitución. Si la norma derogatoria es invalidada, su fuerza normativa también cesa y con ello su fuerza derogatoria, por lo que la norma anterior sigue desplegando efectos, pero sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva. La razón es que la invalidación produce, por lo general, efectos desde el momento mismo en que la norma tuvo su origen. La reviviscencia es una herramienta por medio de la cual jurisprudencialmente se colma una laguna creada con la expulsión de las leyes inconstitucionales.

En la jurisprudencia comparada la reviviscencia ha sido utilizada con frecuencia por la jurisdicción constitucional, por ejemplo, en Italia, Portugal, España, México y Colombia. En el ordenamiento jurídico salvadoreño esta figura ha sido aplicada como parte del control concentrado (ej., sentencias 3-V-1989, 23-XII-2010 y 13-VII-2016, Incs. 5-88, 5-2001 y 44-2013, respectivamente) y del control difuso (ej., sentencia de 9-VIII-2002, proceso 78-2002, pronunciada por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador y sentencia de 23-III-2006, proceso 0141-39-2006, emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador), con la finalidad de evitar el vacío que produce en el ordenamiento la expulsión de la disposición sometida a control constitucional y garantizar la efectividad de la sentencia y la seguridad jurídica.

Sobre la reviviscencia aplicada por autoridades administrativas, la jurisprudencia de amparo ha determinado que en un procedimiento administrativo no puede utilizarse este mecanismo cuando esta sala no ha emitido un pronunciamiento expreso que diga que una disposición vuelve a integrar el sistema jurídico mediante esta figura. En realidad, esta solo se utiliza en casos de lagunas provocadas tras un control de constitucionalidad (concentrado o difuso) porque su ejercicio responsable obliga al ente contralor a suplir de manera inmediata el vacío normativo (sentencia de 24-III-2010, Amp. 533-2006). De este precedente se infiere que la reinsertión de una norma derogada por una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma derogante no es automática. Puesto que dicho instituto es de aplicación excepcional, no debe presumirse por la falta de un pronunciamiento expreso en el control abstracto de constitucionalidad.

Existen algunos rasgos importantes que identifican a la reviviscencia. Los diferentes ordenamientos jurídicos la recuperación de la vigencia de los preceptos derogados por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma derogante tiene como fundamento el hecho de que, cuando el desaparecimiento de la norma por un fallo del tribunal constitucional que declara la existencia de un vicio de inconstitucionalidad nacido con la vigencia de la misma, sus efectos en el tiempo se cumplen desde la vigencia, de modo que se configura la ficción jurídica de que esta norma inconstitucional nunca estuvo en vigor. En consecuencia, las disposiciones derogadas o reformadas se reincorporan al Derecho en atención a la supremacía constitucional, a los derechos fundamentales, a la seguridad jurídica y a la justicia. Además, de acuerdo con la jurisprudencia comparada, la utilización de la reviviscencia no se limita al ámbito del Derecho Penal, sino que puede ser aplicada para colmar lagunas en materia administrativa, electoral, etc. Por último, la reviviscencia de los preceptos normativos opera únicamente cuando concurre una norma anterior a la que se expulsa ya que, de lo contrario, no existiría disposición normativa alguna que reincorporar.

2. La función de los jueces y la inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Si bien en el Derecho Constitucional comparado el instituto de la reviviscencia ha sido utilizado únicamente por los tribunales constitucionales que realizan control concentrado, en un ordenamiento jurídico en el que coexisten el control concentrado y el control difuso la capacidad de decidir la reviviscencia de normas derogadas por las leyes ulteriormente declaradas inconstitucionales o inaplicables no es tarea exclusiva de un tribunal constitucional, sino también del juez ordinario. Las razones son que ningún juez puede aplicar normas inconstitucionales ni dejar de decidir un proceso. Dado que los jueces tienen que realizar una búsqueda en el material normativo para la justa solución del caso, la aplicación de la reviviscencia debe ser matizada y adaptada a las particularidades de cada ordenamiento jurídico y el problema jurídico a resolver.

