

8-2020

Controversia

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas con treinta y seis minutos del día diecinueve de agosto de dos mil veinte.

La presente controversia constitucional se originó por el veto emitido por el Presidente de la República, Nayib Armando Bukele Ortéz, en contra de los arts. 16 y 17 del Decreto Legislativo n° 661 (Decreto n° 661), aprobado por la Asamblea Legislativa el 12 de junio de 2020, con una vigencia temporal hasta el día 7 de septiembre del presente año, que contiene la Ley Especial de Emergencia por la Pandemia COVID-19, Atención Integral de la Vida, la Salud y Reapertura de la Economía, por la supuesta violación de los arts. 1, 65, 66 y 86 inc. 1° Cn.

Analizados los argumentos y considerando:

I. Disposiciones vetadas.

Las disposiciones vetadas son los arts. 16 y 17 del Decreto Legislativo n° 661, de 12 de junio de 2020. Debido a su extensión, se omitirá su transcripción, pero puede consultarse en <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/AADE6171-F0F3-4C26-94B1-7771382BC5D0.pdf>

Han intervenido en el presente proceso el Presidente de la República y la Asamblea Legislativa.

II. Argumentos del Presidente de la República y de la Asamblea Legislativa.

I. A. El Presidente de la República intervino en este proceso mediante escrito de 12 de agosto de 2020. En él reiteró los argumentos que había expuesto en el veto por inconstitucionalidad. En síntesis, sostuvo que todo el Decreto n° 661 invade las competencias del Órgano Ejecutivo y viola el principio de colaboración interorgánica (arts. 65, 66 y 86 inc. 1° Cn.), pero, para efectos procesales, acotó que tal violación se expresa de forma concreta en sus arts. 16 y 17. A su juicio, tales disposiciones desconocen la potestad del Órgano Ejecutivo para “planificar, dirigir, coordinar y ejecutar la política de Gobierno en materia de salud y supervisar las actividades de dicha política [...]”, que está prevista en el art. 42 n° 1 y 2 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo. Según el Presidente, del art. 86 Cn. derivaría la exigencia de respetar los límites de la función legislativa respecto de la ejecutiva o, al menos, tomar en cuenta los planteamientos y cursos de acción relacionados con la pandemia COVID-19 en el país provenientes de la instancia técnica del Estado constitucionalmente competente para definirlos, es decir, el Ministerio de Salud.

Luego, afirmó que el art. 16 del decreto vetado prevé el reinicio de la actividad económica sin tomar en cuenta que, con base en evidencia empírica y científica —fase de contagio en el país, número de contagios diarios, capacidad de hospitales, etc.—, el Órgano Ejecutivo desaconsejó la reapertura económica. Además, aunque el art. 15 del decreto requiere que dicho órgano presente un plan de reactivación económica, el art. 16 lo descalifica, porque las

actividades económicas pueden reiniciar sin tal plan. Por otro lado, el art. 17 desconoce la exigencia de búsqueda de consensos y colaboración entre órganos del Estado, porque la flexibilización de las medidas y su gradualidad dependen del criterio exclusivo de la Asamblea Legislativa, sin que haya ninguna intervención relevante del Ministerio de Salud. En el mismo sentido, señaló que estas disposiciones violan los mandatos de la sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020, y de la resolución de 22 de mayo de 2020, inconstitucionalidad 63-2020, consistentes en la colaboración y la necesidad de emisión de normativa que garantice los derechos fundamentales a la vida y la salud durante la pandemia.

B. El Presidente de la República también refirió que el objeto de control viola el derecho a la salud de los habitantes del país (arts. 1, 65 inc. 1° y 66 Cn.). Esto se debería a que, por la concepción personalista de la Constitución, “ante una eventual colisión de derechos e intereses de rango constitucional debe favorecerse la fuerza expansiva del derecho a la salud” en los términos del art. 65 Cn. A su juicio, esta disposición constitucional se desarrolla mediante distintas normativas que determinan su alcance, sin que esto degeneren en un aspecto de mera legalidad —por ejemplo, el art. 42 n° 1 y 2 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y los arts. 1 y 40 del Código de Salud—. Afirmó que el Decreto n° 661 no es una ley que atienda las necesidades de salud pública actual, porque su art. 16 no está basado en evidencia científica para habilitar las actividades económicas, máxime cuando el país se encuentra en la fase III de atención a la pandemia, es decir, la que se produce cuando el sistema de salud es insuficiente para la atención de casos críticos y el virus se ha propagado por todo el país. Sostuvo que una reapertura económica no es aplicable hasta que las condiciones epidemiológicas lo permitan.

A esto se añadiría que el art. 17 del Decreto n° 661 prevé que toda reforma o ajuste de las fases de reapertura económica debe hacerse con un decreto legislativo, de manera que, ante cualquier alteración en la incidencia o letalidad de la enfermedad, sería la Asamblea Legislativa la que tomaría la decisión, sin considerar los criterios técnicos y potestades legales de la autoridad sanitaria nacional. Remarcó que la razón de la violación al derecho a la salud es que las disposiciones vetadas desconocen los criterios médicos y técnicos expresados por el Órgano Ejecutivo mediante el Ministerio de Salud —ente rector de la materia— y la realidad nacional. A su juicio, no hay equilibrio entre la reapertura económica y la aplicación de medidas sanitarias en el contexto de la pandemia COVID-19.

2. En su informe, la Asamblea Legislativa contextualizó las circunstancias en las que aprobó el Decreto n° 661, y básicamente reseñó las reuniones sostenidas con diversos funcionarios del Órgano Ejecutivo. Luego, al referirse a las razones del veto por inconstitucionalidad, sostuvo que dicho veto contenía ciertas deficiencias en la configuración del objeto de control, por lo que esta sala debía rechazar *in persecuendi litis* la controversia constitucional suscitada. En caso de no hacerlo, pidió que se declare que el objeto de control no es inconstitucional. Afirmó que el art. 16 del Decreto n° 661 no prevé una apertura simultánea de todas las actividades económicas, sino que es gradual, de forma que dicho órgano sí busca

proteger la salud de la población. De igual manera, sostuvo que hay numerosas semejanzas entre dicha disposición y el art. 9 del Decreto Ejecutivo n° 32¹, que ya fue declarado inconstitucional por este tribunal.

La Asamblea Legislativa también adujo que el Presidente de la República presenta el art. 1 Cn. como si este solo reconociera al derecho a la salud como merecedor de protección, cuando en realidad tal disposición protege constitucionalmente a la persona humana y a la totalidad de sus derechos (bienestar económico, justicia social, libertad, etc.), no solo la salud. Además, es todo el Estado salvadoreño el encargado de velar por tales derechos, no únicamente uno de sus órganos. También refirió que en el veto se ha querido elevar a rango constitucional lo que establecen las disposiciones reglamentarias emanadas del Órgano Ejecutivo.

En lo que respecta al veto del art. 17 del Decreto n° 661, la Asamblea Legislativa argumentó que el hecho de que las reformas a las fases de reapertura económica correspondan a dicho órgano no es más que una reafirmación del art. 142 Cn. De igual forma, subrayó que en el veto se expresó que “en el momento procesal oportuno se aportará la prueba documental técnica que demuestra que las disposiciones legales antes referidas constituyen una lesión al derecho de la salud pública”, pero que dicha documentación no fue incorporada, lo cual “comprueba fehacientemente que no existen los motivos de inconstitucionalidad alegados”. A su juicio, la colaboración entre órganos “no anula las facultades de legislar de la Asamblea Legislativa”. Por estas razones, pide que se rechace *in persecuendi litis* la controversia constitucional. Y en caso de que esta petición se rechace, que se establezca que la normativa vetada no es inconstitucional.

III. Problemas jurídicos y orden temático de la sentencia.

A partir de los argumentos aducidos por el Presidente de la República y la Asamblea Legislativa, los problemas jurídicos que se tendrán que resolver consisten en determinar si el Decreto n° 661 (i) viola los arts. 65, 66 y 86 inc. 1° Cn. al supuestamente invadir las competencias del Órgano Ejecutivo y desconocer el principio de colaboración interorgánica, por no tomar en cuenta los planteamientos y cursos de acción relacionados con la pandemia COVID-19 provenientes del Ministerio de Salud; y (ii) si viola los arts. 1, 65 inc. 1° y 66 Cn., pues según el veto presidencial no atiende a las necesidades de salud pública que exige la situación sanitaria actual en el país, según las directrices del Ministerio de Salud.

Para resolver estos problemas jurídicos se abordarán los temas que siguen: (IV) el control previo de constitucionalidad de cuerpos normativos de vigencia transitoria; (V) el principio de separación orgánica de funciones de los Órganos del Estado; (VI) el veto como control interorgánico; (VII) los límites al veto presidencial; (VIII) el derecho a la salud pública y su relación con los demás derechos; y finalmente (IX) se resolverán los problemas jurídicos planteados y (X) se determinarán los efectos de esta sentencia.

IV. Control previo de constitucionalidad de cuerpos normativos de vigencia transitoria.

¹ Este tribunal aclara que el contenido de dicho Decreto Ejecutivo puede ser consultado en <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2020/07-julio/29-07-2020.pdf>.

El control constitucional puede ser previo y posterior². El control previo se efectúa antes de la promulgación de la norma sujeta al control. El control posterior se realiza después de que la norma ha sido sancionada y publicada. En El Salvador, las controversias constitucionales (art. 138 Cn.) son un ejemplo de control previo, pues se determina si un proyecto de ley aún sin vigencia es compatible con la Constitución, de forma tal que el objeto de control aún no pertenece al ordenamiento jurídico —sistema de fuentes de Derecho— al momento que se determina su constitucionalidad³. Por otro lado, el proceso de inconstitucionalidad es un ejemplo de control posterior.

Ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional habían resuelto expresamente, hasta la fecha, cuál es el trámite por seguir para efectuar el control previo de constitucionalidad sobre cuerpos normativos de vigencia transitoria o determinada, esto es, normas dadas para un determinado plazo o para una cierta situación, cuya vigencia cesa cuando transcurre el plazo o desaparece la situación por la que han sido dictadas⁴. Sin embargo, tal como lo reconocen la jurisprudencia constitucional⁵ y la doctrina⁶, la interpretación de las disposiciones jurídicas es una tarea que responde a la necesidad de resolver un problema concreto. Esto significa que, para el caso, deben tomarse en cuenta las peculiaridades del supuesto concreto que se está analizando.

Así las cosas, hay razones suficientes para realizar el control previo de constitucionalidad del Decreto n° 661: (i) la vigencia inicialmente prevista en dicho decreto todavía no ha cesado, sino que únicamente ha “avanzado” el estado de cosas que regula, de manera que las fases de reapertura económica reguladas en él solamente se encontrarían en un estadio posterior al que inicialmente se previó —esto en el supuesto hipotético de que no hubiese sido vetado—; (ii) incluso si esto no fuera así, admitir la tesis contraria —imposibilidad de efectuar el control previo de constitucionalidad sobre cuerpos normativos de vigencia transitoria— llevaría a volver el veto por inconstitucionalidad, en la práctica, en un bloqueo de la labor legislativa y en una decisión anticipada e irrevocable de la no entrada en vigencia del cuerpo normativo de que se trate, sin que tal decisión esté sujeta a algún posible control de constitucionalidad. Así, pues, la decisión final no correspondería a esta sala⁷, sino que la ostentaría el Presidente de la República de turno.

Por las razones apuntadas, debe admitirse la posibilidad de conocer mediante controversia constitucional de aquellos casos en que la normativa vetada por ser supuestamente inconstitucional tenga una vigencia transitoria o determinada. Para efectos prácticos en este caso concreto, esto significa que este tribunal enjuiciará si los arts. 16 y 17 del Decreto Legislativo n° 661 son o no constitucionales a partir de los argumentos que ha aducido el Presidente de la República. Tal decisión implicará la respuesta a todas las peticiones realizadas por el Presidente

² Gómez Montoro, Ángel José, “El control previo de constitucionalidad de proyectos y estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n° 22, 1988, pp. 122-123.

³ Sentencia de 16 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad 7-2012.

⁴ De Lucas, Javier, et. al., *Introducción a la teoría del Derecho*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 1997, pp. 134-135.

⁵ Sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013.

⁶ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1ª ed., Civitas, 1988, pp. 22-24.

⁷ Que este tribunal posea la última palabra en materia constitucional es el consenso del constituyente expresado en los arts. 138, 149 inc. 2°, 174, 183 y 247 Cn.

de la República y la Asamblea Legislativa, pues un rechazo *in persequendi litis* (como lo requirió dicha Asamblea) sería inoficioso.

