

Líneas de la Sala de lo Constitucional 2008

INCONSTITUCIONALIDAD

DENEGACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS: LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN PENAL RECONOCIDA AL LEGISLADOR

Por resoluciones de 20-IX-2006 y 8-II-2007, pronunciadas al inicio de los procesos 25-2006 y 1-2007 respectivamente, esta Sala afirmó que las reformas efectuadas a la Ley de Procedimientos Constitucionales, deben concebirse en concordancia con el contexto normativo en el cual se insertan -en materia de plazos, informes, traslados y demás-, pues, si una de las finalidades determinantes para la nueva regulación legislativa, es la unificación de criterios, por parte de la Sala de lo Constitucional, respecto de las normas inaplicadas por los tribunales de la República, ello sólo puede alcanzarse a través de un proceso de inconstitucionalidad.

DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD: DIFERENCIAS

Para comprender dicha afirmación -se dijo-, es preciso tener clara una de las diferencias entre la declaratoria de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad: la primera posee efectos obligatorios inter partes -arts. 77-D de la L.Pr.Cn. y 185 Cn.-, mientras que la segunda conlleva efectos erga omnes, o sea, de obligación general -arts. 77-F inc. 3° de la L.Pr.Cn. y 183 Cn.-, a través de la eliminación de la disposición inconstitucional.

Consecuentemente, es ineludible adaptar el art. 77-F de la L. Pr. Cn. a la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, de forma que no se convierta en una instancia más de conocimiento sobre el caso concreto en el que se ha ejercido el control difuso antes aludido. En caso contrario, la efectividad de los arts. 185 y 172 inc. 3° Cn. se perdería en la medida que los jueces no serían, realmente, quienes inaplicarían las leyes por considerarlas inconstitucionales, sino esta Sala al "revisar" la declaratoria de inaplicabilidad del juez en el caso concreto.

En ese sentido, lo que se pretende con la interrelación del control de constitucionalidad difuso y el concentrado, no es el acuerdo o discrepancia, por parte de este Tribunal, acerca de la aplicación de una disposición o cuerpo legal con respecto a un caso específico juzgado por un tribunal ordinario, sino respecto de sus implicaciones abstractas, ajenas a los efectos que puedan haber producido a las partes en ese proceso.

Entendido de esa manera, es improcedente crear un procedimiento sui generis para las remisiones de certificaciones referentes a inaplicaciones declaradas por los tribunales de la República, sino que, resguardando su potestad para el ejercicio del control difuso, debe seguirse el procedimiento idóneo que concluye en una sentencia definitiva con efectos erga omnes.

Así, se dijo que los motivos que esta Sala analizaría para resolver en torno a la constitucionalidad del objeto de control -art. 92-A del C. Pn.-, serían las confrontaciones normativas invocadas por las Juezas remitentes, tendientes a evidenciar que tal disposición legal vulnera lo dispuesto en los arts. 3, 11, 27 inc. 3° y 83 Cn.; es decir, el examen radicará esencialmente en dilucidar, de un modo general, obligatorio y, en su caso, con carácter constitutivo, si el objeto de control contraría los principios de igualdad en la formulación de la ley y ne bis in idem, así como la finalidad resocializadora y preventiva que debe procurar la pena de prisión, así como el valor de instrumentos internacionales que, si bien no son tratados en el sentido del art. 144 Cn., obligan al Estado salvadoreño con base en su personalidad internacional -art. 83 Cn.-

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO POR REQUERIMIENTO JUDICIAL EN EJERCICIO DE CONTROL DIFUSO

En atención a esta circunstancia es imprescindible aclarar -tomando como base las acotaciones efectuadas con respecto a los efectos generados con el inicio del proceso de inconstitucionalidad vía requerimiento judicial-, que al no constituir este proceso constitucional una instancia más del caso original, esto es, una etapa procesal más de conocimiento con relación a lo resuelto en segunda instancia por la citada Cámara, el examen de constitucionalidad a realizarse será independiente de dicha resolución. Ni la inaplicabilidad declarada por la Jueza de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de esta ciudad, ni la revocatoria efectuada por la Cámara de la Cuarta Sección del Centro, condicionan de forma alguna el sentido del pronunciamiento final de esta Sala, así como tampoco, la presente sentencia, tiene la capacidad de modificar tales decisiones judiciales. En el caso particular, se observa que la resolución que concede la libertad condicional, con base en la inaplicación de la disposición legal ahora objeto de control, fue revocada por la referida Cámara, y en virtud de esta circunstancia resulta oportuno e importante destacar que los efectos de esos pronunciamientos se mantienen para las partes involucradas, en razón de ser el producto de un sistema judicial sujeto a un control por la vía de recursos, en el sentido estricto o técnico de la palabra, y a los cuales se sujetan los operadores de ese sistema, es decir, los jueces en su función jurisdiccional.

Desde esta perspectiva cabe entender que, el inicio de un proceso de inconstitucionalidad, en virtud de requerimiento judicial por ejercicio del control difuso art. 185 de la Cn., no implica que el eventual pronunciamiento de esta Sala recaiga sobre lo resuelto por el Juez, esto es, sobre su sentencia de inaplicabilidad, mucho menos sobre lo que pudiere resolver también otro juzgador, al conocer en segunda instancia por motivo de algún recurso interpuesto.

Como se ha repetido, el control de constitucionalidad en este tipo de procesos es de naturaleza abstracta -atiende únicamente a la disposición infra-constitucional inaplicada-, independiente o autónomo -pues no es un recurso mediante el cual se pueda modificar, revocar o confirmar lo resuelto por un Juez en un proceso e instancia determinada-, y sus efectos, si bien son de obligatorio y general acatamiento, según el tenor literal de los arts. 183 de la Constitución y 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esto se limita, en cuanto al criterio de tiempo, a establecer en el fallo una "declaratoria con efectos constitutivos" (con excepción de la "constatación declarativa de derogación" cuando el objeto de control recae en disposiciones o leyes pre-constitucionales), es decir, con efectos hacia el futuro; específicamente, a partir de su publicación en el Diario Oficial, ordenada en el art. 11 de la L.Pr.Cn.

De ahí que las situaciones jurídicas resultantes de la aplicación de la disposición o cuerpo normativo, previo a su declaratoria de inconstitucionalidad, deban entenderse consolidadas, o bien, que sus modificaciones hayan respondido únicamente al funcionamiento de los instrumentos de impugnación creados por el mismo ordenamiento jurídico, y no en razón de la eventual sentencia emitida por esta Sala dentro de un proceso de inconstitucionalidad.

Aclarado lo anterior, el contenido de la sentencia de inaplicabilidad, en virtud de la cual se habilitó el inicio de este proceso, importa sólo para el fin de identificar y delimitar el objeto y parámetro de control, pero sus efectos inter partes -a los que alude el art. 77-D de la L.Pr.Cn.- no quedarán supeditados a la presente sentencia, sino que al resultado de los medios de impugnación a que hubiere lugar; y también resulta irrelevante, para este proceso, la resolución dictada por la Cámara de la Cuarta Sección del Centro -producto, precisamente, de una impugnación-, en tanto que sus efectos, no pueden ser transformados por la presente sentencia, independientemente del sentido que adquiera en el fallo.

Al verificar en el presente caso el cumplimiento de los requisitos de la técnica del control difuso, se tiene que la inaplicación realizada por las Juezas requirentes identifica: (i) la violación a los principios de igualdad en la formulación de la ley y *ne bis in idem*, así como el valor de instrumentos internacionales que, si bien no son tratados en el sentido del art. 144 Cn., obligan al Estado salvadoreño con base a su personalidad internacional -art. 83 Cn.-; (ii) que la normativa inaplicada va en contra de los fines resocializadores de la pena, específicamente, en cuanto que prohíbe la aplicación de beneficios excarcelarios cuando el delito ha sido cometido en grupo de cuatro personas o más y cuando se trate de un delito que lesione o ponga en peligro el patrimonio.