Ahora la concepción es garantizar la supremacía constitucional y la eficacia de los derechos, garantías y principios constitucionales. De modo que son los jueces quienes, en primer término y de modo preferente, deben velar por la aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional. Y es que los jueces que integran el órgano judicial, antes que ser jueces de sus propias competencias, son “jueces de la Constitución”. Ningún juez penal, civil, de familia, de trabajo, etc., podría resolver solo desde los contenidos de las leyes sustantivas y procesales que aplica, sino que necesita desarrollar, con la mayor amplitud posible, la visión de irradiación e impregnación de la justicia constitucional, que se proyecta a todos los ámbitos del derecho sin que se pueda alegar la tesis de zonas exentas de control constitucional.

En el Estado constitucional las leyes no son válidas solo porque son vigentes o son producidas en las formas establecidas por las normas que regulan su producción, sino que lo son si además son coherentes con los contenidos constitucionales. Por ello, los jueces constitucionales gozan de una prerrogativa correctora: si la disposición legal infringe derechos, garantías o valores constitucionales, es tarea correctora de los jueces negar su aplicación. En el modelo constitucional la validez ya no está ligada a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad necesaria conectada a la coherencia (remitida a la evaluación del juez) de su significado con la Constitución. De ello deriva que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, donde el juez tiene la tarea de escoger solo los significados válidos y aceptables, o sea, los que son compatibles con la Constitución. Y en el plano aplicativo jurisdiccional, los jueces y tribunales deben ejercer la función jurisdiccional de forma tal que la “fidelidad” hacia la Constitución se ponga de manifiesto (art. 77-B letra B de la Ley de Procedimientos Constitucionales y el art. 2 inc. 2º del Código Procesal Civil y Mercantil).

En el ordenamiento jurídico salvadoreño existen dos tipos de control jurídico de constitucionalidad, atribuidos, por una parte, a los jueces y tribunales de toda la República —control difuso— y, por otra, de manera especial y última a este tribunal —control

concentrado—. Ambas modalidades de control han sido conectadas mediante la certificación que de la resolución de inaplicación remiten los jueces a esta sala (sentencia 5-XII-2006, Inc. 21-2006). El ejercicio del control difuso (art. 185 Cn.) se establece por la positivación constitucional de los principios de independencia judicial y de supremacía constitucional (art. 172 y 246 Cn.), que exigen al órgano jurisdiccional la realización de un doble examen previo a la aplicación de cualquier norma o acto susceptible de ser aplicado, de modo que todos son jueces de la legalidad y de la constitucionalidad.

La máxima expresión del control de constitucionalidad difuso es la inaplicabilidad. Se trata de la facultad de todo juez de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto. Al hacerlo, en sus sentencias deben respetar el principio de la supremacía constitucional y privilegiar la aplicación de la normativa constitucional, a título de derecho más fuerte, cuando resulte contradicha por la legislación secundaria. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. En consecuencia, esa inaplicación no conlleva a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, por lo que mantiene su vigencia y validez para todos, excepto para el proceso en que se decide inaplicar.

La jurisprudencia de este tribunal ha establecido que, en su función jurisdiccional, cada tribunal unipersonal o colegiado se encuentra obligado a encontrar una solución jurídica a la controversia que se le plantea. Para ello, dispone de un complejo sistema de fuentes que se interrelaciona y condicionan formal y materialmente. De ahí que, a partir del ordenamiento mismo, el juez construye la solución según las características concretas que el caso le plantee. Tal construcción debe estar precedida de un juicio racional sobre el régimen que le resulte aplicable, es decir, de una depuración normativa previa. En ese sentido, si bien existen disposiciones que parecen aplicables, cuando menos potencialmente, no siempre es así con relación al caso concreto. Con el dinamismo de un ordenamiento jurídico y ante la diversidad de fuentes que se entrecruzan en la complejidad de la decisión, los conflictos normativos son inevitables y la solución de estos es un imperativo (resolución de 3-II-2010, Amp. 288-2008, y resolución de 25-VI-2012, Inc. 19-2012). Por ello, con fundamento en un sistema argumentativo racional, la aplicación judicial del derecho exige del operador jurídico la capacidad de dirimir tales conflictos y reconstruir la norma que cumpla con los postulados de validez y existencia para darle respuesta al caso concreto. De esta forma, si en uno de los extremos del conflicto normativo se sitúan disposiciones constitucionales, el mismo ordenamiento jurídico provee al juez de la posibilidad de aplicar el contenido de la Constitución, antes que la legislación secundaria (resolución de 19-XII-2008, Inc. 27-2008).