V. Principio de separación orgánica de funciones de los Órganos del Estado.

I. A. En la actualidad cabe referirse a un concepto “moderno” de la “separación de poderes”, que equivale a *separación orgánica de funciones*⁸, terminología que se empleará en lo sucesivo en esta sentencia. La separación orgánica de funciones se caracteriza por tres propiedades: la asignación de funciones —competencias y atribuciones— propias a cada uno de los órganos, la exclusividad solo en su contenido esencial y la noción de control del poder⁹ —“solo el poder frena al poder”—. Esto supone que, además de sus funciones propias, los órganos ejercen otras que se asemejan a las del resto de órganos, sin que esto pueda conducir a que se apropien de ellas o las desplacen¹⁰.

En la Constitución hay algunos ejemplos de exclusividad de contenido: (i) aunque a la Asamblea Legislativa corresponde la atribución de legislar (art. 121), hay otros órganos que también tienen competencia para emitir normas jurídicas, tales como el Consejo de Ministros (art. 167 ord. 1° Cn.), el Presidente de la República (art. 168 ord. 14° Cn.) y la Corte de Cuentas de la República (art. 195 ord. 6° Cn.); (ii) aunque el Órgano Judicial es a quien compete imponer penas, la autoridad administrativa tiene competencia para sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa (art. 14 Cn.); y (iii) aunque la elaboración del proyecto de presupuesto de ingresos y egresos corresponde al Consejo de Ministros del Órgano Ejecutivo (art. 167 ord. 3° Cn.), la Corte Suprema de Justicia elabora su propio proyecto de presupuesto de los sueldos y gastos de la administración de justicia, el cual debe ser incluido sin modificaciones en el proyecto del Presupuesto General del Estado (art. 182 ord. 13° Cn.).

La Constitución realiza esta distribución de funciones, competencias o atribuciones en su “parte orgánica”¹¹. Estas disposiciones constitucionales que tradicionalmente han sido calificadas como “orgánicas” definen la estructura general del Estado mediante la previsión de los órganos que ejercen el poder público, a los cuales singulariza y caracteriza con la identificación de las autoridades que los conforman, la asignación de competencias y el diseño de los mecanismos de interacción e incidencia entre ellos¹². Estos elementos, en conjunto, se rigen por el principio de separación orgánica de funciones, que constituye un pilar de la Constitución y contribuye a la

⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., Fontamara, 2001, p. 66.

⁹ Para algunos autores, en la actualidad la separación o división de poderes va dejando paso a la idea de control de las instituciones. Ver: Jiménez Asensio, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, 1ª ed., Marcial Pons, 2016, p. 132.

¹⁰ Brewer-Carías, Allan, “Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, n° 132, 2012, p. 204.

¹¹ Hoy cabría hablar de “ingeniería constitucional”: las constituciones no son solo normas de organización del poder (mandatos y prohibiciones). También procuran el orden efectivo de quienes lo ejercen mediante incentivos, recompensas y factores disuasorios. Ver: Sartori, Giovanni, “La ingeniería constitucional y sus límites”, en *Teoría y realidad constitucional*, n° 3, 1999, p. 79

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 10 de julio de 2019, C-306/19.

configuración de un sistema de controles que busca equilibrar la relación entre los órganos del Estado y evitar poderes omnímodos o sin control¹³.

B. Sin embargo, para una adecuada armonía de los órganos entre los que se reparte el ejercicio del poder, se crea lo que se puede denominar “zonas de reserva de competencias”¹⁴. Una reserva implica la combinación de tres tipos de normas: (i) una atribución de potestades a un órgano determinado, que puede traducirse en una obligación constitucional de desarrollo; (ii) el establecimiento de una prohibición dirigida a los restantes, que no deben dictar decisiones sobre la materia o área reservada; y (iii) la prohibición de que el órgano titular de la reserva la delegue en otro órgano (art. 86 Cn.)¹⁵.

Esta sala ha dicho que “la zona de reserva de cada órgano comprende un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro órgano; hay, entre otras, una zona de reserva de ley [...]; una zona de reserva de la Administración [...]; y una zona de reserva judicial”¹⁶. Para armonizar la frase “competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro órgano” con la forma en que se ha abordado el principio de separación orgánica de funciones, la idea de “competencias propias y exclusivas” debe ser entendida, en este contexto, como equivalente a la de “competencias indelegables distribuidas por la Constitución” —no exclusivas, pues hay órganos que ejercen otras semejantes—. Por su parte, la noción de “no ser interferidas” supone que un acto propio de las competencias de cada órgano no puede ser obstaculizado, impedido u ordenado si no es mediante mecanismos de control previstos en la Constitución o por el ejercicio de otra competencia que ella confiere.

Así las cosas, las zonas de reserva de competencias comprenden un margen de competencias distribuidas por la Constitución que por regla general son indelegables, cuyo ejercicio no puede ser obstaculizado, impedido u ordenado por otro órgano distinto al que se le atribuyen, a menos que esto sea la consecuencia normativa de un mecanismo de control institucionalizado en la norma fundamental o por el ejercicio de otra competencia que ella confiere¹⁷. Esto significa que el conjunto de las atribuciones comprendidas en la competencia de cada órgano es —en principio— improrrogable, es decir, no puede ser transferida interorgánica ni intraorgánicamente¹⁸. Pero, excepcionalmente la delegación es constitucionalmente admisible, porque en ocasiones puede operar como un medio técnico para el mejor funcionamiento dinámico de la administración pública¹⁹. En consecuencia, las atribuciones y competencias son delegables solo cuando sean de índole administrativo. Y ello es posible dentro de un mismo órgano o entre un órgano del gobierno y un ente descentralizado —delegación administrativa intraorgánica e interorgánica—, pues en tal caso la delegación opera como un medio técnico para optimizar el

¹³ También Waluchow, Wilfrid, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law*, 1ª ed., Marcial Pons, 2009, pp. 77-78.

¹⁴ Sentencia de 18 de abril de 2006, inconstitucionalidad 7-2005.

¹⁵ Sentencia de 25 de agosto de 2010, inconstitucionalidad 1-2010.

¹⁶ Sentencia de 21 de junio de 2002, inconstitucionalidad 3-99.

¹⁷ Ver Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad. Tomo I*, 2ª ed., Astrea, 2002, pp. 272-274.

¹⁸ Sentencia de 9 de mayo de 2016, inconstitucionalidad 117-2012.

¹⁹ Sentencia de 19 de abril de 2005, inconstitucionalidad 46-2003.

desempeño de la administración pública en beneficio del principio de eficacia²⁰. Al contrario, la función esencial de los otros órganos: decretar leyes formales o juzgar jurisdiccionalmente, son indelegables.

2. A. Un elemento ínsito a la separación orgánica de funciones es el control del poder²¹. En relación con esto, se ha sostenido que el control constitucional “no puede descansar únicamente en la jurisdicción constitucional, sino que reviste diversas formas y facetas, bajo una sola finalidad: hacer efectivo el principio de limitación del poder”²²; esto implica la asunción de la existencia de otras formas de control constitucional diferentes al judicial (que se puede presentar de muchas formas²³), aunque sea este último —ejercido en su modalidad concentrada por esta sala— el que define en última instancia, y de forma irrecurrible, la solución de los problemas sobre cuestiones constitucionales mediante la decisión final —salvo el recurso de revocatoria contra las resoluciones que resuelven el proceso de manera liminar—. Esto es así por las exigencias de certeza que impone el ordenamiento jurídico. El diálogo deliberativo no puede continuar por siempre y la apertura pluralista a la diferencia de opiniones no debe paralizar o impedir la decisión²⁴.

B. La doctrina constitucional reconoce dos formas de control —no excluyentes de otras, como el temporal—: el intraorgánico y el interorgánico²⁵. El sistema constitucional de controles interorgánicos e intraorgánicos denota una sólida garantía para preservar el orden plasmado en la Constitución, pues obliga a que el nacimiento de los actos del Estado solo pueda producirse siguiendo un procedimiento estructurado en varias etapas y con la intervención de diversos entes que se controlen mutuamente. Desde esta perspectiva, la noción de control constitucional reafirma que cualquier expresión de los poderes constituidos que contraríe un contenido constitucional es susceptible de invalidación, independientemente de su naturaleza concreta o abstracta, puesto que se estaría dictando en contra de los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar su ideal de convivencia²⁶.

El control intraorgánico se produce al interior de la organización de un órgano²⁷. Este es el caso del sistema de recursos o medios impugnativos en el Órgano Judicial, fuera del cual es imposible asumir la revisión, modificación, confirmación o anulación de una sentencia o resolución judicial proveniente de otro tribunal (art. 17 inc. 1º Cn.). El control interorgánico es ejercido de un órgano a otro²⁸, tal como ocurre con el veto presidencial (art. 137 Cn.)²⁹, la

²⁰ Sentencia de 20 de enero de 2009, inconstitucionalidad 84-2006.

²¹ Ver Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 129.

²² Sentencia de 21 de diciembre de 2007, inconstitucionalidad 15-2003.

²³ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, 1ª ed., Siglo XXI editores, 2018, p. 128.

²⁴ Sentencia de 1 de marzo de 2013, inconstitucionalidad 78-2011.

²⁵ Sobre esta distinción, véanse: Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, 1979, pp. 232-349; y Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 117-175

²⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 15-2003, ya citada.

²⁷ Sentencia de 1 de diciembre de 1998, inconstitucionalidad 16-98.

²⁸ Sentencia de 1 de febrero de 2001, inconstitucionalidad 22-96.

interpelación de los ministros o encargados del despacho y de los presidentes de instituciones oficiales autónomas por parte de la Asamblea Legislativa (art. 131 ord. 34° Cn.)³⁰ y el control constitucional de las acciones u omisiones legislativas y ejecutivas (art. 183 Cn.)³¹.

3. Una de las competencias que son conferidas al Órgano Legislativo es la de limitar derechos fundamentales o la de suspenderlos de forma general, esto es, con alcance en la totalidad o en parte del territorio (arts. 29, 131 n° 5 y 246 Cn.). Esto es así no solo en El Salvador, sino también en otros países latinoamericanos. Por mencionar algunos de los numerosos ejemplos: (i) Argentina³²; (ii) Colombia³³; (iii) Perú³⁴; (iv) Chile³⁵; (V) Costa Rica³⁶; (VI) Guatemala³⁷; o incluso en países europeos como (VII) España³⁸. Y esto se mantiene incluso en períodos de crisis, pues todos los países mencionados reconocen figuras como el estado de excepción, de alarma, de sitio, entre otras, en las que la reserva de ley sigue teniendo fuerza normativa. De igual forma, a todos (salvo España) les es aplicable la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también sujeta a la reserva de ley la limitación y suspensión de derechos (arts. 4.2, 7.2, 9, 12.3, 13.2, 15, 16.2, 21.2, 22.3 y 27).

Los órganos ejecutivos tienen algunas potestades de acción constitucionalmente válidas; sin embargo, estudios realizados en el contexto de la pandemia COVID-19 indican que “el uso reiterado de algunas potestades presidenciales, como los estados de excepción, el veto a las leyes (objeciones) o la legislación por la vía de decreto, consolida un uso abusivo de ese tipo de mecanismos, provoca la banalización de los mecanismos de emergencia y crea una presunción [...] de que estos son usados fuera del marco constitucional”³⁹. No está de más subrayar que el hecho de que algo se haga (incluso si es con insistencia o recurrencia) no significa, ni siquiera sugiere, que sea correcto o adecuado desde el punto de vista normativo.

Es por ello por lo que nuestro constituyente limitó sobremanera el ejercicio de las competencias del Órgano Ejecutivo que incidan en la limitación o suspensión de derechos fundamentales. Respecto de lo primero, mediante la sujeción a la ley. Respecto de lo segundo, estableciendo, por ejemplo, que la competencia para decretar regímenes de excepción por parte del Consejo de Ministros solo podría ejercerse cuando la Asamblea Legislativa no esté reunida

²⁹ Sentencia de 9 de diciembre de 2019, controversia 1-2019.

³⁰ Sentencia de inconstitucionalidad 16-98, ya citada.

³¹ Sentencia de 23 de enero de 2015, inconstitucionalidad 53-2012.

³² Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo I*, 2ª ed., Astrea, 1997, p. 291.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de julio de 2014, C-507/14.

³⁴ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 19 de junio de 2018, expediente 00005-2013-PI/TC.

³⁵ Pica Flores, Rodrigo, “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, año 20, n° 1, 2013, pp. 193-228.

³⁶ Sala Constitucional, sentencia de 24 de noviembre de 1992, 3550-92.

³⁷ Asociación de Investigación y Estudios Sociales, “El principio de reserva de ley en la Constitución Política de la República de Guatemala”, *Revista ASIES*, n° 3, 2013.

³⁸ Torres Muro, Ignacio, “Sobre la reserva de ley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, n° 31, 1991, p. 278.

³⁹ Gargarella, Roberto y Roa Roa, Jorge Ernesto, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Mpil Research Paper Series, n° 2020-21, p. 3.

(arts. 29 inc. 1° y 167 n° 6 Cn.), y el sentido de este excepcional supuesto ya ha sido ampliamente explicado por la jurisprudencia constitucional reciente⁴⁰.