En cuanto al primero de esos argumentos, es necesario recordar que, como lo ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal, en el ejercicio de la potestad de control difuso a que se refiere el art. 185 Cn., el juez tiene la obligación de identificar el parámetro de control, es decir la(s) disposición(es) constitucional(es) que considera vulnerada(s) por

el objeto de control, lo cual implica que el juzgador debe realizar previamente una interpretación de la Constitución -sobre la cual esta Sala no tiene monopolio- y cotejar con ella la interpretación que de la ley ha efectuado. Asimismo, se exige que se expongan las razones que fundamentan la inaplicación, considerando que el control difuso es un control jurídico y la negativa del juez a aplicar la ley no puede obedecer a motivaciones de conveniencia u oportunidad, sino sólo a que la norma inferior contradice a la superior en el sentido de su imperatividad (sentencia de inconstitucionalidad 19-2006, del 8-XII-2006, Considerando III.1.D).

Con relación a estas exigencias, debe observarse que los motivos basados en las supuestas violaciones de los arts. 3, 11 y 83 Cn., carecen de la fundamentación necesaria para habilitar el control abstracto de constitucionalidad de que trata este proceso, puesto que: a) la mención de la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley se remite al parecer a la también alegada contradicción con el Art. 27 Cn., en el sentido que habría casos en que la ley impide lograr el fin resocializador de la pena, pero no se exponen elementos de juicio que demuestren la sustantividad propia o la autonomía de dicha infracción al Art. 3 Cn.; b) algo similar ocurre con el motivo fundado en el Art. 11 Cn., por supuesta infracción al non bis in ídem, pues se omite la justificación mínima indispensable para determinar el supuesto contraste internormativo de la disposición inaplicada con la norma constitucional que se invoca, si se considera que, en principio, la previsión legal de una pluralidad de consecuencias jurídicas para un mismo supuesto, a partir de diversos fundamentos, no infringe la prohibición de doble valoración jurídica idéntica; c) y finalmente, la violación planteada en forma refleja del Art. 83 Cn., por contradicción de la disposición inaplicada con las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, es incompatible con el carácter abstracto de este control constitucional, pues alude a una relación causal empírica e indirecta entre la negación de la libertad condicional y el hacinamiento carcelario, que a su vez impediría cumplir los compromisos internacionales del Estado en materia penitenciaria. Debido a estas carencias de fundamentación, deberá sobreseerse el presente proceso con relación a dichos motivos.

Por otra parte se aclara que, según las inaplicaciones realizadas por las juezas requirentes, el caso se plantea como una inconstitucionalidad parcial, que afecta a incisos o fragmentos de la disposición, pues el contraste concluye en el cuestionamiento de la disposición inaplicada en cuanto que prohíbe, de modo expreso, el acceso a la libertad condicional cuando el delito fue cometido en grupo de cuatro personas o más y cuando se trate de un delito contra el patrimonio.

Tal como se aclaró en los autos iniciales, el requerimiento originado en las certificaciones provenientes de los Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Santa Tecla y Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Salvador, sólo representan el cauce de conexión entre el control difuso y el concentrado, sobre la constitucionalidad de las leyes. Por tanto, este proceso no se convierte, bajo

ningún concepto, en un recurso o procedimiento de revisión de la inaplicación declarada por dichos tribunales.

Se debe enjuiciar lo prescrito por el art. 77-F de la L. Pr. Cn. Tal disposición, en su inciso 1º, prescribe que esta Sala debe determinar en sentencia definitiva "la constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios"; y en su inc. 4º dispone que, en el supuesto que este tribunal en la sentencia definitiva declare "que en la ley, disposición o acto, no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los arts. 185 y 235 de la Constitución".

En cuanto el inc. 1º ordena que esta Sala revise el ejercicio del control difuso que ha realizado el tribunal requirente, atenta contra el art. 185 Cn., que no supedita la facultad de inaplicar de los jueces a una autorización previa o una revisión posterior por este tribunal -además del sinsentido que conlleva ejercer el control de constitucionalidad concentrado precisamente sobre un acto de control de constitucionalidad-.

La técnica del control difuso, materializada en una sentencia de inaplicabilidad, al no estar sujeta a un posterior control por parte de esta Sala, debido a la naturaleza abstracta y especializada que reviste este tipo de control constitucional, conserva sus efectos inter partes aunque no de manera inamovible, en la medida que aquella materialización tiene como presupuesto el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y ésta no se encuentra exenta de control; más bien, ha sido configurada dentro de un sistema jurídico de jerarquía funcional, en la cual los jueces formulan sus decisiones revestidos de independencia pero apegados a reglas de derecho, entre las que cuentan los medios de impugnación.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 25-2006AC, de las 09:00 horas del día 9/4/2008)

DERECHOS DE LOS MENORES: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS TREINTA Y CUATRO Y TREINTA Y CINCO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Uno de los requisitos ineludibles para configurar efectivamente la pretensión de inconstitucionalidad es el planteamiento de un argumento lógico, que demuestre la potencial confrontación entre disposiciones constitucionales y las infra-constitucionales, lo cual resulta imposible cuando el contenido normativo de uno de estos elementos jurídicos ha sido interpretado equívocamente.

Así, el contenido normativo de los arts. 34 y 35 de la Constitución aluden a ciertos derechos de los menores que, si bien es cierto representan un ámbito de especial

protección, no resultan excluyentes de otros derechos como los contemplados en el art. 211 inc. segundo del Código de Familia.

En otras palabras, es errónea la interpretación aislada, restringida y excluyente que se haga de las disposiciones constitucionales.

No puede ser aislada porque los derechos de los menores no constituye la generalidad de derechos o categorías jurídicas subjetivas protegibles por la Constitución, en tanto ésta posee un marco amplio y expansivo de cobertura no privativo de un grupo específico de personas. En tal sentido, las disposiciones constitucionales deben interpretarse en conjunto, de manera sistemática para lograr coherencia en los resultados aplicables a los casos concretos. De ahí que la función interpretativa se amarre siempre a la de integrar el derecho.

No puede ser restringida porque ello negaría el arraigo de los derechos fundamentales: la dignidad de la persona humana. Éste referente obliga a concebir el marco constitucional como lo que jurisprudencialmente se ha denominado "ámbito de protección mínimo". En esos términos, la jurisprudencia de este Tribunal (v.gr. Inc. 8-97 del 23-III-2001) ha determinado que "aquella regulación que comprenda una ampliación del ámbito de protección mínimo que la Constitución otorga a los derechos fundamentales –v. gr., en cuanto a sus manifestaciones y alcances, o en cuanto a los medios destinados a asegurar la protección en su conservación y defensa– puede bien hacerse mediante cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados que habrán de ser interpretados y aplicados por los operadores jurídicos –especialmente los jueces– dentro de un amplio margen de posibilidades, para abarcar otros supuestos de protección no expresamente comprendidos, atendiendo al carácter expansivo de los derechos fundamentales, así como ser adaptados a los cambios en la realidad normada, asegurando así su permanencia en el tiempo y arraigo en la colectividad. Distinto es el caso de las disposiciones que autorizan limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales".

No puede ser excluyente porque los derechos convergen a fin de potenciar su máxima realización, y en el caso planteado no existe ni siquiera un supuesto de colisión de derechos, en la medida que tanto los menores como los mayores de edad que describe la norma impugnada, en la misma calidad de hijos, pueden realizar sus derechos como tales, y no es el legislador el responsable de las desventajas que genere, en cada caso concreto, la cantidad de hijos dentro de un grupo familiar. Esta circunstancia –dejar desprotegidos a los hijos menores para poder ayudar a los hijos mayores de edad–, advertida por el demandante, no es sujeta de control constitucional, sino que es una situación ajena al derecho; máxime, si se toma en cuenta que el actor parte de una premisa falaz: que el Estado debe proteger al menor (lo cual es cierto), y no al adulto en cuestiones familiares (lo cual es falso).

De los parámetros constitucionales propuestos no se deriva que la protección familiar sea privativa de menores, mucho menos se encuentra alguna exclusión a los hijos adultos para la protección de sus derechos.