3. La facultad de los jueces para revivir normas derogadas.



A. La facultad de los jueces ordinarios para realizar control difuso y además resolver los problemas de legislación ordinaria sometidos a su conocimiento presupone tres poderes: el de determinar la norma aplicable al caso, el de apreciar su conformidad con la Constitución y el de no aplicarla cuando sea contraria con la misma. Dado que el juez, al advertir de la inconstitucionalidad de la norma, no puede dejar de decidir la causa concreta, debe realizar un esfuerzo interpretativo y de integración del Derecho para colmar la laguna que queda tras la inaplicación. El fin es garantizar la supremacía constitucional, la seguridad jurídica, derechos fundamentales y la justicia material, para lo cual se puede recurrir a los principios del derecho o efectuando un test de ponderación.

Los ordenamientos jurídicos suelen ser presentados desde tres características fundamentales: unidad, coherencia y plenitud. La unidad incide en la posibilidad de encontrar un criterio en torno al cual las normas del ordenamiento integran un todo unitario y diferente de otros, y está relacionado con tres cuestiones fundamentales: la validez, que permite identificar las normas del ordenamiento jurídico; la distinción entre las normas jurídicas y otras normas como la de la moral; y la jerarquización de las normas dentro de un sistema complejo de fuentes jurídicas. Por otra parte, la coherencia alude a la aspiración normativa de que las normas entre sí no sean contrarias o contradictorias. Y, finalmente, la plenitud se entiende como la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso.

La característica de plenitud del ordenamiento jurídico no significa inexistencia de lagunas. Sostener la idea de que el ordenamiento tiene una regla para regular cada caso significaría perpetuar la noción de la ley como única fuente jurídica. La plenitud del ordenamiento jurídico quiere decir posibilidad de eliminar las lagunas, es decir, que como inevitablemente las lagunas existen, el ordenamiento jurídico debe prever los medios necesarios para colmarlas. Sin embargo, limitarse a la utilización de estos métodos de integración significaría asumir la idea de que en caso de laguna la regla se debe encontrar en el ámbito mismo de leyes vigentes y anclarse en una visión normativista tradicional, significaría desconocer que el ordenamiento, para tener unidad, coherencia y plenitud, necesita de algo más que reglas. Por ello, cuando estas no provean una respuesta adecuada a un caso, el juzgador puede auxiliarse de argumentos teleológicos y valorativos para orientar la interpretación y el colmado de lagunas, así como recurrir a los principios y a la ponderación.

B. En caso que un juez o tribunal declare inaplicable una disposición que contenga un tipo penal por violar los principios de proporcionalidad y culpabilidad (arts. 2, 12 inc. 1º y 246 Cn.), únicamente en lo referente a la consecuencia jurídica atribuida por la comisión del hecho, la conducta que se ha declarado establecida para el imputado no puede quedar desprovista de su respectiva sanción. Aquí el juez puede revivir la norma que estaba

derogada cuando esta determine la misma conducta típica como punible y establezca una pena acorde con la Constitución, pero no puede darle vida y dejarla vigente para casos futuros. La tarea judicial en este caso consiste en realizar una ponderación frente a la tensión que se produce entre los principios constitucionales de seguridad jurídica y justicia material. Por un lado, decantarse por mantener la derogación de la disposición inconstitucional implica fomentar exigencias derivadas de la seguridad jurídica, pero sacrifica la justicia material al dejar un hecho punible en impunidad. Por otro lado, revivir la norma derogada significa que debe ceder una dimensión del principio de seguridad jurídica, en aras de salvaguardar el principio de justicia material.