VI. El veto como control interorgánico.

I. En el proceso de formación de ley, una vez llegada la etapa de intervención del Órgano Ejecutivo —luego de la aprobación del proyecto de ley por parte de la Asamblea Legislativa— (arts. 135, 136 y 137 Cn.), el Presidente de la República puede adoptar al menos 3 tipos de actos frente al proyecto de ley: sancionar, hacer observaciones o vetar. Esto es parte del control interorgánico del Órgano Ejecutivo al Legislativo⁴¹. En cualquiera de estos actos, dicho funcionario debe actuar con fundamento en el deber genérico de preservar la supremacía constitucional y garantizar los derechos fundamentales⁴². Para cumplir con su obligación y ejecutar su rol en el proceso de formación de la ley, el constituyente consideró indispensable la implementación de una relación institucional instada por las dos formas en que el Presidente puede expresar su posición frente al proyecto de ley cuando decide no sancionar: observaciones y veto. La Constitución distingue estos dos últimos actos en función de dos parámetros: por una parte, las razones que justifican cada una de esas decisiones gubernativas; por la otra, el cuórum de votación necesario para superar tales decisiones ejecutivas⁴³.

En torno al primer criterio, la intención del constituyente ha sido que la Constitución trate de manera diferente “la circunstancia en que el Presidente de la República veta un proyecto de ley y aquella en que lo devuelva a la Asamblea con simples observaciones”. Y la razón es que el “veto se produce por razones de fondo, cuando el Presidente de la República objeta el proyecto por su propio contenido, en tanto que cuando lo devuelve con observaciones, se trata de propuestas de cambio accidentales que no alteran el fondo y sustancia del proyecto”⁴⁴. De acuerdo con el segundo criterio, el art. 137 inc. 3° Cn. exige que las observaciones sean superadas por la Asamblea Legislativa con la mayoría prevista en el art. 123 Cn., esto es, con al menos “el voto favorable de la mitad más uno de los [d]iputados electos”. En cambio, para superar el veto debe ratificar el proyecto de ley con “los dos tercios de votos, por lo menos, de los diputados electos” (art. 137 inc. 2° Cn.).

La importancia de diferenciar entre las observaciones y el veto se centra en la forma en cómo el Presidente de la República debe expresar su postura frente al proyecto de ley aprobado. Según la sentencia del 24 de mayo de 1989, controversia 1-89, el citado funcionario no tiene permitido o no debe devolver el proyecto a la Asamblea Legislativa aduciendo “observaciones” cuando en realidad “invoca algunas razones de constitucionalidad para hacerlo”, ni viceversa. Esta forma de proceder “no puede ser subsanada oficiosamente por este tribunal, ya que no se trata de un error de Derecho, sino de falta de cumplimiento de presupuestos establecidos en la

⁴⁰ Sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020.

⁴¹ Véase Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 148-150.

⁴² Resolución de 1 de junio de 2020, controversia 1-2020.

⁴³ Resolución de 18 de octubre de 2019, controversia 1-2019.

⁴⁴ Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, Título VI, Capítulo I, Sección Segunda, letra b.

propia Constitución, y que son los que habilitan a esta sala para conocer y pronunciarse sobre el fondo del asunto”. Por tanto, si él expone razones de inconstitucionalidad para justificar ciertos cursos de acción, como abstenerse de sancionar, promulgar y publicar el proyecto, debe “emplear el veto que la Constitución le faculta, y no solo observaciones”. Se trata, pues, de cuestiones diferentes, por la relevancia del defecto detectado por el Presidente y por los propósitos genuinamente democráticos que perseguiría.

2. No obstante, el veto presidencial, idealmente instaurado como mecanismo de control interorgánico que debería usarse en defensa de la Constitución o en defensa de criterios de oportunidad política —uno u otro expresamente señalados en el veto en cuestión—, tiende a deformarse en la práctica en los sistemas presidencialistas. Así, su abuso recurrente aúna a que se abandone la visión constituyente de separación orgánica de funciones, defensa de la Constitución y diálogo/consenso entre órganos —una exigencia deliberativa de las democracias contemporáneas—, para dar paso a los bloqueos y al inmovilismo⁴⁵ como formas de presión política para imponer la visión particular del Presidente de turno. Esto, como cualquier otra forma de intento de concentración del poder, es un peligro para la libertad y demás derechos fundamentales, que, según demuestra la historia del Estado de Derecho, se diluyen poco a poco en los Estados en que alguno de los órganos ostenta un poder absoluto o excesivo en relación con el de los demás. Y es por esto por lo que el principio de “separación de poderes”, hoy separación orgánica de funciones, se mantiene hasta la actualidad, así sea con cambios respecto de su versión original⁴⁶.

Hay que reparar en que en América Latina se ha ido abriendo paso un fenómeno que se conoce como “autoritarismo de baja intensidad”, que es aquel que se esconde tras el ejercicio de las funciones democráticas (deformándolas), para así perpetuarse y hacerse inmune a la crítica⁴⁷. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, la observación internacional incesante y la existencia de relatorías y órganos de control en el sistema internacional de protección de los derechos humanos y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos reduce las posibilidades de que los gobiernos de turno puedan actuar impunemente cuando efectúan violaciones directas e indirectas a los derechos humanos.

El veto no se escapa de esta lógica de conflicto incesante, pues en la historia reciente del país se ha observado un incremento considerable de vetos por inconstitucionalidad en comparación con los que hubo en los años anteriores. Esto no es en sí mismo algo que represente un problema, toda vez que la posibilidad de hacer uso del veto está dentro de las facultades del Presidente de la República. Pero, la alegación de violación al “principio de separación de

⁴⁵ Véase Gargarella, Roberto (coordinador), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional. Tomo I. Democracia*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, 2009, p. 59.

⁴⁶ Véase Díaz Revorio, Francisco Javier, “Cuando el garante de la Constitución se convierte en su mayor enemigo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 113, año 38, 2018, p. 347.

⁴⁷ Véase Bernal Pulido, Carlos, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, en *Cuestiones Constitucionales*, n° 17, 2007, p. 32.

poderes” —término caído en desuso en el Derecho Constitucional actual⁴⁸— u expresiones similares es un lugar común en la mayoría de dichos vetos, como en el presente caso. A pesar de que en todos esos casos esta sala ha determinado el contenido de dicho principio, se insiste en hacer uso de él como argumento⁴⁹ para efectuar los vetos por inconstitucionalidad⁵⁰.

Lo antedicho sirve para que esta sala tenga una base inductiva suficiente para inferir que el veto presidencial por inconstitucionalidad podría estarse empleando de forma excesiva, lo cual no solo es una desfiguración de esta forma de control interorgánico, sino que constituye una violación a la prohibición de principio que suele denominarse “abuso del derecho”, que se produce, entre otros casos, cuando alguien tiene una facultad proveniente de una norma jurídica que es ejercida sin una finalidad discernible o un fin serio y legítimo considerable⁵¹. El veto por inconstitucionalidad es, se repite, algo que forma parte de los atributos del Presidente de la República, pero las reglas democráticas y la ingeniería constitucional no pueden trastocarse para un uso a conveniencia, sino que, por el contrario, es el actuar de cualquier poder público el que debe adaptarse a ellas. Por ello, si las verdaderas razones de desacuerdo son de naturaleza política, no constitucionales, así debe hacerse constar en el veto, pues de lo contrario se incurre en abuso del derecho desde la óptica constitucional, totalmente distinta a la civilista.

En el Derecho Constitucional, más que en el Derecho Privado, el intérprete no puede ceñirse exclusivamente al texto de la Constitución en un sentido total, absoluto y estrictamente literalista —en el sentido de los antiguos glosadores—, por la sencilla razón de que la mayoría de las disposiciones constitucionales son deliberadamente abiertas y de contenido de principios (o con “apertura regulativa”)⁵², con el fin de permitir su adaptación con el paso del tiempo o los cambios en la realidad. Por ello, no puede afirmarse que disposiciones como el art. 3 de la Constitución, por ejemplo, admitan un “sentido literal”, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión rechazable de que, salvo las categorías sospechosas de discriminación previstas en tal disposición, todas las demás formas de discriminación son admisibles. Es por ello por lo que esta sala ha rechazado expresamente la “doctrina del sentido claro”⁵³, porque la Constitución, ni aunque así se pretenda, permite la atribución de un significado de acuerdo con un sentido estrictamente literalista, como antes se refirió. Por tanto, es razonable sostener que los recurrentes vetos por inconstitucionalidad, que realmente podrían ser catalogados como vetos por inconveniencia, constituyen una forma de violación al principio que prohíbe el abuso del derecho, anclado sobre los valores de dignidad humana y justicia (Art. 1 Cn.).

⁴⁸ Allan Brewer-Carías, “Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, n° 132, 2012, p. 204; y Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., Fontamara, 2001, p. 66.

⁴⁹ Un *topoi* de la argumentación.

⁵⁰ Ejemplo, considerando VI de la sentencia de 9 de diciembre de 2019, controversia 1-2019; considerando IV 2 C de la sentencia de 24 de julio de 2020, controversia 1-2020; considerando V de la sentencia de 19 de junio de 2020, controversia 2-2020; y considerando VII de la sentencia de 6 de julio de 2020, controversia 3-2020.

⁵¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Para una teoría general de los ilícitos atípicos”, en *Estudios*, Trotta, p. 45.

⁵² Aguiló Regla, Josep, “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 35, España, 2012, pp. 242-248.

⁵³ Sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013. Ver también a Hamilton, J. Madison, J. Jay “El Federalista”. Fondo de la Cultura Económica. México 1943, página 150.

3. A. Para lo que respecta a este caso particular, hay más razones para inferir que se está en presencia de un uso reiterado y sistemático del veto por inconstitucionalidad. Dichas razones vienen dadas por una contradicción por parte del Órgano Ejecutivo. En principio, hay que reconocer que cuando una parte en litigio adopta una actuación contradictoria se levanta una sospecha en relación con su actuar. Por ejemplo, cuando en el ámbito interamericano se hace uso del *principio del estoppel*, la idea subyacente es justamente la de evitar contradicciones. Según este principio, “cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en deterioro propio o en beneficio de la contraria, no puede luego [...] asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera”⁵⁴. Su esencia, pues, es la imposibilidad de una de las partes de incurrir en contradicción cuando se ha hecho algo perjudicial para sí misma o beneficioso para la otra.

Pues bien, este tribunal ya ha conocido de violaciones al principio citado. En la resolución de 11 de agosto de 2017, inconstitucionalidad 146-2014, ante una actitud contradictoria de la Asamblea Legislativa, consistente en primero defender la constitucionalidad de una ley y luego reformarla bajo el argumento de que dicha ley tenía vicios de inconstitucionalidad, esta sala consideró que esto podría suponer un fraude a la Constitución —sin que esto fuera una decisión anticipada de inconstitucionalidad—. En concreto, este tribunal sostuvo que “el principal insumo argumental para afirmar la existencia de un posible fraude a la Constitución deriva de la patente contradicción de las posturas institucionales que la Asamblea Legislativa ha sostenido al aprobar la LEDAB, al defender en este proceso la constitucionalidad de dicha ley, y al adoptar las reformas a la misma”.

Visto desde el plano de lo racional, un argumento debe reunir ciertas “reglas del discurso”. Desde el plano estructural, algunas de esas reglas apuntan a la no contradicción y al uso consistente de los términos⁵⁵. Es decir, si se acepta algo para un objeto, también debe aceptarse para todos los demás que posean propiedades semejantes a él. Por eso es por lo que se afirma que “cualquiera puede hacer una mera elección sin razón alguna y (quizás) hasta recomendarla a otra gente. Sin embargo, este tipo de elección casual no puede constituir la base de la aceptabilidad racional”⁵⁶. Entonces, las contradicciones son vistas como indicios de falta de racionalidad y de mero subjetivismo, algo que no tiene cabida cuando se trata de actuaciones que deberían respetar reglas y principios de tipo jurídico previstas en la Constitución, no parámetros políticos o morales (como el veto por inconstitucionalidad por otros motivos).

B. Para el caso concreto, la contradicción indicativa de un uso abusivo del veto presidencial por inconstitucionalidad viene dada por el contenido del Decreto Legislativo n° 661, vetado porque en principio viola el derecho a la salud pública, en comparación con el de los Decretos Ejecutivos n° 31 y 32, de fechas 14 de junio de 2020 y 29 de julio de 2020,

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*, sentencia de 5 de octubre de 2015, párrafo 24.

⁵⁵ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 49.

⁵⁶ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 236-237.

respectivamente⁵⁷. Todas las normativas mencionadas regulan, a su manera, la denominada “reapertura gradual de la economía”, y distan muy poco entre sí respecto de las actividades cuyo ejercicio se prohíbe (o permite) en cada una de las fases que regulan. Para ilustrar mejor esta afirmación, se comparará el contenido de los arts. 16 del Decreto Legislativo n° 661, 9 del Decreto Ejecutivo n° 31 y 9 del Decreto Ejecutivo n° 32, en cuanto a las fechas de las fases que prevén o preveían.