En este punto, es de utilidad recordar que si la limitación o restricción de derechos –como se apuntó anteriormente en alusión a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional – debe ser interpretada de manera restrictiva, no puede colegirse de los arts. 34 y 35 de la Constitución una exclusión tácita de los hijos mayores de edad como titulares de derechos dentro de la familia.

ERROR DE DERECHO: VICIO EN LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Desde esa perspectiva, cuando uno de los elementos configuradores de la pretensión se encuentra viciado a partir de la atribución de un contenido normativo incorrecto o inexistente, es improcedente establecer el contraste requerido, y este Tribunal tampoco puede suplir ese error de derecho, atendiendo a la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, en el que el fundamento de la pretensión recae en argumentos de índole normativa y son éstos los que estructuran su fundamento fáctico.

Ya el art. 80 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece que la Sala de lo Constitucional suplirá de oficio los errores u omisiones de derecho en que incurran las partes, pero en "los procesos de amparo y de exhibición de la persona"; no así en la inconstitucionalidad, pues se pretende evitar que el Tribunal conforme de oficio la pretensión en procesos de esta naturaleza.

(IMPROCEDENCIA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 6-2008, de las 10:05 horas del día 16/5/2008)

DERECHOS FUNDAMENTALES: REGULACIÓN LEGAL

Una notable característica de los derechos fundamentales es que, tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa. Más en general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos.

Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador es una garantía de los mismos a través de la reserva de ley y la determinación normativa.

Frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento

jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.

La intervención legislativa se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general y previa por el legislador. Ello es así en un sistema de Derecho escrito o legislado, como el establecido constitucionalmente en la República de El Salvador.

De ello se deriva que la obligación de respeto incumbe en primer lugar al legislador, no sólo como un deber negativo de no vulneración, sino también como la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y adquiere especial relevancia allí donde un derecho se tornaría en ineficaz de no establecerse los supuestos para su conservación y defensa.

Ello significa que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, concretando las facultades atribuidas, organizando, regulando y limitando su ejercicio y, en definitiva, ofreciendo un marco jurídico eficaz para su garantía.

LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un aspecto trascendental a los derechos fundamentales es aquel que se refiere a la posibilidad de que sean restringidos. Si no se quiere que esta posibilidad a su vez sea ilimitada, entonces, es necesario imponerle límites. Éstos pueden establecerse, en definitiva, solamente mediante una ponderación entre el contenido del derecho y el principio contrario que justifica la restricción.

En Sentencia pronunciada en el amp. 242-2001, se afirmó, respecto de los derechos fundamentales, que existen límites internos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues intrínsecos a su propia definición; tales límites constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. Corresponde al legislador afinar esas fronteras en la regulación que haga de cada derecho fundamental y los operadores jurídicos tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, completándolo y adecuándolo ante las exigencias de la realidad cambiante.

Asimismo encontramos límites externos, los cuales son impuestos por el ordenamiento jurídico frente al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Esta segunda clase, a su vez se divide en explícitos e implícitos.

Se habla de límites explícitos cuando se encuentran previstos de manera expresa dentro de la Constitución y las leyes. Mientras que los implícitos no están formulados de esa

manera, pero vienen impuestos por los principios o bienes jurídicos protegibles constitucionalmente.

Cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante ley formal pueden ser establecidos por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: que sean establecidos atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; que no altere el contenido esencial del derecho –art. 246 inc. 1° Cn.–; y que respete el principio de proporcionalidad.

Así, las relaciones recíprocas entre derechos constitucionales conllevan la necesaria ponderación previa y general que asegure igual eficacia de los bienes jurídicos en tensión.

PONDERACIÓN Y PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

Es aquí donde entra en juego la ponderación y el principio de concordancia práctica, en virtud de los cuales se trata de disipar la tensión que pueda surgir en un caso concreto entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores, principios, intereses o bienes constitucionales protegidos, tratando de favorecer la fuerza expansiva de ambos.

Ahondando en el tema de la ponderación, es preciso tener en cuenta que dentro de los sistemas jurídicos pueden presentarse ciertas contradicciones, como consecuencia natural de su dinamismo, principalmente cuando entre dos o más disposiciones se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas o cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho se encuentran diferentes significaciones que no pueden ser observadas simultáneamente.

Ahora bien, cuando la contradicción se postula entre dos normas constitucionales, el modelo de ponderación no es homogéneo. Por ejemplo, las normas que consagran derechos fundamentales, generalmente, carecen o presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación. No puede, en tales supuestos, observarse ningún criterio tradicional de solución de conflictos entre normas.

Así también, el conflicto constitucional puede plantearse entre principios que no se caracterizan tanto por su nota de incondicionalidad, sino por la particular conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida. Aquí, la ponderación es necesaria, porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso, depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna.

La opción a favor de uno u otro, o la misma idea de compaginar los extremos del conflicto, con base en un equilibrio, implica la idea de razonabilidad. Es decir, en la resolución de la antinomia, se deben proporcionar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia –

Sentencia de Inc. 30-96—. Esto es algo que hace, primero el Legislativo, y luego los tribunales, incluida esta Sala.

En efecto, el modo de resolver los conflictos entre principios implica la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión.

El problema es que la Constitución, por su amplitud, nada dice de forma concluyente, y ante cuestiones como las señaladas, debe por tanto determinarse según la fuente de lo razonable. En realidad, la apelación a la razonabilidad nos remite a un esfuerzo de justificación racional de la decisión y encierra la solución de un conflicto entre principios. Luego si hay razones a favor o en contra, será preciso sopesarlas y ver cuál de ellas resulta proporcionalmente más fuerte y más justa.

Puede afirmarse que en un sistema normativo pueden y deben convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y de la tutela de la seguridad pública, y aunque no puede afirmarse que per se exista antinomia cada vez que estos dos bienes se confronten, también es claro que en algunos casos puede formularse un conflicto que, ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra.

La ponderación en la jurisdicción constitucional, al enjuiciar la constitucionalidad de un precepto legal en abstracto, dará lugar a una declaración de invalidez cuando se estime que, en todas las hipótesis de aplicación posibles, resulta injustificadamente lesivo para uno de los principios en juego. Pero si la ley contempla supuestos de aplicación no lesivos, cabe también una sentencia que indique qué significados de la regla enjuiciada resultan válidos.

Dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias de un caso concreto, la ponderación constituye una herramienta esencialmente judicial. Sin embargo, ello no excluye que el legislador pueda y deba ponderar, pues de hecho es el primer llamado a solventar, mediante concreciones legislativas, los posibles conflictos entre principios constitucionales.

La ley, por tanto, representa una forma de ponderación, que a su vez puede ser objeto de un enjuiciamiento abstracto por parte de la Sala de lo Constitucional. Sin duda, la actividad legislativa no ha de verse como una mera ejecución de la Constitución y que, por tanto, dispone de una amplia libertad configuradora; pues la Constitución no es un programa cerrado, y sus contenidos, aun cuando se propugnen coherentes, pueden plantear tensiones en su aplicación y también en su proyección sobre la actividad legislativa.

Lo que el legislador no puede hacer es eliminar el conflicto mediante una norma general, y postergar en abstracto un principio en detrimento del otro. Pues ello implicaría establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos igualmente constitucionales y asumir la tarea de un Poder Constituyente; lo mismo puede afirmarse de esta Sala, en su caso.

En relación con lo anterior, cabe preguntarse cuál es el medio idóneo para justificar la razonabilidad de una concreción normativa –ya sea simple regulación o una limitación– en un proceso de inconstitucionalidad.

En ese orden, es inevitable que la competencia de este tribunal no puede extenderse a verificar si en el mundo real existe un perjuicio irrazonable y desproporcionado resultante de la emisión de una ley que regule un derecho constitucional y mucho menos comprobar si los efectos de dicha ley han contribuido a mejorar las condiciones de vida reales – Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 30-96–.