La reviviscencia de la norma derogada implica una tensión con el principio de seguridad jurídica porque este tiene una doble proyección dentro del ordenamiento jurídico: (i) una objetiva, que engloba los aspectos relativos a la certeza del Derecho —a veces expresada como certeza de las normas, otras como certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados—; y (ii) otra subjetiva, la cual se concreta en la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos o en la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (sentencias de 26-VIII-2011, Amps. 253-2009 y 548-2009, respectivamente). Debido a que la finalidad de una derogación no consiste tanto en hacer posible el cambio del sistema jurídico —dado que este tiene lugar al margen de que exista o no el instituto derogatorio— sino en procurar la ordenación necesaria para garantizar el conocimiento y la certeza del Derecho aplicable en cada momento, esta constituye en un instituto al servicio de la seguridad jurídica.

Por otra parte, en el supuesto analizado, el principio de justicia material está relacionado con un “orden justo” y el imperativo del Estado de promover ese orden mediante la investigación y sanción de infracciones penales. Una sentencia absolutoria fundamentada en la existencia de una laguna en la sanción generaría impunidad y anularía el cumplimiento de las finalidades de la pena, que en nuestro marco constitucional ejerce una doble función. En primer lugar, busca la resocialización del delincuente —entendida, no como una sustitución coactiva de los valores del sujeto ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal—. Y, en segundo lugar, de acuerdo con el principio de protección del catálogo de derechos fundamentales (art. 2 Cn.), tiene una función de motivación general, en el sentido que, por medio de la amenaza de la pena se busca prohibir todo ataque a los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales (sentencias de 1-IV-2004 y 9-IV-2008, Incs. 52-2003 y 25-2006).

En ese sentido, la utilización de la reviviscencia no puede ser automática ni injustificada. Su finalidad es evitar la impunidad del ilícito penal y garantizar los fines de la

pena. Su aplicación debe ser idónea, es decir, adecuada para colmar la laguna producida con la declaratoria de inaplicabilidad de la disposición jurídica que contiene una consecuencia jurídica inconstitucional. Del mismo modo, debe ser necesaria, esto es, ser el último recurso idóneo, en comparación con otros mecanismos de integración, al que debe acudir para llenar el vacío normativo producido por la inaplicabilidad de una disposición inconstitucional. Además, se debe sopesar las ventajas y desventajas en relación con los principios y valores constitucionales en juego, como los de seguridad jurídica y la justicia material. Así, se debe analizar si, a pesar de que la reviviscencia afecta al principio de seguridad jurídica, este sacrificio tiene que ser compensado desde dos perspectivas. Por una parte, al imputado se le aplica una consecuencia jurídica proporcionalmente constitucional y más favorable y, por otra, se evita la impunidad, se potencia el cumplimiento de los fines de la pena y se garantiza a la sociedad la tutela del bien jurídico, es decir, se logra satisfacer el principio de justicia material.

En otro orden de ideas, la Asamblea Legislativa afirmó que para que una norma derogada recobre su vigencia no basta con que un juez ordinario inaplique la norma que la derogó o que esta sea declarada inconstitucional; además, se requiere seguir el mismo trámite de formación de ley. Este planteamiento es erróneo porque se confunde sistema jurídico con ordenamiento jurídico. La paradoja que deriva de la aplicabilidad de una norma que ya no está vigente en el sistema desaparece cuando se distingue entre uno y otro. El sistema jurídico es el conjunto de normas vigentes en un momento determinado, mientras que el ordenamiento jurídico es la secuencia de los sistemas jurídicos que han existido en él. La derogación de una norma produce un cambio en el sistema jurídico por sustracción de normas, lo que significa que la norma derogada deja de existir, de tener vigencia en el sistema correspondiente en el momento posterior a la derogación, aunque sigue existiendo en el ordenamiento jurídico al pertenecer a uno de sus sistemas. Ello explica que la norma pueda seguir siendo aplicada tras haber sido derogada pues el conjunto de normas aplicables a un caso es una selección de normas vigentes en distintos sistemas, esto es, de normas vigentes en el sistema correspondiente cuando se toma la decisión, pero también de normas que, a pesar de no estar vigentes en ese sistema, existen en el ordenamiento jurídico porque han pertenecido a un sistema anterior.