	Decreto Legislativo n° 661	Decreto Ejecutivo n° 31	Decreto Ejecutivo n° 32
Fase 1	De 16 de junio a 6 de julio.	De 16 de junio a 6 de julio.	De 29 de julio a 19 de agosto.
Fase 2	De 7 de julio a 27 de julio.	De 7 de julio a 21 de julio.	De 20 de agosto a 3 de septiembre.
Fase 3	De 28 de julio a 17 de agosto.	De 22 de julio a 5 de agosto.	De 4 de septiembre a 18 de septiembre.
Fase 4	De 18 de agosto en adelante.	De 6 de agosto a 20 de agosto.	De 19 de septiembre a 3 de octubre.
Fase 5	No hay fase 5.	De 21 de agosto en adelante	De 4 de octubre en adelante.

Deben aclararse dos cuestiones relevantes para el caso: (i) El Decreto Ejecutivo n° 32 difiere de las fechas de reapertura previstas por el Decreto Legislativo n° 661 y Decreto Ejecutivo n° 31, debido a que se emitió el 29 de julio de 2020, con el fin de derogar el Decreto Ejecutivo n° 31. Por ello, el punto de partida es ese mismo día (29 de julio de 2020), de forma tal que la semejanza que guarda con el Decreto n° 661 es que la distancia temporal entre cada una de las fases de reapertura es semejante; y (ii) las diferencias que hay entre todos estos decretos respecto de las actividades cuyo ejercicio se permite son meramente periféricas, no centrales, de forma que, en su núcleo, son sumamente semejantes. Por lo dicho, para este caso se puede concluir que el uso del veto presidencial por inconstitucionalidad tiene la apariencia de ser un exceso de dicha facultad.

VII. Los límites al veto presidencial.

1. Como cualquier competencia constitucional, el veto presidencial está limitado. Uno de sus límites está representado por el carácter vinculante u obligatorio de las sentencias emitidas por esta sala cuando consistan en obligaciones de hacer. Sin perjuicio de sus facultades para

⁵⁷ El primero de dichos decretos fue publicado en el Diario Oficial n° 121, tomo 427, de 14 de junio de 2020. El segundo se publicó en el Diario Oficial n° 153, tomo 428, de 29 de julio de 2020. Pueden ser consultados en la página web del Diario Oficial: <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2020/06-junio/14-06-2020.pdf> y <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2020/07-julio/29-07-2020.pdf>, respectivamente.

ejecutar lo juzgado (art. 172 inc. 1° Cn.)⁵⁸, existe la posibilidad de que los sujetos normativos obligados puedan incurrir: (i) en una negativa expresa de acatar lo resuelto en la sentencia; (ii) en la ejecución de actos concluyentes de los que se deduce la voluntad de no acatar lo juzgado; o (iii) en una negativa implícita de cumplir lo ordenado por este tribunal⁵⁹. Aunque esto pueda darse en la realidad, es preciso remarcar que, de hacerlo, los servidores públicos respectivos incurrir en responsabilidades civiles, penales y electorales.

En el orden civil, si la obligación positiva impuesta por este tribunal consiste en emitir o sancionar una normativa de tutela de los derechos fundamentales⁶⁰, puede catalogarse como un supuesto de responsabilidad patrimonial directa de los funcionarios públicos, ya que comporta un funcionamiento anormal del orden jurídico⁶¹. En el orden penal, la omisión a sabiendas, sistemática e infundada de dictar una normativa que incumpla con lo dispuesto en la sentencia puede ser considerada constitutiva, por ejemplo, del delito de desobediencia (art. 322 inc. 1° del Código Penal); y, en el caso de aquellos funcionarios que deliberada e injustificadamente se opongan a su emisión, su actuar puede constituir el delito de incumplimiento de deberes (art. 321 inc. 1° del Código Penal). En el orden electoral, el incumplimiento de una sentencia judicial puede considerarse como un hecho que vicia la honradez notoria, por lo que los organismos electorales con competencia para aceptar o denegar las candidaturas para cargos de elección popular directa o indirecta deben tomarlo en cuenta.

2. A. Como consecuencia del carácter vinculante u obligatorio de las sentencias constitucionales, ante una decisión desestimatoria en una controversia el Presidente de la República tiene que sancionar y publicar el proyecto de ley; no tiene otro margen de acción, pues la Constitución le impone tal obligación (art. 138 Cn.).

B. Existe otro caso que merece especial referencia, también relacionado con el carácter vinculante u obligatorio de las sentencias constitucionales, en el cual no se está en presencia del escenario natural previsto por el constituyente, sino en un supuesto distinto que requiere un análisis particular.

a. Para dar cuenta de esta afirmación, debe partirse de la distinción entre las normas constitutivas y regulativas. Las primeras establecen las condiciones exigibles para la producción y existencia de situaciones jurídicas o de resultados institucionales y son condición necesaria para

⁵⁸ Villaverde Menéndez, Ignacio, “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 38, 2016, p. 661). Además, resoluciones de 21 de marzo de 2013, 19 de febrero de 2015 y 26 de julio de 2017, inconstitucionalidades 49-2011, 57-2011 y 42-2012 AC, respectivamente.

⁵⁹ Beladiez Rojo, Margarita, “El recurso de amparo y la especial transcendencia constitucional”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, 1ª ed., 2018, pp. 53-57.

⁶⁰ Tal como ocurrió en la sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005, y la sentencia de 23 de enero de 2015, inconstitucionalidad 53-2012.

⁶¹ En efecto, si una persona no puede ejercitar sus derechos por el incumplimiento de la sentencia, ello implica que los funcionarios obligados a cumplirla han incurrido en un omisión ilícita —intencional o culposa— que eventualmente afecta los derechos del particular (art. 3 letra a de la Ley de Reparación por Daño Moral). En ese contexto, el afectado está habilitado para emprender el proceso pertinente en contra de aquellos funcionarios que incumplen sistemáticamente el cumplimiento de la sentencia. En este caso, el resarcimiento o indemnización debe ser ejecutada en el patrimonio personal del condenado.

la producción de las consecuencias jurídicas a que se refieren. Las segundas son las que contienen permisos, mandatos o prohibiciones para los sujetos destinatarios del Derecho⁶². Las normas constitutivas, a su vez, se dividen en puramente constitutivas, que son las que condicionan la producción de un resultado institucional a la ocurrencia de un cierto estado de cosas; y en reglas que confieren poder, que vinculan el surgimiento de un resultado institucional y la creación de un estado de cosas a la realización deliberada de una acción o de un conjunto de acciones encaminadas a ese fin, siempre que dichas acciones estén amparadas por una norma jurídica que faculte a alguien a ejecutarlas⁶³.

Pueden darse los siguientes ejemplos de estos conceptos: (i) norma puramente constitutiva: el art. 71 Cn., porque el hecho natural de que una persona cumpla 18 años —estado de cosas— produce el resultado institucional de su reconocimiento como ciudadano; (ii) regla que confiere poder: el art. 12 del Código de Familia, porque confiere el poder para contraer matrimonio; sin embargo, los contrayentes deben efectuar deliberadamente las acciones encaminadas a ello para que dicho resultado institucional se produzca —que serían las normas relacionadas con el acto de matrimonio—; y (iii) normas regulativas: cualquiera de las prohibiciones de cometer delitos que derivan del Libro Segundo del Código Penal —prohibición de matar, robar, hurtar, etc.—.

Con base en esta distinción, es posible determinar que cuando el Presidente de la República veta un proyecto de ley por inconveniencia o por inconstitucionalidad, se vale de una regla que le confiere dicho poder (art. 137 Cn.), por lo que tal facultad no puede ser restringida, a menos que se utilice para fines constitucionalmente ilegítimos. Esto se explica por el hecho de que las reglas que confieren poder, al no contener mandatos, permisiones o prohibiciones, no pueden infringirse, sino que pueden usarse “bien” o “mal”. En el primer caso, se produce el resultado institucional deseado. En el segundo, el resultado institucional no se produce o no se produce del todo y, en consecuencia, no es reconocido por el Derecho o no es reconocido del todo⁶⁴.

b. El uso indebido (el “mal uso”) del veto presidencial conduce a que el resultado institucional producido carezca de validez jurídica. Por tanto, no se genera el estado de cosas deseado y se pueden dar dos consecuencias conexas entre sí: la desviación de poder y la tendencia al hiperpresidencialismo. En lo que respecta a la desviación de poder, a diferencia de los poderes que la Constitución confiere a los particulares, que se ejercen dentro del ámbito general de libertad de la persona (art. 8 Cn.)⁶⁵, los poderes conferidos a los funcionarios públicos son estrictamente dirigidos a la consecución de fines específicos expresamente determinados por

⁶² Sentencia de 28 de mayo de 2018, inconstitucionalidad 146-2014/107-2017.

⁶³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *La piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º ed., 2007, pp. 81-91

⁶⁴ Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2º ed., 2000, p. 71.

⁶⁵ Sentencia de 16 de mayo de 2008, hábeas corpus 135-2005 AC. Según esta sentencia, “la Constitución de la República establece la vinculación del derecho general de libertad con el ordenamiento jurídico, en el sentido que, en principio, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, pero sí puede ser obligado a adecuar su conducta a prescripciones jurídicas que le conminen a actuar o abstenerse de actuar”.

la Constitución y las leyes (art. 86 inc. 3° Cn.). Así, el uso de dichos poderes para fines distintos a los constitucionalmente establecidos genera una desviación de poder⁶⁶. Partiendo de la idea de que no pueden existir zonas exentas de control constitucional, es inaceptable admitir que en la Constitución no exista una institución que permita controlar el uso de los poderes públicos que vaya en contra de los principios constitucionales.

c. En cuanto al hiperpresidencialismo, los sistemas latinoamericanos, desde sus orígenes fundacionales, se han caracterizado por un predominio, muchas veces excesivo, del Órgano Ejecutivo sobre el Legislativo. Si este predominio viene dado por prácticas del titular del Ejecutivo, en exceso de sus facultades constitucionales, conlleva a vulneraciones de la separación orgánica de funciones. Los sistemas presidencialistas se caracterizan porque la figura del presidente funge como jefe de Estado, comandante de las fuerzas armadas, director de las relaciones internacionales, tiene potestades reglamentarias, iniciativa de ley y facultad de veto, entre otras. Sin embargo, estos sistemas presidencialistas cuentan con un Órgano Legislativo con facultades de control que impide un abuso de poder por parte del Ejecutivo⁶⁷.

Cuando los referidos controles no existen, o de la práctica institucional resulta que el Ejecutivo goza de supremacía sobre el Legislativo, llegando al extremo de arrogarse facultades legislativas, se infringe directamente el sistema de pesos y contrapesos en favor del presidente, por lo que se está en presencia de un sistema hiperpresidencialista⁶⁸. De acuerdo con lo anterior, el hiperpresidencialismo es un sistema político antidemocrático que se vale de las abundantes facultades que la Constitución atribuye al Presidente de la República, quien las ocupa para imponerse sobre el parlamento, congreso o asamblea, o cualquier otra institución de control — incluso el control ciudadano—, realizando así un ejercicio abusivo de dicho poder en beneficio propio o de cierto sector político o social⁶⁹. En estos casos, es tarea de los tribunales

⁶⁶ Ver: Atienza y Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, ya citado, p. 97. La desviación de poder se produce si concurren de manera necesaria los siguientes presupuestos: (i) que exista una regla regulativa que permita al órgano o autoridad utilizar la regla que confiere poder para producir determinado resultado institucional; (ii) que, como consecuencia del resultado institucional obtenido, se produzca un estado de cosas que, haciendo un balance entre los principios que justifican la utilización de la regla que confiere poder y otros principios del sistema, produzca un daño injustificado o un beneficio indebido; (iii) que no exista una regla regulativa que prohíba producir el resultado institucional obtenido, aunque pueda haber una regla dirigida a evitar el estado de cosas que se produce; (iv) que el resultado institucional obtenido sea un medio objetivamente adecuado para generar el estado de cosas producido, ya sea que el órgano o autoridad lo haya realizado con esa intención o no; y (v) que el balance entre los principios contradictorios en juego tenga la fuerza suficiente para generar una regla que establezca que, en determinadas circunstancias, se encuentra prohibido utilizar la regla que confiere poder para obtener un resultado institucional que genere un estado de cosas indeseado, ya que de hacerlo se produciría la invalidez de dicho resultado institucional.

⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho constitucional y Teoría del Derecho*, 1° ed., 2019, pp. 46-47

⁶⁸ Arango Restrepo, Ana Catalina, “Presidencialismo”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 14, 2018, p. 254.