LEYES REGULADORAS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES: RAZONES DE JUSTIFICACIÓN

Por lo tanto, el análisis de las razones que justifiquen la emisión de una ley reguladora de derechos constitucionales debe basarse –por orden de prevalencia– en los siguientes documentos: (i) el informe rendido por la autoridad emisora de la norma en el proceso, ya que se entiende que dicho informe contiene una argumentación reflexiva orientada primordialmente a la defensa de la norma impugnada; (ii) los Considerandos de la ley; (iii) el texto mismo de la ley; y (iv) los documentos oficiales previos a la emisión de la ley que sean de contenido técnico, mediante los cuales se propone a la autoridad emisora, la elaboración de la norma impugnada.

El art. 2 Cn. claramente consigna dos materias: la primera, contiene la enumeración de ciertos derechos subjetivos que se consideran fundamentales para toda persona humana: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión"; la segunda, establece el imperativo jurídico de protección para la conservación y defensa de aquellos derechos: "y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos". Se trata, en este último contenido, del imperativo jurídico-constitucional de tutelar los derechos fundamentales como consecuencia de su reconocimiento.

Tal derecho, interpreta esta Sala, se ha instaurado con la finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

El imperativo así establecido denota que el reconocimiento de los derechos fundamentales indicados no puede quedar como simple enunciación. Dicho imperativo recae en el Estado, desde luego que éste –según el Art. 1 Inc. 1° Cn.– se organiza para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Obviamente, la tutela de

los derechos fundamentales de la persona humana –origen y fin de la actividad del Estado– contribuye a la consecución de aquellos valores. Por el contrario, la omisión o infracción de la tutela indicada, atenta contra los mismos valores o los afecta negativamente.

Debe entenderse que la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, depende o puede depender de la forma en que la legislación secundaria adquiera desarrollo, con apego en la Constitución en forma integral, esto es, sin menoscabo de su amplio contenido y de su espíritu, cualesquiera sea o fuere el grado de evolución de aquella legislación.

En ese sentido, la legislación secundaria debe caracterizarse por su constitucionalidad, esto es, por ser la conductora de aquellos valores supremos, a efecto de que al aplicarse a los hechos o acontecimientos jurídicos –concretos– por los responsables de su observancia, especialmente, en circunstancias conflictivas o litigiosas, estos mismos valores representen claramente el soporte jurídico pertinente de las distintas actuaciones y resoluciones de parte del Estado o de sus funcionarios.

LEGISLACIÓN PENAL: TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro de esa concepción, la legislación penal, tanto en materia sustantiva como en materia procesal, debe representar con énfasis especial, el objetivo de tutela de los derechos fundamentales. Es que no puede dejar de observarse que, para prevenir y sancionar la violación de cualesquiera de los derechos fundamentales citados en el texto constitucional, éstos tienen grados de tutela en el ámbito de la legislación penal.

Con todo, los sujetos que aparezcan como posibles responsables de las violaciones de hecho de los derechos subjetivos constitucionales, de acuerdo a la legislación penal, deben someterse al juzgamiento que corresponde, la que incluye la sujeción de medidas razonablemente establecidas, a efecto de asegurar la tutela de aquéllos derechos en doble sentido: primero, el que corresponde a los sujetos pasivos de las violaciones; y segundo, el que corresponde a los sujetos probablemente infractores o probables sujetos activos de las violaciones.

A lo anterior se debe la complejidad de la materia jurídica penal a que se someten los justiciables, la cual debe contener una regulación que permita conciliar aquel doble interés. En efecto, los derechos fundamentales contribuyen en toda la perspectiva jurídica a la sistematización del orden jurídico derivado, en su contenido axiológico, y de igual importancia es que los derechos fundamentales tienen proyección universal, que no se reducen a imponer limitaciones al poder estatal, sino que descubren una amplísima proyección positiva, por lo que se erigen en fuente inagotable de la actividad y accionar del Estado.

En esta hipótesis, frente al deber de tutela que recae en el Estado, existe el correlativo derecho subjetivo, pero en doble sentido: frente al Estado, que se satisface por la mera abstención de lesionar los derechos fundamentales –aspecto negativo– y frente a los particulares, que se satisface por el Estado mismo, al desarrollar toda su actividad jurídica, en dirección de proveer de forma idónea la efectividad a los derechos en mención –aspecto positivo–.

En el Estado de Derecho, esa actividad jurídica se ejecuta mediante la emisión de leyes correspondientes al ordenamiento sustantivo o material, al ordenamiento adjetivo o procesal, y al ordenamiento orgánico. En esa idea, para la tutela de los derechos fundamentales, son determinantes el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y la Organización de tribunales.

Ahora bien, en el plano aplicativo, pudieran plantearse tensiones entre las necesidades estatales de aplicación del Derecho Penal y Procesal Penal –corolario de la obligación estatal de protección de bienes jurídicos– y los derechos fundamentales de las personas; ya que, para el caso que nos ocupa, si bien la detención provisional asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, ciertamente es una de las restricciones más gravosas a los derechos fundamentales del imputado.

DERECHO A LA PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE DERECHOS

El derecho a la protección en la conservación y defensa del resto de derechos –Art. 2 Inc. 1° Cn.–, se ha instaurado con la finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del proceso –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad.

Desde un plano procesal, se deduce que el proceso, en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento –independientemente de la materia a la cual pertenezca la disposición que sirve de fundamento jurídico para la pretensión– es el instrumento mediante el cual el Estado cumple en mayor medida su obligación de proteger a todas las personas en la conservación y defensa de sus derechos.

Por lo tanto, cabe entender que el proceso penal –como todo proceso jurisdiccional– constituye, en principio, una forma de protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas –Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 24-97–.

Es así que corresponde al legislador a través del Derecho Procesal Penal establecer el punto de equilibrio, y señalar los lineamientos básicos para reconocer en qué casos los riesgos procesales se orientaran a la vulneración de los derechos fundamentales y en qué casos será el Estado quien deberá soportar tales riesgos y respetar los derechos fundamentales del inculgado.

En ese sentido, debe existir un equilibrio ponderado entre las garantías individuales que racionalizan el proceso penal –principalmente los arts. 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 24 Cn.– y el deber de protección de bienes jurídicos –art. 2 Cn–. Y es que, por un lado, la justificación del poder punitivo del Estado y de la definición de delitos y penas y su determinación judicial, se encuentra en la dañosidad de las conductas caracterizadas legalmente como delito; pero, por otro, no debe obviarse que, si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo.

Es decir, si el Derecho Procesal Penal no sólo debe responder al objetivo de minimizar la violencia y al derecho-deber de protección de bienes jurídicos, sino para que las consecuencias jurídicas del delito, deben también respetarse las garantías individuales contenidas en las disposiciones constitucionales mencionadas y así equilibrar efectivamente el doble interés aludido.

De conformidad con la Constitución –cuando el art. 172 Cn. dispone que corresponde al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado–, se le concede a los Jueces y Magistrados la potestad jurisdiccional, que se ejerce al aplicar el derecho a los casos concretos de modo irrevocable y ejecutando asimismo lo decidido.

MEDIDAS CAUTELARES: FINALIDAD

A tal efecto sirven las medidas cautelares, pues a partir de ellas, de oficio o a petición de parte, y luego de verificarse los presupuestos que las habilitan, el juzgador asegura su función de ejecutar lo juzgado, pues con ella se pretende que el resultado del proceso no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del juzgador, pero que pueden ser aseguradas procesalmente, minimizando el riesgo de un dispendio y pronunciamiento jurisdiccional inútil.

Sobre las medidas cautelares, en resolución, pronunciada en el proceso de Inc. 4-2003, se dijo que éstas implican la idea de prevención, pues con su aplicación se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las medidas cautelares son las herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia a la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento.

En virtud de lo expuesto, es preciso señalar que, en toda clase de procesos, las medidas cautelares deben corresponderse a los efectos que se pretenden garantizar y que eventualmente han de concurrir mediante la sentencia que corresponda.