Las normas se producen en el ordenamiento con una capacidad reguladora indefinida, pero esta puede ser eliminada en el futuro por un acto contrario de derogación, lo cual no prejuzga su existencia. La norma fue promulgada y, por ello, no puede dejar de existir una vez que ha adquirido existencia. El acto de creación, como cualquier acto humano, no puede ser eliminado. Podrán eliminarse sus efectos, pero no el acto. La derogación tampoco afecta la validez de la norma debido a que debe entenderse que esta reunió y sigue reuniendo todas las condiciones de validez al no haber sido declarada inconstitucional. La derogación, por

tanto, solo puede determinar la pérdida de la vigencia de una norma, es decir, restringir en el tiempo su aplicabilidad. La vocación reguladora de una norma no queda eliminada con la derogación puesto que la norma sigue existiendo válidamente en el ordenamiento jurídico. La derogación limita temporalmente (sin anular) la esfera de aplicabilidad de las normas derogadas, pero no las desaparece del ordenamiento jurídico. De ahí que no debe causar extrañeza que una norma carezca de vigencia en el sistema correspondiente en el momento de la decisión, pero que exista en el ordenamiento jurídico. Por ello, el tribunal está habilitado para aplicarla, para resolver la laguna originada por la inaplicación de una disposición legislativa inconstitucional. De esto se sigue que la reviviscencia no supone una invasión de competencias del Órgano Legislativo o la infracción al principio de legalidad penal porque, para colmar la laguna, se acude a una disposición sustancial y formalmente válida creada por el legislador.

Finalmente, se reitera que la aplicación de la figura de la reviviscencia no opera en todos los casos de inconstitucionalidad o inaplicabilidad ni tampoco puede ser utilizada de manera automática. La reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas por las normas declaradas inconstitucionales o inaplicables solo deben tener lugar cuando ello sea necesario para garantizar supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales puesto que, de no efectuarse la reincorporación normativa, operaría un vacío normativo que produciría su afectación o puesta en riesgo. Además, el juez debe establecer los efectos retroactivos o hacia el futuro de la declaratoria de inaplicabilidad de la disposición y hacer un juicio de ponderación, estableciendo el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso específico, las consecuencias que se derivarían de la reincorporación frente a los principios y valores constitucionales. Este análisis debe constar en la sentencia ya que la reinsertión de la norma derogada, al ser una excepción, exige una especial argumentación.

C. Por tanto, se concluye que los jueces y tribunales ordinarios están habilitados para aplicar la figura de la reviviscencia cuando en el contexto de una inaplicabilidad se produzca una laguna como producto de un control de constitucionalidad que no pueda ser colmada por medio de otra herramienta interpretativa y, además, concurren los elementos arriba descritos.

**IV.** Siguiendo con las consideraciones, es preciso apuntar que, como se ha señalado en la jurisprudencia constitucional, la función básica del Derecho Penal, como instrumento altamente formalizado de control social, tiene como objetivo la prevención y represión de los ataques más intolerables a los intereses sociales valiosos que hacen posible la pacífica convivencia ciudadana. En tal sentido, el recurso a la pena, como la consecuencia jurídica más gravosa de todo el ordenamiento jurídico salvadoreño, se vuelve un instrumento indispensable para el buen funcionamiento del sistema social.