⁶⁹ Bernal Pulido, Carlos, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, en *International Journal of Constitutional Law*, volumen 11, n° 2, 2013, p. 351. Así, un sistema presidencialista tradicional puede degenerar en uno hiperpresidencialista cuando la figura del Presidente de la República recae en un líder populista que busca, generalmente, reelegirse en el cargo, perpetuarse en el poder o ejercer sus funciones sin límites institucionales que lo restrinjan. Tales propósitos antidemocráticos se ven reforzados cuando: (i) el presidente posee mayoría política en el Legislativo, por lo que no representa un auténtico contrapeso a sus intereses; (ii) se impone a las instituciones de control; y (iii) la ciudadanía no ejerce un verdadero control social, de forma crítica sobre su actuar. De aquí que, aunque exista un diseño constitucional que satisfaga el principio institucional de equilibrio del poder, pueden llevarse

constitucionales, como guardianes de la Constitución, ejercer un rol activo en el control de constitucionalidad de normas, omisiones o actos de aplicación directa de la Constitución que pongan en riesgo la supremacía constitucional⁷⁰.

3. En conclusión, en los casos en que la Sala de lo Constitucional ordena la emisión de una ley o su sanción —lo primero (ley) en caso de inconstitucionalidad por omisión o para evitar lagunas jurídicas y lo segundo (sanción) en las sentencias de controversia constitucional—, el veto del Presidente de la República estará sujeto al control de constitucionalidad, por no tratarse del escenario natural previsto por el constituyente. De hacerlo, este no produciría la consecuencia jurídica esperada. Pero, esta afirmación debe matizarse.

En primer lugar, esta situación especial también incluye al veto por razones de inconveniencia. Esto se debe a que dicha normativa no se emite dentro del margen de acción estructural permitido que tiene la Asamblea Legislativa, sino dentro de su margen de acción necesario, lo que implica que es algo obligatorio, no dependiente de la voluntad política de la Asamblea Legislativa o del Presidente de la República.

En segundo lugar, en el caso en el cual la sala ya se ha pronunciado sobre la emisión de la ley y se encuentre en fase de seguimiento, cuando el Presidente de la República cuestione aspectos de esa ley, que han sido introducidos por el legislador dentro de su libertad de configuración, y que en nada tengan que ver con los parámetros o temas fijados por esta sala, el Presidente de la República sí estaría haciendo un uso correcto del veto por razones de inconstitucionalidad y, por tanto, produciendo el resultado institucional y estado de cosas deseado. Por consiguiente, el Presidente no podría utilizar el veto para controlar aquellos aspectos de la ley que se considere que incumplen con la sentencia de inconstitucionalidad emitida y que se encuentra en fase de ejecución, porque invadiría la competencia de esta sala para ejecutar lo juzgado (art. 172 inc. 1° Cn.). Fuera de tal supuesto, si el Presidente estima que la ley contiene otros vicios de inconstitucionalidad que, por congruencia, quedarían exentos del control como parte de la verificación del cumplimiento de la sentencia del caso, se encuentra plenamente habilitado para vetar y promover la controversia respecto de esos puntos en específico.

En el caso del veto presidencial en las condiciones descritas, si el veto siguiera el trámite ordinario, el proyecto de ley tendría que ser devuelto a la Asamblea Legislativa para que esta intentara ratificar el decreto. Pero, el cuerpo normativo es uno solo, y en este escenario contendría las prescripciones que esta sala ordenó que el legislador emitiera y las prescripciones legales que, aunque no se le ordenó, fueron incorporadas y el presidente consideró inconstitucionales. Por tanto, como el decreto legislativo no puede dividirse, de seguirse el trámite ordinario de la controversia y ser devuelto el proyecto a la Asamblea Legislativa, existiría

a cabo acciones que, en la práctica, y ante la falta de oposición o control a las mismas, representen una alteración del sistema democrático y vayan minando los contenidos esenciales de la Constitución.

⁷⁰ En El Salvador, la creación de la Sala de lo Constitucional fue una opción del poder constituyente para asegurar la supremacía constitucional y representa una garantía para salvaguardar que el funcionamiento de las instituciones y órganos públicos no quede abandonado al juego arbitrario del poder. Ver: Sentencia de 16 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad 7-2012.

la posibilidad de que no se alcance el número de votos necesarios para superarlo, lo que provocaría que sea incumplida la orden de esta sala de emitir la normativa correspondiente. Para evitar dicha situación y para dar cumplimiento efectivo al mandato constitucional que se derive de las sentencias de este tribunal, el trámite de la controversia, en este supuesto específico, debe sufrir una variación particular: el Presidente de la República, al vetar disposiciones de la ley que en nada tengan que ver con la orden emanada de esta sala, deberá formular la controversia y remitirla directamente a esta sala (art. 138 Cn.)⁷¹.

VIII. El derecho a la salud pública y su relación con los demás derechos.

I. Para la Organización Mundial de la Salud, la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁷². Esta definición es la que ha sido retomada por esta sala en su jurisprudencia⁷³, y, de igual forma, es la que consta en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Dentro de las manifestaciones de este derecho está el de la conservación de la salud, que supone adoptar medidas preventivas para que no se produzcan daños en ella y la obligación estatal de abstenerse de cualquier acto que la lesione⁷⁴.

Según la jurisprudencia, la salud debe tener las siguientes características mínimas⁷⁵: (i) disponibilidad: que se cuente con un número suficiente de establecimientos, bienes y programas públicos para satisfacer la demanda del servicio; (ii) accesibilidad: tales establecimientos y la prestación de los servicios deben ser asequibles material y económicamente para todos, sin discriminación alguna; (iii) aceptabilidad: el grupo de instituciones que ofertan los servicios médicos debe ser respetuoso de la ética médica, la cultura de las personas y la confidencialidad, entre otros; y (iv) calidad: los hospitales, equipo, servicios y personal a cargo deben ser los apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo cual obliga al Estado a crear las instituciones y mecanismos de vigilancia y control.

Como todos los derechos, este genera obligaciones positivas y negativas⁷⁶. Algunas de las obligaciones positivas consisten en las actuaciones mencionadas en los párrafos que anteceden. En lo que respecta a las obligaciones negativas, tal como ya ha sostenido este tribunal con anterioridad, la salud exige que el Estado no efectúe discriminación de ninguna índole, por lo que, por ejemplo, las limitaciones económicas, raza, ideología política, sexo, género,

⁷¹ Con esta solución se respetan las competencias del presidente (hacer uso del veto) y de esta sala (hacer cumplir sus sentencias). La Asamblea Legislativa debe soportar una mayor limitación en este procedimiento, pues la norma emitida no se encuentra dentro de su margen de acción estructural permitido, sino en el ámbito de lo necesario, por estar obligada a cumplir con una orden de esta sala. Por ello, si el Presidente de la República devolviera el proyecto vetado a ese órgano, se corre el riesgo de que el mismo no sea ratificado y, por tanto, que se incumpla con la orden de promulgar la respectiva ley y la efectividad de la sentencia de este tribunal se volvería nugatoria. Por ello, es preferible modular el trámite de la controversia por la excepción que se presenta, a que se incumplan los mandatos constitucionales, lesionando así al mismo Estado de Derecho.

⁷² Véase la definición de salud colgada en la página web oficial de la Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>.

⁷³ Sentencia de 28 de mayo de 2014, amparo 418-2013.

⁷⁴ Sentencia de 17 de diciembre de 2007, amparo 674-2006.

⁷⁵ Sentencia de 6 de enero de 2017, amparo 753-2015, y sentencia de 9 de junio de 2017, amparo 712-2015.

⁷⁶ Sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005, e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, 1ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp. 134-137.

nacionalidad o religión de los pacientes no deben representar un obstáculo para acceder a una asistencia médico-hospitalaria considerada como esencial y básica para tratar las enfermedades⁷⁷.

En relación con este derecho, la jurisprudencia constitucional⁷⁸ ha desarrollado tres aspectos o elementos esenciales que integran su ámbito de protección: (i) la adopción de medidas para su conservación, pues la salud requiere de una protección estatal activa y pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro. De ahí que se deban implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualesquiera situaciones que la lesionen o que restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, que eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; (ii) la asistencia médica, por cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y (iii) la vigilancia de los servicios de salud, que implica crear las instituciones y mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas con ella.

2. A. Como todos los derechos fundamentales, la salud tiene paridad respecto de los demás y se relaciona necesariamente con ellos. Esta es una relación que a veces puede ser de complementariedad —a manera de ejemplo, para llegar a un centro de asistencia médica es necesario hacer uso de la libertad de circulación—. Pero, en otros casos la relación puede ser de tensión, conflicto o “choque”: en suma, una colisión de derechos fundamentales⁷⁹. Cuando estas colisiones se presentan deben ser resueltas mediante la ponderación, que consiste en la determinación de, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, cuál es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico⁸⁰. Quiere decir que, en caso de conflicto de normas iusfundamentales, debe buscarse un equilibrio entre ellas y, si dicho equilibrio no es posible, decidirse en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de este, cuál norma debe prevalecer. Solución que no se puede generalizar a casos futuros, a menos que sean idénticos⁸¹.

No obstante, hay una confusión usual cuando se trata de la ponderación, consistente en la errónea concepción de ciertos derechos fundamentales como “derechos absolutos”, esto es, derechos que siempre, ante cualquier circunstancia fáctica y jurídica, tienen aptitud para hacer ceder al resto. Al respecto, este tribunal ya ha sostenido que “una de las consecuencias de [la] visión personalista de la Constitución es la inexistencia de derechos absolutos”. Por ello, “ha rechazado como alternativa el establecimiento de alguna forma de jerarquía rígida entre los derechos, ni siquiera desde una coyuntural mayoría electoral, y en lugar de eso ha utilizado la

⁷⁷ Sentencia de 2 de octubre de 2015, amparo 8-2012.

⁷⁸ Por ejemplo, sentencias de 21 de septiembre de 2011 y 28 de mayo de 2013, amparos 166-2009 y 310-2013, respectivamente.

⁷⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., 5ª reimpression, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 98

⁸⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 67

⁸¹ Sentencia de 22 de mayo de 2013, inconstitucionalidad 3-2008.

ponderación o armonización razonada de los derechos en juego”⁸². Y es que, de lo contrario, todos los individuos tendrían título suficiente para ejercer sus derechos en todas las condiciones, o dicho de otro modo, derechos que no tendrían concurrencia alguna de pretensiones competidoras⁸³.

Otra confusión recurrente es que se pretende ponderar sin antes argumentar por qué la medida es idónea y necesaria. Debe recordarse que el test de proporcionalidad por prohibición de exceso supone tres escaños: (i) idoneidad: la medida debe perseguir un fin legítimo, ser adecuada para la consecución del fin perseguido⁸⁴ y estar fundada en criterios o parámetros objetivos⁸⁵; (ii) necesidad: debe determinarse que no existe otra medida igualmente idónea, pero menos gravosa para el derecho fundamental afectado⁸⁶; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de los derechos o principios concernidos, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro u otros⁸⁷.

B. La primera confusión usual (derechos que se tienden a presentar como absolutos) obedece a una distorsión de los conceptos que componen a la ponderación. Al ponderar, es necesario tomar en cuenta tres variables: (i) el grado de satisfacción del derecho favorecido y el grado de afectación del derecho que sufre la intervención; (ii) el peso abstracto del derecho favorecido y el del derecho intervenido; y (iii) la certeza que se posee respecto de las premisas fácticas del caso concreto⁸⁸. Pues bien, la segunda categoría —la del peso abstracto— supone determinar el grado de importancia que se le asigna al derecho respectivo en función de la escala o tabla de valores que existe en la comunidad. Esto implica que hay que aceptar que los derechos fundamentales pueden poseer distinto peso abstracto —leve, medio o intenso—, pero eso no supone que algunos derechos siempre harán ceder al resto, pues ese elemento es solo uno de los que hay que tomar en cuenta al ponderar.

Es, en suma, un elemento importante que el ponderador debe tomar en cuenta, pero no es el único elemento. De lo contrario, la ponderación sería innecesaria, porque los derechos ya tendrían una jerarquía preestablecida. Sin embargo, esta posibilidad de que existan precedencias o prelación absolutas entre los derechos fundamentales debe rechazarse por al menos dos razones: la primera es que entonces sería irrelevante cualquier información de tipo fáctico o empírico que rodee al caso concreto, de manera tal que sería innecesaria la evaluación del estado

⁸² Sentencia de 15 de febrero de 2017, inconstitucionalidad 22-2011.

⁸³ Sentencia de inconstitucionalidad 3-2008, ya citada.

⁸⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4ª ed. actualizada, 2014, p. 884.

⁸⁵ Sentencia de 14 de enero de 2016, inconstitucionalidad 109-2013, y sentencia de 29 de julio de 2010, inconstitucionalidad 61-2009

⁸⁶ Schlink, Bernhard, “El principio de proporcionalidad”, en Montealegre Lynett, et. al., *La ponderación en el Derecho*, 1ª ed., 2014, p. 132.