En tal sentido, los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten en la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus bonis iuris*– y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia –*periculum in mora*– supuestamente esperada, ante la apariencia favorable a derecho. En efecto, el primero de dichos presupuestos permite advertir o visualizar la fortaleza jurídica razonable, que la sentencia definitiva puede ser favorable a la pretensión, asunto que da, al mismo tiempo, suficiente fundamento para decretar la medida cautelar razonable, ante el riesgo de ser ilusoria o inefectiva aquella misma sentencia. Ambos presupuestos, según la fundamentación de la pretensión y la gravedad de la infracción penal, se relacionan necesariamente para decretar la medida cautelar.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

En el otro extremo de la delimitación conceptual se encuentra la libertad personal, que es libertad jurídica, lícitamente realizable como derecho integrante del sistema constitucional de derechos, es la facultad de autodeterminación que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones. Se plantea así como la facultad de que la persona determine libremente su conducta –dentro de la juridicidad–, sin que pueda sufrir injerencia o impedimentos, sin habilitación legal, por parte de terceros, especialmente poderes públicos.

Asimismo, la libertad jurídica implica el derecho de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y de actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre y cuando no exista una prohibición constitucionalmente legítima dentro del ordenamiento jurídico.

De manera reiterada esta Sala ha expresado en su jurisprudencia –v. gr., Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 17-95– que la libertad no es un derecho absoluto, como no lo son la mayoría de los derechos fundamentales. Ahora bien, no se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Lo anterior nos dice que la libertad es restringible, pero al mismo tiempo que sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualesquiera.

Ahora bien, una vez establecido el contenido fundamental del derecho a la libertad personal, así como la posibilidad que se tiene de restringir dicho derecho, siempre que dicha restricción respete el marco constitucional, es conveniente hacer una referencia a la

presunción o principio de inocencia a fin de poder –posteriormente– establecer con mayor facilidad los límites de la detención provisional como figura constitucional restrictiva del derecho de libertad física establecida en el art. 13 Cn.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción o principio de inocencia se encuentra consagrada en el art. 12 inc. 1° Cn., y se puede entender que posee tres significados claramente diferenciados: (i) como garantía básica del proceso penal; (ii) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) como regla relativa a la prueba. Respecto al primero, ella ha sido entendida como garantía básica del proceso, y como tal constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas procesales penales que pudiesen implicar en contrario una presunción de culpabilidad, una condena anticipada y que conlleven para el imputado la carga de probar su inocencia. Es en ese sentido que esta Sala, en la Sentencia de 10-II-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 360-97, expresó: "ninguna persona –natural o jurídica– puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de ‘presunciones de culpabilidad’, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven una conclusión objetiva de culpabilidad". Respecto del segundo, se parte de la idea de que el inculcado se presume inocente, en tanto no exista prueba objetiva que determine claramente que el imputado es efectivamente autor o partícipe ante los tribunales y mientras tanto deben reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del proceso penal, a fin de que éstas no se conviertan en medidas arbitrarias o en penas anticipadas. Finalmente, la presunción o principio de inocencia como regla relativa a la prueba, exige que la actividad probatoria de cargo que demuestre la culpabilidad del inculcado sea suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas razonables sobre la culpabilidad.

Por lo anterior, cabe mencionar que la presunción o principio de inocencia tiene una especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares, siendo compatible con las mismas siempre que éstas se impongan por medio de una resolución motivada, en la que quede de manifiesto la finalidad perseguida, esto es, el aseguramiento de los fines del proceso.

Por ende, para que las medidas cautelares sean compatibles con la presunción o principio de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; (ii) establecido lo anterior, también es necesario que existan indicios, por lo menos, de la participación en la infracción penal, en alguna de las formas que impliquen responsabilidad y que vuelvan razonablemente probable la culpabilidad del imputado; (iii) que tengan un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el fin del proceso, partiendo de la gravedad del delito, dado que la detención provisional sólo tiene un fin cautelar y no retributivo respecto a una

infracción no declarada; y (iv) que su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines.

DETENCIÓN PROVISIONAL

Sobre la base del marco constitucional antes señalado, resulta procedente realizar un análisis de la detención provisional, cuya ubicación dentro del texto constitucional –art. 13 inc. 3° Cn.– permite advertir que su naturaleza es distinta de la pena privativa de libertad, pues aparece contemplada entre aquellas restricciones de libertad que pueden denominarse asegurativas, es decir, que se autorizan no a modo de sanción por el incumplimiento o infracción de una norma, sino con el objeto de poder garantizar las resultas de un proceso penal, así como la comparecencia del imputado a la realización del juicio oral.

Lo anterior significa que la detención provisional, no obstante constituir materialmente una privación temporal al derecho de libertad personal, no lo es a título de sanción, sino – como ya se acotó– sólo puede tener efectos o fines procesales, dadas sus características.

Es cierto que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma, pues es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros de evasión de la justicia y que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad. En consecuencia, sólo puede autorizarse la restricción de libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso.

Por tanto, trasladar a la detención provisional uno de los fines de la pena, supondría una inaceptable tergiversación de la presunción o principio de inocencia, ya que si todo imputado es jurídicamente inocente mientras no se pruebe su culpabilidad al final de un procedimiento ventilado conforme a la ley, ninguna restricción de libertad y mucho menos privación de la misma, a título de sanción se justifica con anterioridad a la condena, es decir, la privación de libertad personal debe ser consecuencia de la condena, derivación del proceso y no requisito del mismo.

DIFERENCIA ENTRE DETENCIÓN PROVISIONAL Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Importa por lo anterior observar, en su caso respectivo, la distinción entre la detención provisional, como medida cautelar, y la privación de libertad, como pena; porque tampoco es válido sostener, per se, que la detención provisional es y será siempre una pena anticipada. Su inevitable semejanza con la pena, no debe inducir a confundirlas, y mucho menos a su manipulación –la de la eventual confusión– para propiciar la impunidad. Asimismo, ante casos de evasión de otras medidas menos gravosas, la detención provisional debe reemplazar a aquellas.

Probablemente de los efectos inmediatos de la detención provisional pueden derivarse otros, como por ejemplo, cierto efecto disuasorio ante las inclinaciones de los potenciales agresores de los bienes jurídicos. Pero ello no obsta para que se confunda con la pena, porque las derivaciones directas o indirectas no constituyen su motivación esencial, sino el aseguramiento del proceso, tal como se ha dejado dicho. En este sentido, la detención provisional, al igual que la presunción o principio de inocencia, es consagrada constitucionalmente y su finalidad operativa es estrictamente procesal, pues a ninguna es atribuible efectos sustantivos o materiales.

Este tribunal sólo encuentra constitucionalmente válido que la detención provisional se vuelve necesaria por su impacto social dañino, ellos provocan alarma social y el riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal, por lo mismo, es mayor que en el resto de infracciones; argumento que es coherente con la naturaleza de la detención provisional –medida cautelar–: si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del periculum in mora –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la "alarma social"–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado.

No así, que la detención como única medida cautelar en ciertos casos son un ejemplo de prevención para que los demás delincuentes piensen abstenerse antes de cometer cualquier ilícito de los mencionados en dicha lista., pues ella implica trasladar a la detención provisional –medida de naturaleza procesal– los fines de prevención propios de la pena; en coherencia con lo que ya hemos afirmado en la Sentencia de Inc. 52-2003, Considerando IX 5. Pero, es necesario advertir que ese señalamiento es atinado, en el sentido en que la detención provisional tiene cierto elemento de semejanza inevitable con la privación de libertad. Pero indirectamente, esa inevitable semejanza puede eventualmente producir –como se ha dicho– cierto efecto disuasorio para que no se delinca, aunque otro sea el propósito, tal como es con dicha medida.

En efecto, el legislador ha establecido la prohibición de sustituir la detención provisional por otras medidas; lo cual, visto desde una perspectiva afirmativa implica que las medidas cautelares que afecten la libertad personal deben fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes. Todo en relación con los requisitos ya indicados.

Ello significa que, para imponer la detención, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer la medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el art. 292 del C. Pr. Pn., referidos al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Por tanto, la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, tanto en lo relativo al *fumus boni iuris* como al *periculum in mora*, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican su adopción; por un lado, la libertad de una persona cuya inocencia se presume, y por otro, la realización de la administración de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente.