Sin embargo, como ejercicio habilitado normativamente de coerción estatal, requiere atender al modelo de Estado que fija la Constitución. En particular, la noción básica del Estado de Derecho que rige el estatuto fundamental salvadoreño implica una concepción personalista enfocada en la protección de los derechos de los ciudadanos a través del uso del instrumento penal (protección de los bienes jurídicos tanto de carácter individual como de naturaleza colectiva) como también las necesarias limitaciones que eviten una aplicación exorbitante de sus consecuencias (necesidad de la pena). Esta protección y limitaciones están conformados por el “programa penal de la Constitución”, configurados por principios como los de intervención legalizada e intervención mínima, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la respuesta penal. Además, el referido programa contiene principios procesales tales el del juez natural, presunción de inocencia, derecho de defensa y el de ser juzgado en un plazo razonable, legalidad de la prueba así como el acceso a uso de los medios impugnativos que franquee la norma procesal penal.

Desde tal enfoque, dentro de los límites fundamentales a un ejercicio legítimo del poder penal del Estado, es imprescindible determinar el momento en que resulta aceptable la intervención estatal en las libertades ciudadanas. Indiscutiblemente, todas las conductas que impliquen la lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico deberán ser penalmente castigadas en orden a la importancia del interés protegido y la gravedad de la conducta. De ahí que la tentativa, como un acto que implica un principio de ejecución (art. 24 del Código Penal —CPn.—), es por antonomasia el límite de lo que resulta castigable en un esquema respetuoso del principio de ofensividad (art. 3 CPn.).

No obstante, en forma periférica, existe una variedad de conductas distantes de la producción efectiva de un determinado peligro y cuya criminalización debe ser excepcional en lo posible. Dentro de este conjunto de comportamientos se encuentran los denominados actos preparatorios del delito, y que se mantienen dentro del denominado estadio previo a los márgenes tradicionales de injerencia punitiva. En efecto, el castigo de estos actos preparatorios constituye una de las formas extremas de la anticipación de la tutela penal en atención a diversas justificaciones de corte político-criminal, como es la importancia del bien jurídico protegido, la especial peligrosidad del comportamiento y aún la especial peligrosidad que reviste el rol de los preparadores. Empero, para muchos, dicho castigo representa una grave infracción al derecho de libertad pues amplía excesivamente la esfera de lo jurídicamente punible en desmedro del ámbito íntimo del individuo.

Sobre esto último, hay que reconocer que el ciudadano mantiene fuera del control estatal un ámbito muy personal que es la esfera civil interna que comprende tanto el pensamiento y su manifestación, sus actitudes y su indemnidad corporal, así como los contactos con personas que se encuentran en su entorno íntimo. Se trata de áreas protegidas de la intervención estatal conforme al derecho constitucional a la privacidad. Más allá de

ella, aparece una esfera civil externa en el que tienen lugar los diversos contactos con los diversos integrantes del cuerpo social, y es en donde tiene relevancia el comportamiento dirigido a realizar finalidades socialmente perturbadoras. Este en este ámbito es donde tiene sentido el castigo penal de aquellos hechos que, según una perspectiva *ex ante*, ya pueden considerarse riesgos antijurídicos.

Esto ha sido claramente expresado en la sentencia de 16-XI-2012, Inc. 70-2006, en la que se estableció que "... [l]a libertad no constituye, como es obvio, una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido se incluye la posibilidad de su manifestación externa. Asimismo, es claro que esta manifestación externa no se circunscribe a la oral o escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas. Ahora bien, la irrelevancia jurídica de las actitudes, conductas, posiciones morales o incluso el pensamiento lo es tan solo a los efectos de poder integrar una circunstancia a la que el ordenamiento jurídico anude consecuencias desfavorables, pero no implica que la visión del mundo y la libertad general sean bienes desprovistos de protección jurídica sino que, al contrario, constitucionalmente se encuentra garantizado el no poder ser condenado o sancionado, sino por acción u omisión, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamientos, deseos o tendencias, en el mundo interior de la persona existe, por tanto, un ámbito irrelevante para el ordenamiento jurídico si no va acompañado de una acción u omisión lesiva, externa y objetivamente verificable. S[ó]lo cabe, pues, hablar de limitaciones a la libertad a partir del momento en que el ejercicio de la misma trasciende la esfera personal de su titular mediante alguna de sus manifestaciones externas, es decir, cuando se utilizan medios violentos o se ponga en peligro a otros". En otras palabras, en el marco del Estado de Derecho está exento de responsabilidad criminal lo que se encuentre dentro de la esfera civil interna — sintéticamente resumido en la frase los pensamientos no delinquen—, pero la anticipación del Derecho Penal es legítima cuando el infractor se arroga ámbitos de actuación que corresponden a terceros mediante la producción y puesta en marcha de conductas encaminadas a producir efectos socialmente intolerables (esfera civil externa).