⁸⁷ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y la proporcionalidad”, en Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., 2019, p. 240.

⁸⁸ Ver Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, en Sieckmann, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Marcial Pons, 2011, pp. 124-127; y Bernal Pulido, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en Sieckmann, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Marcial Pons, 2011, pp. 234-237.

de cosas sobre la base de la cual debe decidirse. Esto conduciría, por ejemplo, a que deba aceptarse cuestiones como “toda expresión viola el honor” u otras cosas igualmente rechazables, porque las razones empíricas sobrarían —y, como se sabe, hay supuestos fácticos en los que algunas expresiones no violan el honor—. La segunda es que esos “derechos absolutos” harían ceder al resto incluso cuando su satisfacción sea leve y la afectación del otro sea intensa, a la vez que ellos mismos no cederían nunca. No obstante, esto no es sostenible, ya que la Constitución misma es la que establece supuestos en que estos “derechos absolutos” pueden ceder (la pena de muerte del art. 27 Cn.).

Lo dicho supone que debe asumirse que los derechos con un peso abstracto más alto (en el sentido en que aquí se emplea la expresión) son merecedores de protección y son estimados con mayor intensidad por la comunidad. Pero, son derechos que, como todos, no poseen carácter absoluto y no tienen jerarquía respecto de ningún otro derecho fundamental. Una cosa y otra son cuestiones diametralmente distintas: la absolutización o jerarquía entre derechos fundamentales conduciría a los absurdos ejemplificados en el párrafo anterior, mientras que la noción de peso abstracto sería relevante al ponderar los derechos que colisionan, sin que se acepte de antemano, sin ponderar, que uno prevalece siempre sobre el otro. Y esto es lo que ocurre con el derecho a la salud y sus relaciones con los demás derechos fundamentales: es un derecho con un determinado peso abstracto, merecedor de tutela jurisdiccional y no jurisdiccional, pero no es absoluto y tampoco posee jerarquía abstracta sobre los demás derechos. Solo así se entienden y explican fenómenos como, por ejemplo, la posibilidad de no optar por los tratamientos o intervenciones que suponen la voluntaria supresión de una función fisiológica, donde la ponderación se decanta por la libertad personal, no por el derecho a la salud⁸⁹.

C. La segunda confusión usual no es más que una deficiencia argumentativa, pues se pasa por alto el carácter escalonado del test de proporcionalidad en el que está integrada la ponderación. Según este carácter escalonado, la prosecución de una etapa hacia la siguiente depende necesariamente del agotamiento de la etapa anterior⁹⁰: la necesidad de una medida debe analizarse si, y solo si, se ha determinado que es idónea; y la ponderación solo debe realizarse cuando la medida sea necesaria. Entonces, los “falsos dilemas”⁹¹ no tienen cabida en la ponderación, porque si hay una posibilidad de satisfacer simultáneamente ambos derechos en colisión, entonces no hay razón alguna para sostener que la medida es necesaria, sino lo contrario. En consecuencia, solo se pondera cuando no hay ninguna otra alternativa distinta a la de hacer ceder uno de los derechos contrapuestos.

IX. Resolución de los problemas jurídicos.

⁸⁹ Véase Fugardo Estivill, Josep María, *Procreación humana y acciones de responsabilidad*, 1ª ed., Bosch, 2018, p. 92; y Bello Janeiro, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, 1ª ed., Reus, 2009, p. 80.

⁹⁰ Sobreseimiento de 10 de diciembre de 2018, inconstitucionalidad 23-2018.

⁹¹ Hay un falso dilema cuando se reducen las opciones que se analizan a únicamente dos, a menudo drásticamente opuestas, cuando en realidad hay más alternativas. Ver: Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 1ª ed., Ariel, 1998, p. 130.

1. Como se dijo, a partir de los argumentos aducidos por el Presidente de la República y la Asamblea Legislativa, los problemas jurídicos que se tendrán que resolver consisten en determinar si el Decreto n° 661 (i) viola los arts. 65, 66 y 86 inc. 1° Cn. al supuestamente invadir las competencias del Órgano Ejecutivo y desconocer el principio de colaboración interorgánica, por no tomar en cuenta los planteamientos y cursos de acción relacionados con el COVID-19 provenientes del Ministerio de Salud; y (ii) si viola los arts. 1, 65 inc. 1° y 66 Cn., pues según el veto presidencial no atiende a las necesidades de salud pública que exige la situación sanitaria actual en el país, según las directrices del Ministerio de Salud.

2. A. En lo que respecta al primero de los problemas jurídicos mencionados, debe partirse de lo dicho acerca del principio de separación orgánica de funciones. Para el constituyente, esta separación está referida al “ejercicio de atribuciones y competencias constitucionalmente establecidas, que determinan la intervención de los distintos órganos gubernamentales en la formulación, ejecución y control de las decisiones políticas, esto es, de las normas jurídicas, en el más amplio significado de la palabra”⁹². En la determinación de los órganos a los que confiere poder para ejercer determinadas modalidades de alguna de las funciones constitucionales, el consenso del constituyente fue que la limitación y suspensión de los derechos fundamentales correspondiera al Órgano Legislativo⁹³.

La jurisprudencia constitucional de este tribunal y de los demás tribunales constitucionales de Latinoamérica y el mundo son consistentes —podría decirse uniformes— en cuanto a la idea de que la limitación y suspensión de los derechos fundamentales debe corresponder al Órgano Legislativo⁹⁴. De igual forma, esta es una afirmación aceptada por la doctrina⁹⁵. Podría decirse que se trata de una forma de “Derecho Constitucional común” que encuentra fundamento en los riesgos de que las normas que restrinjan los derechos fundamentales no sean producto del contraste de formas de pensamiento plurales y representativas de distintos sectores sociales, sino que sean resultado de la unilateralidad⁹⁶.

Por ello, esta sala ha sostenido que la limitación de los derechos fundamentales solo puede hacerse mediante ley formal, que se erige como barrera frente a los alcances de la función normativa del Órgano Ejecutivo —potestad reglamentaria—⁹⁷. De igual forma, ha señalado que la suspensión de derechos fundamentales en la totalidad o en parte del territorio corresponde, por

⁹² Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, Título III.

⁹³ La suspensión de derechos fundamentales por parte del Órgano Ejecutivo es excepcional, según se explicó con anterioridad en esta sentencia

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de julio de 2014, C-507/14; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 19 de junio de 2018, expediente 00005-2013-PI/TC; Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia de 24 de noviembre de 1992, 3550-92; Asociación de Investigación y Estudios Sociales, “El principio de reserva de ley en la Constitución Política de la República de Guatemala”, *Revista ASIES*, n° 3, 2013; Tribunal Constitucional de España, sentencia de 22 de mayo de 2019, 76/2019; Corte Constitucional de Ecuador, sentencia de 14 de agosto de 2014, n° 002-14-SIN-CC; y BVerfGE 57, 295, de 16 de junio de 1981, por solo mencionar algunos precedentes de Derecho comparado.

⁹⁵ Solozábal Echavarría, Juan José, “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 105, 1999, pp. 15-19.

⁹⁶ Ver Rascaso Pérez, Javier, *El Poder Ejecutivo en la reforma del Estado*, 1ª ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2004, pp. 56-61.

⁹⁷ Sentencias de 27 de marzo de 2001, 21 de septiembre de 2012 y 5 de diciembre de 2012, inconstitucionalidades 22-97, 60-2005 y 13-2012, respectivamente.

regla general, a la Asamblea Legislativa, y solo muy excepcionalmente puede hacerse por el Consejo de Ministros a través de un régimen de excepción (art. 29 inc. 1° y 167 n° 6 Cn.), como se ha explicado *supra* y en precedentes jurisprudenciales recientes⁹⁸.

Esto no implica desconocer las voces que denuncian que la pandemia por COVID-19 ha dado lugar a que en el hemisferio latinoamericano se haya hecho uso de poderes extraordinarios que en realidad no se poseen⁹⁹. Sin embargo, de que esto se haya hecho en otros países no deriva en absoluto que deba aceptarse o normalizarse. En consecuencia, la garantía institucional de reserva de ley continúa siendo una norma constitucional vinculante en períodos de emergencia. A la vez, esto supone aceptar que el Órgano Legislativo tiene un papel relevante en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección¹⁰⁰. Y este papel de garante de los derechos se agudiza frente a la pandemia COVID-19, por los riesgos que representa para la salud y la vida.

En tal sentido, los arts. 16 y 17 del Decreto Legislativo n° 661 no suponen una violación de los arts. 65, 66 y 86 inc. 1° Cn. por, supuestamente, consistir en una invasión a las competencias que corresponden al Órgano Ejecutivo. La razón es que, según se apuntó, la injerencia en los derechos fundamentales es competencia del Órgano Legislativo, no del Ejecutivo, de forma que el Decreto n° 661 es una normativa que se encuentra comprendida dentro de las posibilidades normativas de dicho órgano del Estado. De igual forma, dado que estas disposiciones permiten o permitían una reapertura ordenada de la economía y establecen normas regulativas que obligan a las empresas y centros de trabajo a cumplir con ciertas condiciones de higiene y sanidad que, para el Órgano Legislativo, son idóneas para prevenir la diseminación del virus de SARS-CoV-2, lo cual se enmarca en el rol de garante de los derechos fundamentales que corresponde a dicho órgano¹⁰¹. *Por ello, deberá declararse que estas disposiciones son constitucionales respecto de estos argumentos del veto.*

B. De igual forma, para este tribunal los arts. 16 y 17 del Decreto Legislativo n° 661 no violan los arts. 65, 66 y 86 inc. 1° Cn., porque no contradicen el principio de colaboración interorgánica. En primer lugar, las alegaciones del Presidente de la República en relación con este punto son contradictorias, porque inicialmente sostiene que la regulación de la reapertura económica es competencia del Órgano Ejecutivo, pero luego afirma que la Asamblea Legislativa no tomó en cuenta su opinión al emitir la normativa vetada. En tal sentido, son dos afirmaciones incompatibles entre sí, porque una supone negar que el Órgano Legislativo posea tal competencia y la otra supone afirmarlo. En segundo lugar, no hay respaldo empírico que corrobore sus

⁹⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020, ya citada.

⁹⁹ Gargarella, Roberto y Roa Roa, Jorge Ernesto, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Mpil Research Paper Series, n° 2020-21, p. 3.

¹⁰⁰ Sentencia de 23 de enero de 2015, inconstitucionalidad 53-2012.

¹⁰¹ Hay que recordar que esta sala ya instó a dicho órgano a emitir las normas necesarias para el combate de la pandemia COVID-19, con el objeto de garantizar los derechos de la población salvadoreña a la salud y a la vida en todas sus dimensiones. Ver resoluciones de 18 de mayo de 2020 y 22 de mayo de 2020, ambas del proceso de inconstitucionalidad 63-2020.

aserciones, pues no ha anexado ningún documento en el que conste que efectivamente hubo información proporcionada por el Ministerio de Salud a la Asamblea Legislativa, a pesar de que en el veto por inconstitucionalidad remitido a esta sala se afirmó que en la etapa procesal oportuna se remitiría el soporte empírico y técnico de las alegaciones.

En todo caso, este tribunal debe reafirmar que la competencia para intervenir en los derechos fundamentales corresponde a la Asamblea Legislativa. Al ejercerla, el principio de proporcionalidad exige que en el escaño de idoneidad de las medidas adoptadas se evalúe si existen parámetros o criterios objetivos para dicha adopción, lo que se conoce como razonabilidad¹⁰². Dichos criterios pueden provenir de distintas fuentes, pero, tratándose de la salud pública, deben tener carácter técnico (art. 67 Cn.). Sin embargo, en esta controversia constitucional no se ha alegado que la medida sea irrazonable —lo cual tendría más sentido a la luz de los argumentos del Presidente—, lo que posee otro contenido distinto al principio de colaboración interorgánica, que sirve para “asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional [...]”¹⁰³.