DELITOS CONTENIDOS EN LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Desde la perspectiva de un análisis abstracto, propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible la ponderación realizada por el Legislativo respecto los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, únicamente cuando la gravedad de la conducta penalizada aparezca como justificante de la ponderación realizada por la autoridad emisora.

En efecto, respecto de la categoría que comprende, de manera genérica, los delitos relacionadas con el lavado de dinero y otros activos, no puede hacerse un juicio completo sobre su constitucionalidad, pues dependerá de la dañosidad del mismo, su comprensión dentro de la justificación mencionada o no y encontrar en ellos la ponderación realizada por el Legislativo.

Un criterio para delimitar objetivamente la anterior consideración, se encuentra en la distinción legislativa contenida en el art. 18 Pn., en tanto que los delitos se clasifican en graves y menos graves, según su penalidad. En ese sentido, y siendo que la ponderación legislativa se justifica en la dañosidad de las conductas punibles, debe interpretarse que la misma opera solamente respecto de los delitos que sean considerados graves, en integración con el art. 18 del Código Penal.

En el art. 27 inc. 1° de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, no existe la contradicción señalada por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, respecto del art. 12 Cn., pues respecto de los delitos que presenten una mayor dañosidad al bien jurídico protegido –art. 18 C. Pn.– se concluye que el Legislativo ha realizado una ponderación entre bienes jurídicos: libertad personal y presunción o principio de inocencia, por un lado, y eficacia de la justicia penal, por otro, que se enmarca dentro de su potestad de ser el primer llamado a hacer ponderaciones entre bienes jurídico-constitucionales; con base en las especiales características que tienen los delitos mencionados, se advierte que el legislador ha considerado la fuerte incidencia que tiene el *periculum in mora*, expresado en el riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", en la detención provisional como medida cautelar del proceso penal.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 64-2006AC, de las 09:00 horas del día 11/7/2008)

DISPOSICIONES JURÍDICAS: VALIDEZ, EFICACIA Y VIGENCIA

Tal como se afirmó en Resolución de improcedencia pronunciada en el proceso de Inc. 17-2004, abordar las distintas maneras de estudiar las disposiciones jurídicas, implica diferenciar sus dimensiones. Así, ellas inciden en la realidad normada y reciben influjos del entorno social –dimensión sociológica–; representan un punto de vista sobre la justicia –dimensión axiológica–; y, finalmente, presentan una existencia normativa –dimensión jurídica–.

Interesa aquí destacar que la validez de una disposición se relaciona con su dimensión jurídica, mientras que la eficacia se pondera a partir de su dimensión sociológica; y dado que el análisis propuesto por el actor no implica un examen sobre los aspectos axiológicos de las disposiciones jurídicas, éstos no serán objeto del presente pronunciamiento.

VALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS

Desde el punto de vista de la validez –propiamente normativo– se califica como disposiciones jurídicas a las prescripciones emitidas por los entes con potestades normativas reconocidas por el mismo ordenamiento jurídico.

Una disposición es válida, y en ese sentido es jurídica, cuando ha sido emitida de acuerdo con los cánones de producción normativa establecidos por el ordenamiento jurídico para tal fin; por tanto son las normas sobre producción jurídica las que regulan las competencias normativas de diversos órganos, los procedimientos que deben seguirse para generar las distintas fuentes, y la potencialidad normativa de cada fuente del derecho.

En ese sentido, la nota esencial para predicar la validez de las disposiciones jurídicas, es el cumplimiento de ciertas condiciones formales y materiales, que el ordenamiento mismo prescribe como necesarias para que aquellas se mantengan en él. En términos generales se puede afirmar que, para que una disposición jurídica sea válida, debe satisfacer las siguientes exigencias:

Debe haber sido producida por el órgano competente; en efecto, en el seno de un ordenamiento jurídico existen específicas habilitaciones a favor de determinadas autoridades para producir disposiciones jurídicas, de manera que una disposición dictada por un sujeto no competente debe ser considerarse inválida.

Debe haber sido producida a través del procedimiento adecuado; las disposiciones son el resultado final de un procedimiento a través del cual se va construyendo y definiendo la voluntad del órgano productor. La falta de respeto a las exigencias formales de dicho procedimiento determina la invalidez de la disposición.

No debe haber sido derogada por una disposición posterior. Debido al principio de coherencia, no debe existir en un ordenamiento dos disposiciones contradictorias entre sí. Es una exigencia derivada de la función de ordenación social que desempeña el sistema jurídico. Por tanto, una disposición pierde su validez cuando es contradicha o expresamente derogada por otra posterior que se encuentre en el mismo nivel jerárquico.

Finalmente, como otra exigencia de contenido, para que una disposición sea considerada válida no puede estar en contradicción con las disposiciones superiores a ella en el sistema jurídico; éste se estructura de un modo jerárquico y por tanto las disposiciones inferiores no pueden contradecir lo establecido en las superiores.

EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS

Establecido lo anterior, corresponde ahora exponer algunas consideraciones sobre la eficacia de las disposiciones. Ella se entiende como la posibilidad que la disposición cumpla con los objetivos previstos a su emisión, es decir implica su fuerza peculiar en tanto potencialidad normativa.

La eficacia de una disposición se determina en virtud de los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento para la misma, como deber de cumplimiento de los destinatarios u órganos de aplicación del derecho, noción que se presenta en un plano fáctico –aplicación y cumplimiento de las disposiciones–.

Este modo de estudiar el derecho, tiene como base la existencia empírica de las disposiciones que componen determinado sistema normativo, es decir, predica la existencia de disposiciones a partir de un determinado modelo de conducta que se considera socialmente aceptado.

A partir de lo expuesto, la diferenciación entre validez y eficacia se vuelve necesaria, pues, efectivamente la validez es un atributo jurídico de las disposiciones a partir de su relación con las fuentes de su juridicidad –normas de producción jurídica–, que determinan las condiciones de su producción; mientras que la eficacia, como potencialidad normativa de una disposición, supone el acomodo de la realidad normada a la disposición.

En ese sentido, puede afirmarse que ambos conceptos son independientes entre sí, en el sentido que la eficacia no es parámetro para predicar la validez de una disposición, pues ésta, al incumplirse, no deja de pertenecer al ordenamiento jurídico, sino que, aunque ha deje de ser aceptada socialmente, conserva su validez.

Pero además, también puede derivarse una estrecha relación entre ambos conceptos, a partir de la definición de vigencia. Este es un requisito formal de la producción de la disposición, en virtud del cual, salvo las excepciones previstas por el ordenamiento mismo –retroactividad o ultraactividad–, se pretende la obligatoriedad de la disposición.

Es decir, no puede negarse que existen casos en que, no obstante la disposición ha perdido su vigencia, puede seguir surtiendo efectos sobre la realidad normada actual –ultraactividad–, así como también puede modificar situaciones jurídicas que acaecieron antes de su vigencia –retroactividad–.

En consecuencia, al ser el punto intermedio en que coinciden, por un lado, la culminación del procedimiento de producción normativa –validez–, y la actualización de su plena capacidad de surtir efectos jurídicos sobre la realidad –eficacia–, la vigencia es el criterio jurídico que delimita el ámbito de exigibilidad temporal de las normas.

La vigencia implica, por tanto, la pertenencia actual y activa de una disposición al ordenamiento jurídico, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho, toda vez que haya sido publicada y concluido su período de *vacatio legis*. Por el contrario, la pérdida de vigencia es la falta de idoneidad *pro futuro* para regular las situaciones previstas en su supuesto de hecho.

En otras palabras, el ámbito temporal de validez de las disposiciones es el intervalo de tiempo durante el cual un enunciado jurídico-prescriptivo pertenece al ordenamiento jurídico y es susceptible de ser aplicado. Tal cualidad de potencialidad de aplicación o de imponer en la realidad las consecuencias previstas en las disposiciones, empieza desde el momento de su publicación o difusión oficial del cuerpo normativo que las contiene.

Por ello, habrá que concluir que, en todos los cuerpos normativos, la fecha de publicación –más el lapso de *vacatio legis*– significa el inicio del ámbito temporal de validez. A partir de tal suceso, y no antes del mismo, los enunciados jurídicos contenidos en los cuerpos normativos, se vuelven jurídicamente aplicables, vale decir, producen efectos normativos.