En un Derecho Penal de corte eminentemente preventivo lo relevante no son los resultados disvaliosos producidos, sino las conductas que impliquen de antemano una peligrosidad potencial determinable *ex ante* de acuerdo con los datos cognoscibles por un observador medio. Si para el legislador estos datos revelan una idoneidad suficiente para generar una situación de riesgo respecto de un bien jurídico determinado —como sucede con la exteriorización de una manifestación delictiva ante otros para solicitar su co-ejecución o co-participación— ellos pueden ser tipificados como actos preparatorios punibles. Dichos actos han sido distinguidos doctrinariamente entre aquellos de carácter moral y los de carácter material, perteneciendo al primer grupo los actos de conspiración, proposición y provocación. Los dos primeros se encuentran definidos legalmente en el art. 23 C.Pn, cuando

establece que “[e]xiste proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”. Mientras que los actos de conspiración “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

Con respecto a la conspiración, nos encontramos ante un concierto de voluntades ya resueltas en orden a la ejecución de un delito determinado como coautores. Una voluntad conjunta que es de recíproco conocimiento por parte de cada uno de los conspiradores y en la que se ha superado claramente la fase de deliberación. Por otra parte, la proposición acontece cuando alguien que ha decidido cometer un delito invita a otras a co-ejecutarlo o a brindarle su ayuda, sin que se requiera una aceptación expresa del invitado a participar para su castigo penal. Es evidente, entonces, que la proposición solo es punible para el que la hace, a pesar de la ineficacia de la misma para convencer al receptor, y no se requiere la existencia de un acuerdo para su castigo. De todas maneras, conviene dejar claro por el carácter excepcional de su aplicación, que se trata de conductas pre-ejecutivas y de carácter externo encaminadas a la perpetración del delito. Por ende, su punición —como la de otras formas preparatorias que han sido elevadas a la categoría de delitos autónomos como acontece con la apología— debe ser subsidiaria frente a los ámbitos de la consumación y la tentativa. De modo que la necesidad de su castigo independiente desaparece en cuanto el infractor continúe de forma progresiva los subsiguientes grados del desarrollo del delito.

V. 1. Dentro del ámbito de los principios contenidos en el programa penal de la Constitución se encuentra el relativo a que la pena sea adecuada a la gravedad de la conducta criminal. Esto es lo que se ha denominado el *principio de proporcionalidad penal*, el cual se constituye en una variante general de la necesaria medida que debe requerirse en cualquier tipo de intervención estatal restrictiva de derechos fundamentales y en la que el referido principio actúa como un límite de carácter material así como de parámetro de control constitucional. Sobre el mismo, el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, afirmaba que “[l]a ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”. Sin discusión alguna, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria exige que el Estado intervenga en el ámbito de los derechos fundamentales de los administrados en una proporción adecuada a los fines perseguidos y, particularmente en el ámbito represivo, que la respuesta punitiva se gradúe en atención al desvalor de acción, al desvalor de resultado y a la responsabilidad del autor como (sentencias de 13-II-2015 y 15-VI-2015, Inc. 21-2012 y Amp: 896-2012).

2. En el ámbito penal, la proporcionalidad se enfoca primordialmente en el ámbito de la determinación o individualización judicial de la pena. En tal sentido, desde su formulación legislativa abstracta, en su aplicación judicial concreta y en la fase de