Pero, dejando de lado la exigencia de justificación técnica en este momento inicial (emisión del Decreto n° 661), en el que las exigencias de razonabilidad exigen un fundamento objetivo, la opinión del Ministerio de Salud sí es tomada en cuenta para la ejecución y aplicación de la Ley Especial de Emergencia por la Pandemia COVID-19, Atención Integral de la Vida, la Salud y Reapertura de la Economía (por ejemplo, arts. 4, 5, 8 y 15 del Decreto n° 661). En tal sentido, no puede sostenerse que los arts. 16 y 17 del Decreto n° 661 violen dicho principio según los argumentos del Presidente de la República. *Por tanto, deberá declararse que son constitucionales respecto de esta razón del veto.*

3. En lo que respecta al segundo de los problemas jurídicos, concerniente a la violación de los arts. 1, 65 inc. 1° y 66 Cn., hay que afirmar que el derecho a la salud, en su dimensión objetiva, conlleva la obligación estatal de adoptar las acciones necesarias para garantizar la salud de la población, considerada como bien público (arts. 2 inc. 1° y 65 Cn.), en especial la de los grupos en condición de vulnerabilidad (por ejemplo, el art. 9 del Decreto n° 661 brinda protección adicional en materia de salud a los mayores de 60 años, mujeres embarazadas, en puerperio y lactancia y a personas con ciertas condiciones médicas¹⁰⁴). Esto implica necesariamente el establecimiento de un andamiaje institucional integral, que permita a las personas la protección de sus derechos y las medidas pertinentes para acceder a los servicios de salud que requieran¹⁰⁵, lo cual se logra con una legislación adecuada y con las políticas públicas

¹⁰² Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., 5ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 71. De igual forma, sentencia de 17 de noviembre de 2017, inconstitucionalidad 105-2014.

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 22 de enero de 2004, T-025-04.

¹⁰⁴ Según la Organización Panamericana de la Salud, “las personas con afecciones de salud subyacentes, como las enfermedades no transmisibles (ENT), como las enfermedades cardiovasculares, la diabetes y el cáncer, tienen un mayor riesgo de enfermedad grave y más probabilidades de morir por COVID-19. Los factores de riesgo para las ENT pueden hacer que las personas sean más vulnerables a enfermarse gravemente con COVID-19. Por ejemplo, los fumadores pueden tener una capacidad pulmonar reducida, lo que aumentaría en gran medida el riesgo de enfermedades graves”. Ver: <https://www.paho.org/es/ent-covid-19>.

¹⁰⁵ Sentencia de 24 de octubre de 2012, inconstitucionalidad 33-2012.

de salud que respondan a las demandas sociales. Lo primero corresponde al Órgano Legislativo, al ejercer su atribución constitucional de legislar (arts. 121 y 131 ord. 5º Cn.) para dotar de contenido a la normativa constitucional que tiene un carácter abierto, mientras que lo segundo concierne al Ejecutivo en el ramo de salud (art. 65 inc. 2º Cn.).

Como se sostuvo en la sentencia de 19 de junio de 2020, controversia 2-2020, ambas competencias, aunque distintas, son complementarias y no excluyentes para asegurar el derecho a la salud, por lo que no debe entenderse que el ejercicio de una inhibe o anule el ejercicio de la otra: la ley estatuye con carácter general y vinculante las obligaciones gubernamentales en la materia, los entes competentes, sus atribuciones y marco de actuación, los derechos y deberes de los destinatarios de la norma y, de ser necesario, las limitaciones que se requieran para la protección del derecho, mientras que la política nacional de salud, asumida como una verdadera política pública, establece estrategias y mecanismos concretos para lograr objetivos definidos en torno a la salud. En este sentido, el legislador se vuelve garante del derecho a la salud mediante la reserva de ley¹⁰⁶ y el Órgano Ejecutivo define las acciones a tomar y los recursos necesarios para su aseguramiento y efectividad, como lo establece el art. 42 n° 1 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo.

La protección de la salud es un fin constitucionalmente obligatorio para la Asamblea Legislativa —no puede abstraerse de su realización—. Sin embargo, para la consecución de ese fin puede emplear los medios que le permiten su margen de acción estructural¹⁰⁷, pues así lo exige el principio democrático¹⁰⁸. Solo podría controlarse la constitucionalidad de un medio empleado cuando, por ejemplo, (i) no supere el examen de idoneidad o necesidad del test de proporcionalidad; o (ii) la Constitución misma determine el medio del que haya de servirse para la consecución de un fin —en tal caso, no podría afirmarse que existe un margen de acción estructural para la selección de medios—. Sin embargo, el Presidente de la República no ha argumentado una cosa o la otra, porque la primera de estas cuestiones conlleva la carga de la argumentación de determinar la existencia del medio alternativo y las razones por las que dicho medio resulta menos pernicioso para los derechos en juego¹⁰⁹, mientras que la segunda necesita que se aduzcan razones para que pueda afirmarse que es la Constitución la que fija el medio que debe emplearse. *Y en vista de que esta falta de argumentación impide a este tribunal emitir un pronunciamiento de fondo en este estado del proceso, es pertinente emitir una decisión de sobreseimiento, en relación con los arts. 16 y 17 del Decreto n° 661.*

4. A. Por otra parte, es necesario que esta sala determine si los arts. 13, 14, 16 y 17 del Decreto n° 661 contravienen lo sostenido en la sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC, y en su seguimiento de 7 de agosto de 2020, pues no sería admisible que en una controversia constitucional, en tanto control previo de constitucionalidad,

¹⁰⁶ Sentencia de 26 de enero de 2011, inconstitucionalidad 37-2004.

¹⁰⁷ Sentencia de 7 de octubre de 2011, inconstitucionalidad 20-2006.

¹⁰⁸ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n° 66, 2002, pp. 24-25.

¹⁰⁹ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, 1ª ed., Eudeba, 2009, pp. 101-161.

se permita la entrada en vigor de disposiciones que expresen normas incompatibles con un precedente constitucional relacionado directamente con el tema que regulan. En este caso, el ligamen directo entre el Decreto n° 661 y lo resuelto en las resoluciones en mención se genera porque dicho decreto, al igual que los cuerpos normativos que fueron declarados inconstitucionales mediante ellas, tienen la vocación de ser normas de protección del derecho a la salud en el contexto de la pandemia COVID-19. De no efectuarse este control, se afectarían dos pilares esenciales del Estado de Derecho: (i) el carácter vinculante de los precedentes constitucionales¹¹⁰; y (ii) la seguridad jurídica, expresada en este caso mediante la racionalidad jurídico-formal que debe inspirar a la legislación¹¹¹.

Como ya ha sostenido este tribunal, la singularidad del papel democrático que posee y las funciones que la Constitución está llamada a cumplir, impiden la aplicación rígida y estricta del principio de congruencia en el proceso de inconstitucionalidad, de forma que esta congruencia no debe entenderse como la plena pasividad o abdicación de la Sala de lo Constitucional ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales¹¹². Esto no es más que una expresión particular de la preminencia de las normas sustanciales sobre las normas procesales en los procesos judiciales¹¹³ —en este caso, la de la Constitución sobre la Ley de Procedimientos Constitucionales—, que se manifiesta en el proceso de inconstitucionalidad en cuestiones como el control constitucional de los acuerdos de reforma constitucional, el traslado del objeto de control y la inconstitucionalidad por conexión.

De entre dichas flexibilizaciones al principio de congruencia, interesa referirse a la inconstitucionalidad por conexión. Según se ha sostenido en otras sentencias, esta puede presentarse: (i) cuando la declaratoria de inconstitucionalidad se extiende a otras disposiciones que coinciden con la impugnada en la infracción a la Constitución; y (ii) cuando la omisión de extender el pronunciamiento estimatorio a otras disposiciones produciría una inconsistencia entre estas y lo resuelto, o algún grado relevante de ineficacia en cuanto a los fines perseguidos por el fallo y sus fundamentos, ya sea porque tales disposiciones presentan el mismo reproche de inconstitucionalidad o porque tienen una función instrumental de la declarada inconstitucional¹¹⁴. El segundo supuesto se asemeja a este caso, porque, en suma, redundaría en una cuestión de eficacia de las sentencias constitucionales, por lo que serviría como respaldo para efectuar el control ya referido sobre los arts. 16 y 17 del Decreto n° 661.

¹¹⁰ Cruz Quiroz, Óscar Armando, “Los efectos generales en las sentencias constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Tomo V, juez y sentencia constitucional*, 1ª ed., Marcial Pons, 2008, p. 282; y Dermizaky Peredo, Pablo, “Efectos de las sentencias constitucionales”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 8, 2009, p. 13. Además, resolución de 23 de noviembre de 2011, inconstitucionalidad 11-2005.

¹¹¹ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1ª ed., Civitas, 1997, pp. 32-36. En principio, esta forma de racionalidad exige que la legislación no contenga vacíos, inconsistencias internas o contradicciones con el orden jurídico en que se inserta.

¹¹² Sentencias de 14 de diciembre de 1995 y 13 de julio de 2016, inconstitucionalidades 17-95 y 35-2015, respectivamente.

¹¹³ Patiño Mariaca, Daniel Mauricio, “La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n° 119, p. 675; y Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 2 de febrero de 1995, C-029/95.

¹¹⁴ Sentencia de 11 de julio de 2018, inconstitucionalidad 65-2015.

B. En la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 acumulada, este tribunal hizo la distinción entre la limitación y suspensión de los derechos fundamentales, que fue retomada en el seguimiento de dicha sentencia. En síntesis, esta sala sostuvo que “en la primera la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción es su no ejercicio (o su restricción o limitación), mientras que en la segunda la regla general es el no ejercicio y la excepción es la posibilidad de ejercer algunas de sus manifestaciones”. De igual forma, en tal sentencia se afirmó que “la suspensión general de un derecho fundamental en la totalidad o en parte del territorio solo es posible mediante un régimen de excepción (art. 29 Cn.)”.

Esta sala advierte que el art. 14 del Decreto Legislativo n° 661 establece expresamente la facultad del Ministerio de Salud para establecer porciones en el territorio de la República como zona epidémica sujeta a control sanitario por la pandemia de COVID-19, mediante resolución razonada en la que indique la incidencia y prevalencia de casos, así como el número de fallecidos por zonas. Pero, según esta misma disposición, tales zonas epidémicas sujetas a control sanitario no pueden conducir a la suspensión de un derecho fundamental para la totalidad o parte del territorio, en especial el derecho a la libertad de circulación, pues su único propósito es el monitoreo sanitario necesario a cargo de personal médico.

En la misma línea, los arts. 16 y 17 del Decreto Legislativo n° 661, que prevé las fases de apertura gradual de la economía, y su posibilidad de readecuación o reforma, no constituye una suspensión del derecho fundamental a la libertad económica (art. 102 inc. 1° Cn.), sino una limitación. En efecto, de su estructura se advierte que la regla general es la posibilidad de reiniciar las actividades económicas (letras a, b, c, d, e y f) y la excepción es la imposibilidad de realizar determinadas actividades (letra g). Esto, visto desde la perspectiva del control abstracto de constitucionalidad¹¹⁵, implica que solo no pueden ser ejercidas las posiciones jurídicas o modos de ejercicio de la libertad económica que estén comprendidas dentro de las excepciones.

C. Finalmente, la cuarentena regulada por el Decreto n° 661 no tienen efecto suspensivo con alcance general, esto es, no supone un resguardo domiciliario obligatorio para todo o parte del territorio nacional que solo pudiera imponerse mediante un régimen de excepción. La definición misma de cuarentena (art. 3 letra d) y sus manifestaciones de aplicación (por ejemplo, la del art. 25 inc. final) son indicativas de que se trata de una cuarentena individual, una medida sanitaria que debe aplicarse a las personas que se les compruebe que son portadoras de COVID-19 o que provienen del extranjero, cuya duración máxima, según el art. 3 letra d, no debe superar los 15 días. De acuerdo con la interpretación que este tribunal hizo del art. 136 del Código de Salud, esta forma de cuarentena no supondría una contradicción con la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020¹¹⁶. Debido a lo dicho en este apartado, este tribunal considera que, al menos respecto de

¹¹⁵ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, 1ª ed., 4ª reimp., Astrea, 2013, pp. 659-673; y Balaguer Callejón, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I*, 11ª edición, 2016, p. 292.

¹¹⁶ En concreto, en esta sentencia se dijo que “lo único que habilita el art. 136 del Código de Salud es la cuarentena individual, es decir, la de una o varias personas específicas, a partir de fundamentos científicos y médicos fiables, variados y diversos. Por tanto, esta no puede suponer en ningún caso la suspensión de la libertad de circulación en todo el territorio nacional o en parte de él o ser consecuencia de la trasgresión de prohibiciones a la libertad de

los puntos referidos a la suspensión de derechos fundamentales mediante un régimen de excepción, la entrada en vigor del Decreto n° 661 no generaría un estado de cosas incompatible con tales decisiones.

D. Esta sala también advierte que el art. 13 del Decreto n° 661 contiene una declaración de emergencia por COVID-19 y permite la aplicación de la contratación directa. Esto supone una réplica del art. 24 de la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres, que fue un tema abordado en la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020. Al respecto, es necesario hacer algunas precisiones referidas a la forma de declaratoria de estado de emergencia según dicha normativa. El legislador puede optar por hacer estas declaratorias en dos formas: (i) mediante un decreto de estado de emergencia autónomo, cuyo propósito único sea dicha declaratoria; y (ii) mediante leyes en las que la declaratoria de tal estado coexista con otras regulaciones de materias distintas —como en este caso, en las que está mezclada con normas de reapertura económica, sanitarias y de repatriación—.