Establecido lo anterior, se advierte que, ya sea de forma expresa o tácita, todos los enunciados jurídicos se refieren a intervalos temporales, en su supuesto y en su consecuencia.

El tiempo o momento en que los acontecimientos relevantes para un caso tienen lugar, es determinante para la aplicabilidad de las disposiciones al caso. Pues, en un primer momento, debe existir una coincidencia temporal entre el ámbito temporal de la norma, con el momento en que acontece la correspondiente acción, que habilita su aplicación. De manera que todo lo que ocurra fuera de ese ámbito temporal debe considerarse irrelevante para la disposición.

Para establecer si determinada circunstancia de hecho es merecedora de la consecuencia jurídica prevista en una disposición, es necesario primero establecer en qué momento es realizada la acción, y el intervalo de tiempo al que la primera se refiere.

Desde el punto de vista del aplicador, el sistema jurídico presente al momento de su decisión ocupa una posición privilegiada en cuanto a su aplicabilidad al caso concreto; sin

embargo, no es el único susceptible de aplicación actual, existirán casos en los se apliquen disposiciones que ya han sido derogadas, pero que retienen su aplicabilidad, al contemplar casos que se realizaron durante su vigencia -ultraactividad-.

Así también, existirán otros supuestos en que se deba hacer aplicación de disposiciones actualmente vigentes, sobre situaciones o hechos acontecidos con anterioridad a dicha vigencia -retroactividad-.

Por ello, deben identificarse en el sistema jurídico, primero, los criterios de aplicabilidad, los cuales a menudo pueden remitirlo a disposiciones que ya no son válidas, y no obstante deben ser aplicadas.

CRITERIOS DE APLICABILIDAD DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO

Para determinar cuál o cuáles de las múltiples disposiciones en el ordenamiento jurídico ha de ser aplicada al caso sometido a conocimiento, existen ciertos criterios que varían de una rama del derecho a otra y que generalmente se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico.

Si bien una disposición que no pertenezca al sistema jurídico actual puede ser aplicada, los criterios que habilitan su aplicación deben estar vigentes o pertenecer al sistema en el que se dicta la sentencia; en ese sentido, el sistema actual ocupa un lugar privilegiado respecto de todos los anteriores.

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

Uno de tales criterios de aplicabilidad de las normas en el tiempo es el principio de irretroactividad de las leyes, consagrado en el Art. 21 Cn. Al respecto hay que subrayar que la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad absoluta o total; sino que, sujeta la excepción a dicho principio a los casos de leyes más favorables en materia penal y materias de orden público –este último, declarado expresamente en la ley y avalado por la jurisdicción constitucional–.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sido clara al respecto al señalar en la Sentencia pronunciada en el proceso de Amp. 317-97, que el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta, ipso iure, efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la misma ley, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula.

Ello porque el principio de la irretroactividad de las leyes está concebido como una garantía normativa o mecanismo tendente a tutelar los derechos fundamentales de las personas. Pues, si la ley ha de aplicarse sobre situaciones jurídicas o facultades nacidas o que han emergido bajo su vigencia; la alteración de situaciones jurídicas consolidadas,

debe justificarse y consignarse adrede, es decir, expresa y ampliamente, no pudiendo quedar a la discreción del aplicador.

TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

En relación con lo señalado anteriormente, dentro de los estudios de la retroactividad encontramos la teoría de los derechos adquiridos, así como la relativa a las situaciones jurídicas consumadas o consolidadas.

Esta Sala ya se ha pronunciado respecto de los derechos adquiridos en la Sentencia pronunciada en el proceso de Amp. 38-S-93 estableciendo que si el derecho estaba individualmente adquirido antes de haberse puesto en vigencia la nueva ley, los preceptos de ésta no pueden tener autoridad para alterarlos o modificarlos.

Por el contrario, si en el instante en que la nueva disposición legal comenzó a regir el derecho no había sido adquirido individualmente, sino que está en expectativa o por nacer, no podrá ya adquirirse sino con arreglo al precepto de la nueva ley.

SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS, PENDIENTES Y FUTURAS

Con relación a las situaciones jurídicas consumadas o consolidadas, éstas tienen como soporte a la teoría de los hechos jurídicos cumplidos o plenamente ejecutados –*factum praeteritum*– en la cual la doctrina distingue si la nueva ley pretende aplicarse: a) a hechos ya realizados; b) a hechos o situaciones jurídicas pendientes; y c) a hechos o situaciones futuras. A partir de estas distinciones, los partidarios de este enfoque concluyen que en el supuesto apuntado en la letra a) se daría el efecto de la retroactividad, desde luego que en ese caso la nueva ley afecta hechos o situaciones jurídicas que ya se habían realizado con anterioridad a su vigencia. Por el contrario, el caso indicado en la letra c) es absolutamente ajeno a la retroactividad, pues la regulación de hechos o situaciones futuras es precisamente el ámbito temporal ordinario de aplicación de la ley.

En el caso de las situaciones jurídicas pendientes, enunciado en la letra b), al tratarse de una situación en estado de ejecución o desarrollo en el tiempo, que no se ha agotado o cumplido totalmente, se considera que los cambios que la nueva ley produzca sobre aquella situación, no ocurren por efecto retroactivo, sino como efecto de la aplicación normal e inmediata de la nueva ley y por ello no es un caso de retroactividad. En otras palabras, en las situaciones jurídicas que sujetan o someten su consumación o consolidación al transcurso de un determinado lapso o período de tiempo, mientras éste no haya concluido pueden ser ampliadas por leyes posteriores a aquellas bajo cuya vigencia se iniciaron, precisamente por hallarse pendientes y aún en plena ejecución de su cumplimiento. Consiguientemente en este caso no hay retroactividad.

Con base en las consideraciones expuestas, se tiene que la retroactividad implica que la nueva ley suprime o modifica las situaciones o consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior, al causar la alteración o afectación tanto de derechos adquiridos como de hechos o situaciones jurídicas consumadas o consolidadas, es decir, realizadas o cumplidas plenamente antes de la fecha de vigencia de la nueva ley. De ello deriva lógicamente que en el caso de situaciones jurídicas no consumadas, que siguen pendientes o en fase de ejecución o cumplimiento, al entrar en vigencia la nueva ley, la aplicación de ésta a dichas situaciones, no constituye caso de retroactividad. En ese sentido, respecto de situaciones jurídicas en ejecución la aplicación inmediata de una ley - aún cuando regule situaciones nacidas al amparo de la anterior- no implica indefectiblemente retroactividad.

En el caso planteado se ha dado una reforma, que consiste en ampliar el número de años del período de funciones el cual se encontraba en fase de cumplimiento o desarrollo respecto de algunos de los funcionarios del CNJ, por lo que su aplicación a futuro, incluso para regular la continuidad de situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior, no comporta respecto de los últimos, una aplicación retroactiva de la ley, ya que en su caso se trata de una situación jurídica no consumada, la cual simplemente, se adecua a las condiciones y exigencias de la nueva legislación.

En ese sentido, el período de funciones -nacido bajo una ley previa- no comporta estrictamente una situación jurídica consumada o consolidada, sino es una situación jurídica en estado de desarrollo, que aún no ha sido cumplida, porque se encuentra en una fase de realización, en curso o pendiente de cumplirse y por tanto, puede ser modificada mediante la ampliación del plazo de dicho período, dado que este cambio no reviste una especial incidencia sobre la seguridad jurídica, en los términos del principio de irretroactividad, ni afecta derechos adquiridos.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 10-2007, de las 10:15 horas del día 18/4/2008)

ESTADO DE DERECHO: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Con la expresión Estado de Derecho se pone en conexión ambos términos fundamentales de la teoría jurídica, tratando con ello de expresar la relación de subordinación en que se encuentra el primero de ambos términos respecto del segundo. En esta subordinación del Estado al Derecho, juega un papel muy importante el principio de legalidad, que genera prescriptivamente esa vinculación de los diferentes poderes del Estado al ordenamiento jurídico. Sólo en su referencia a dicho ordenamiento encuentran, pues, tales poderes la condición de su capacidad de actuar.