La razón es que se trata de una cuestión de técnica legislativa, es decir, el conjunto de reglas a que se debe ajustar la conducta funcional del legislador para una idónea elaboración, formulación e interpretación general de las leyes¹¹⁷. Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido 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 su redacción. 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 legislador¹¹⁸.

En conclusión, el artículo 13 citado es una declaratoria de emergencia realizada en una ley formal en coexistencia con otras regulaciones, pero ello es válido desde el punto de vista constitucional.

X. Efectos de la sentencia.

I. Esta sala ahora debe determinar los efectos que tendrá esta sentencia. Tanto en la decisión de sobreseimiento como en la decisión por la que se determine que el proyecto de ley vetado es constitucional, el Presidente de la República está en la obligación de sancionarlo y

circulación contenidas en un decreto ejecutivo, aunque sí puede implicar la suspensión individual de dicha libertad para la persona o personas específicas para las que sea requerida”.

¹¹⁷ López Olvera, Miguel Alejandro, “Técnica legislativa y proyectos de ley”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalia, *Elementos de técnica legislativa*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 118. En un principio, hablar de técnica legislativa era hacer meras críticas a la redacción de las normas, lo que, contrario a nuestros días, ha alcanzado una dimensión mucho más amplia. Actualmente, la técnica legislativa ha superado su concepción originaria o arte de redactar bien los preceptos jurídicos.

¹¹⁸ Sobre este punto, véase la sentencia de 22 de agosto de 2014, inconstitucionalidad 43-2013.

publicarlo como ley¹¹⁹, proyecto que constituye una herramienta jurídica útil y eficaz para el combate a la pandemia. Por tal razón, este es el curso de acción que dicho funcionario se encuentra obligado a adoptar. Si no lo hiciera, por aplicación analógica de los arts. 137 y 139 Cn., el resultado sería el siguiente: (i) si transcurren los 8 días hábiles siguientes al de su recibo y el Presidente no sanciona el Decreto n° 661, se presumirá la sanción en los términos del art. 137 inc. 1° Cn.; (ii) si transcurren los 15 días hábiles a que se refiere el art. 139 Cn. y el Presidente no lo publica, entonces lo hará el Presidente de la Asamblea Legislativa en el Diario Oficial o en cualquier otro diario de mayor circulación de la República.

2. Además, tal como esta sala ha hecho en más de una ocasión¹²⁰, debe hacerse un nuevo llamado al Órgano Legislativo y al Órgano Ejecutivo para que de inmediato coordinen esfuerzos e instauren un diálogo institucional que busque los consensos y las alternativas de acción que el país requiere durante esta pandemia. Se reitera la necesidad de que dichos órganos estén atentos a los problemas sociales, sanitarios, políticos, laborales, económicos, sociales, etc., que la pandemia genera y cómo estos se complejizan, agudizan o debilitan, o bien se transforman, a fin de que, con base en el artículo 86 de la Constitución de la República (principio de colaboración entre órganos fundamentales y constitucionales), puedan gestionar de manera técnica y concertada la problemática generada por la pandemia COVID-19, de una forma integral, para tratar de obtener el mayor bienestar de los habitantes de la República.

XI. Consideración especial.

Como se ha expuesto, el efecto de la presente decisión es que el Decreto Legislativo número 661 deberá ser sancionado y publicado por el Presidente de la República.

Un primer aspecto a señalar en este considerando es que, por tratarse de una normativa que pretende atender la emergencia provocada por la pandemia COVID 19, así como regular otros aspectos relacionados con la vida, la salud, el trabajo, la actividad económica, etc., el Presidente de la República tendría que sancionarlo -y mandarlo a publicar- en el menor tiempo

¹¹⁹ En el caso de una declaratoria de constitucionalidad de una disposición vetada, el art. 138 Cn. establece los cursos de acción que el Presidente de la República debe realizar, pero no cuando se emite una decisión de sobreseimiento. En tal caso, lo que debe hacerse es una aplicación analógica de lo previsto para la sentencia desestimatoria de la controversia, a la decisión de sobreseimiento. Esto merece una explicación. El razonamiento analógico implica que las situaciones o estados de cosas comparados no son iguales, pero ellos pueden guardar una semejanza a partir del criterio que sea utilizado. Una sentencia de fondo y una decisión de sobreseimiento son diferentes, pero entre ellas hay una semejanza o parecido que es el relevante en el presente caso. Y es que la consecuencia que una decisión de sobreseimiento y una sentencia de fondo desestimatoria (que en el caso de la controversia significa que el decreto vetado es constitucional) producen en un decreto legislativo aprobado, pero vetado por el Presidente de la República, es que el proceso de formación de ley debe continuar su curso. Como la controversia constitucional es un incidente que se produce en el proceso de formación de ley, este queda paralizado hasta que esta sala tome la decisión. Cuando la sala determina que el decreto legislativo vetado es constitucional o cuando se emita una decisión de rechazo de la controversia por la vía de la improcedencia o del sobreseimiento, entonces el proceso de formación de ley debe continuar su curso. Esto ya está previsto por la Constitución en el art. 138, cuyo tenor es el siguiente: “Cuando la devolución de un proyecto de ley se deba a que el Presidente de la República lo considera inconstitucional y el Órgano Legislativo lo ratifica en la forma establecida en el artículo que antecede, deberá el Presidente de la República dirigirse a la Corte Suprema de Justicia dentro del tercer día hábil, para que ésta oyendo las razones de ambos, decida si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días hábiles. Si la Corte decidiere que el proyecto es constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley”.

¹¹⁹ Al respecto, véase la resolución de 22 de mayo de 2020, inconstitucionalidad 63-2020.

¹²⁰ Resolución de 18 de mayo de 2020, inconstitucionalidad 63-2020, y resolución de 7 de agosto de 2020, inconstitucionalidad 21-2020

posible, tomando en cuenta, además, que su vigencia y efectos concluirán el día 7 de septiembre del presente año (art. 35 del citado Decreto); por ello, una tardanza en estas acciones haría prácticamente nugatoria la protección de derechos fundamentales que pretende otorgar a la población, como los establecidos en los artículos 20 y 21.

Un segundo aspecto a señalar es que esta Sala no puede obviar que el referido decreto, aunque tendría vigencia hasta el 7 del próximo mes, contiene algunas disposiciones que han quedado ya completamente desfasadas, pues estaban atadas a determinadas fechas o plazos que, debido al trámite de este incidente en el proceso de formación de ley, ya acaecieron por completo; por ejemplo, el artículo 16 que contiene las “fases de la apertura gradual” de la economía.

Así, como disposiciones que fueron aprobadas en un contexto distinto al actual, como: (i) la declaratoria de emergencia prescrita en su artículo 13, la cual, dicho sea de paso, debe cumplir también con los estándares constitucionales señalados por la jurisprudencia constitucional, y cuya viabilidad en este diferente contexto debe reconsiderarse; (ii) el artículo 16 párrafo 2°, letra d, del Decreto Legislativo n° 661 de 12 de junio de 2020 establece que “los aeropuertos, fronteras terrestres y marítimas [...] podrán operar para la repatriación de los salvadoreños, su familia nuclear y extranjeros residentes que se encuentran en el exterior conforme al plan de retorno presentado por el gobierno...”. Al respecto, se observa que el plan aludido fue presentado en el marco del amparo 167-2020, en relación con las medidas cautelares decretadas en el mismo, y que, en ejecución de dicho plan, han retornado gradualmente al país 4,575 connacionales, según lo manifestado por el apoderado del Presidente de la República en su escrito presentado el 11 de agosto de 2020 en ese proceso de amparo. Ahora bien, según lo expresado por el mismo abogado, el número de salvadoreños que pretenden ser repatriados es “dinámico y cambia diariamente, lo cual afirma que “seguirá suscitándose”, ya que hay personas que terminan su contrato de trabajo o sus estudios, entre otros; y (iii) el art. 25 inc. 3° del decreto antedicho el cual prescribe que “los salvadoreños, su familia nuclear y extranjeros residentes [...] y los salvadoreños retornados, deberán pasar una *cuarentena obligatoria de hasta quince días a quienes deberá hacerse la prueba de COVID-19 de conformidad a los protocolos dictados por el Ministerio de Salud, en el caso que las pruebas resulten positivas deberá ordenarse el aislamiento tal como lo establece el Ministerio de Salud, si resultaren negativas deberá ordenarse cuarentena domiciliar de quince días*” (cursivas suplidas). *Esta regla no debe interpretarse aisladamente, sino que en consonancia con la sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020.*

En virtud de este segundo aspecto (disposiciones desfasadas), es urgente y necesario que la Asamblea Legislativa apruebe las reformas pertinentes al Decreto 661, de manera inmediata y respetando lo señalado en la presente sentencia y en los precedentes relacionados, en torno al tema de la pandemia COVID-19, ya que la población debe contar con instrumentos jurídicos idóneos y necesarios para el combate de dicha pandemia. Siendo que se ha establecido la constitucionalidad de la regulación de las fases de una reapertura económica por medio de una

ley, el Órgano Legislativo debe adecuar los artículos que la hagan viable, tomando en cuenta el actual contexto de la pandemia y valorando los insumos que le pueda proporcionar el Ministerio de Salud u otros sectores relacionados a la temática de la salud. Asimismo, de producirse esta normativa, es necesario que el Presidente de la República haga un uso responsable de sus atribuciones en el proceso de formación de ley: no produzca vetos por aspectos ya resueltos por esta Sala, ni utilice tiempos de sanción y publicación discordes con la urgencia de la entrada en vigencia de una normativa que pretenda hacer frente a la pandemia tantas veces citada.

Los efectos de esta sentencia podrán ser vistos y analizados por esta sala como parte del seguimiento a lo resuelto, para poder así dar una respuesta expedita a los temas que sean de su competencia.

POR TANTO, con base en las razones expuestas y en los artículos 138 y 174 de la Constitución, en nombre de la República de El Salvador, esta sala **FALLA**:

1. *Declárase* que en los artículos 16 y 17 del Decreto Legislativo número 661, aprobado por la Asamblea Legislativa el 12 de junio de 2020, *no existe la inconstitucionalidad alegada, en los términos expuestos en esta sentencia, con respecto a la supuesta violación de los artículos 65, 66 y 86 inciso 1° de la Constitución*, es decir, a la separación orgánica de funciones. Las razones son dos. La primera es que la normativa vetada no invade las competencias del Órgano Ejecutivo, puesto que la limitación de los derechos fundamentales forma parte de las competencias del Órgano Legislativo, a la vez que dicha normativa es parte de las obligaciones positivas que genera el derecho a la salud, máxime cuando implica la protección de las personas en condición de vulnerabilidad. Y la segunda es que la normativa vetada no viola el principio de colaboración interorgánica en los términos expuestos por el veto, porque la opinión del Ministerio de Salud sí es tomada en cuenta para la ejecución y aplicación de tal decreto. Esta decisión acarrea los efectos indicados expresamente en el considerando X 1 de la presente sentencia.

2. *Sobreséese* en la presente controversia constitucional iniciada contra los artículos 16 y 17 del Decreto Legislativo número 661, aprobado por la Asamblea Legislativa el 12 de junio de 2020, por la presunta vulneración a los artículos 1, 65 inc. 1° y 66 de la Constitución, en lo atinente al derecho a la salud. La razón es que el Presidente de la República omitió argumentar por qué tales disposiciones son medios inidóneos o innecesarios para la protección al derecho a la salud. Esta decisión acarrea los efectos indicados expresamente en el considerando X 1 de la presente sentencia.

3. *Exhórtese* al Órgano Legislativo para que de inmediato coordine esfuerzos e instaure un diálogo institucional que busque los consensos y las alternativas urgentes de acción que el país requiere durante esta pandemia, descritas en el considerando especial XI de la presente sentencia, en el menor tiempo posible, para tratar de obtener el mayor bienestar de los habitantes de la República en este contexto de pandemia.

4. *Comuníquese* al Presidente de la República la presente sentencia para que proceda de inmediato a sancionar el proyecto de ley vetado y luego, de igual manera, en el menor tiempo

posible, lo mande a publicar en los términos indicados en el considerando X de esta sentencia. Si transcurren los 8 días hábiles siguientes al de su recibo y el Presidente no lo sanciona, se presumirá la sanción en los términos del artículo 137 inciso 1° de la Constitución. Si luego transcurren los 15 días hábiles a que se refiere el artículo 139 de la Constitución y el Presidente no lo publica, entonces lo hará el Presidente de la Asamblea Legislativa, ya bien en el Diario Oficial o en cualquier otro diario de mayor circulación de la República.

5. *Notifíquese* la presente sentencia a los intervinientes.

-----A. PINEDA.-----A. E. CÁDER CAMILOT.-----C. S. AVILES.-----
-----C. SÁNCHEZ ESCOBAR.-----M. DE J. M. DE T.-----PRONUNCIADO POR
LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----E. SOCORRO C.-----SRIA.-
-----RUBRICADAS.