En nuestro sistema constitucional, y especialmente, de acuerdo al principio contenido en los arts. 15 y 86 Cn., prima el criterio de la vinculación positiva, como condición previa y de existencia del accionar por parte de los órganos del Estado, es decir, se aplica el principio de Derecho Público, en donde sólo se puede hacer lo que está permitido. De esta manera, el principio de legalidad reconocido de manera genérica con mayor extensión para el Derecho penal y el Derecho Administrativo, comprende un conjunto de garantías que tutelan la libertad y la seguridad.

Desde la perspectiva del Derecho Procesal el principio de legalidad supone que los jueces no tienen más facultades que las otorgadas por la Constitución y la ley. Con ello, dicho principio se constituye en una herramienta de certeza para el individuo, en el sentido que se exige –como derivación de la seguridad jurídica– que la norma que se utiliza para juzgarlo no sólo esté vigente y sea predeterminada, sino que además se aplique bajo los parámetros constitucionales, en el sentido de buscar su interpretación conforme a la Ley Suprema.

La legalidad ha de entenderse en toda su extensión. Así, en el Derecho Penal sustantivo sólo son delitos o faltas los hechos taxativamente tipificados como tales en una ley anterior. En el derecho procesal, por su parte, la legalidad significa que sólo se puede declarar la existencia de una infracción penal en función de unos hechos definidos como tales en un proceso legalmente establecido.

En efecto, el principio de legalidad rige también a la estructuración de los procesos, cuya tramitación debe ser previamente determinada legalmente, pero sobre todo respetando los derechos y principios constitucionales, así como los derechos, obligaciones y cargas procesales de las partes del mismo, en cualquier instancia y en cualquier grado de conocimiento; pues el conjunto de garantías penales quedaría incompleto si no es acompañado por un conjunto correlativo de garantías procesales.

En ese sentido, es la ley y no el Ministerio público fiscal, ni si quiera el juez o tribunal, la que debe dar unas determinadas pautas procesales de comportamiento a los jueces, aunque el propio legislador, pueda habilitar al juez, dentro de ciertos márgenes, de moverse en uno u otro sentido. El principio de legalidad procesal –por tanto–, se manifiesta como la exigencia de ser juzgado de conformidad con las disposiciones previamente establecidas. Por ello, toda persona a la que se le impute un delito, ha de tener derecho a ser juzgado de conformidad con el proceso penal constitucionalmente configurado, debido a la relevante circunstancia de que el proceso penal está destinado a la actuación del ius puniendi del Estado, y que puede incidirse directamente en la libertad del individuo.

Estas exigencias derivadas del principio de legalidad comportan a su vez el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la necesaria predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones –en su versión sustantiva–, y de las autoridades, procedimientos y competencias –en su versión procesal–.

Esta predeterminación procesal constituye también una esencial garantía objetiva de seguridad jurídica, pues vitaliza la protección de la libertad contra la arbitrariedad aplicativa. En efecto, sólo el carácter previo y taxativo de la norma proporciona certeza a los individuos para orientar sus actos, por un lado, y proporciona la certeza de la actuación pública, por otro.

En ese sentido, el principio de legalidad garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación; y por otro, la seguridad del imputado que el juicio está previamente estructurado bajo pautas objetivas y no decisionistas.

Para ello, es muy importante que en la determinación de los procesos no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, lo que reclama al legislador que las leyes sean precisas y claras. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., las fórmulas abiertas y que dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales.

LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS: ARTÍCULO SETENTA Y UNO

El art. 71 inc. 1º de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, establece que los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere la misma ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Lo peculiar de esta disposición es que tratándose de sujetos cuya calidad es aun procesal – imputado–, se les excluye de beneficios en la fase de ejecución de la pena –excarcelación y la suspensión condicional–.

El inc. 2º del mismo art. 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, prescribe que los declarados culpables por delitos cometidos concurriendo cualquiera de las agravantes del art. 54, no tendrán derecho al beneficio de la sustitución de la detención provisional. En ese sentido, a la situación material de condenado, se deniega la sustitución de medidas cautelares –procesales–.

Ahora bien, no es tarea de la Sala de lo Constitucional plasmar la más correcta interpretación de las peculiaridades aludidas, sobre todo cuando la formulación lingüística no permite intercambiar las cualidades del sujeto considerado –imputado y condenado– entre ambos incisos. Sin embargo, dada la confusa técnica legislativa, y el examen de constitucionalidad solicitado sobre el art. 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, es preciso buscar una comprensión lógica a la confusión aludida.

Por ello, y para el caso del inciso primero, el mandato normativo se genera desde la calidad de imputado, pero se concreta con la condena. Así, quienes resultaren condenados por los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades

Relativas a las Drogas, no podrán optar a los beneficios de excarcelación y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por su parte, el mandato que se deriva del inciso segundo, se encamina a no conceder la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar, si alguien previamente declarado culpable por los delitos contemplados en la misma ley, vuelve a ser procesado.

Establecido el contenido de la disposición, resulta que los significados que la misma contiene pueden llegar a ser determinados a través de la estructuración de las cualidades del sujeto –imputado o condenado– y de los beneficios que se niegan –procesales o penitenciarios–. En ese sentido, resulta superada la ambigüedad por descontextualización de los enunciados contenidos en la norma, pues se pueden interpretar perfectamente sin violación a la legalidad procesal.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

Si bien la ley no debe ser elaborada para regular casos específicos, concretos y determinados, ni debe ser solamente aplicable a ciertas y determinadas personas con exclusión de otras, hay ciertas diferencias en la diversidad social que deben ser tomadas en cuenta a la hora de designar distintos supuestos de hecho entre hechos precisamente distintos.

Ello es así, porque ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo igual, sino precisamente lo diverso. Por tanto, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica ajena al derecho, de manera que éste sólo tenga que percibir o encriptar normativamente; sino que toda constatación jurídica implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara.

En efecto, corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración del ordenamiento jurídico, llevar a un nivel normativo aquellas circunstancias de la realidad que, bajo parámetros objetivos, merezcan una consecuencia jurídica diferenciada.

Sin embargo, esta facultad del legislador de "crear" distinciones se trata de una forma más exigente del principio de igualdad, no exenta de riesgos, pues la igualdad diferenciada puede devenir en un principio ambiguo de voluntad política, dado que la selección de las propiedades a tomar en cuenta para determinar los alcances de la diferenciación podría ser subjetivo y coyuntural.

La igualdad deviene así en un principio informador de toda regulación jurídica y de toda actuación de los poderes públicos, al tiempo que permite el control constitucional de toda acción, en particular, de las acciones legislativas y de las diferencias normativas creadas o establecidas en las leyes. Asimismo, dicho principio exige que las distinciones sean justificables en relación con la finalidad y los efectos de la medida legislativa. Examinar la

objetividad o razonabilidad de la medida legislativa que establece un tratamiento diferenciado significa evaluar, previamente, si el fin perseguido por la norma es a su vez legítimo y si los supuestos de hecho diferenciados están adecuados a dicho fin.

Así, desde estos planteamientos –la legitimidad del fin y la adecuación de la medida–, una diferenciación razonable es aquella que incluye a todas las personas situadas respecto del propósito de la ley, el cual puede ser la eliminación de un "daño" público o la consecución de algún "bien" público.

El problema crucial en la contradicción al principio de igualdad en el caso del artículo 71 de la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas, se traslada en el contraste entre la legislación general, que se aplica sin cualificación de las situaciones o personas consideradas dentro de ese régimen, y la legislación especial que se aplica a una serie determinada de situaciones o personas diferenciadas, pues el punto es cómo resolver la tensión aparente entre el principio de igualdad y la potestad legislativa de clasificar.

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY EN EL SISTEMA DE FUENTES

En ese sentido, tal como se afirmara en la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 4-88, dentro de la regulación constitucional de la ley en el sistema de fuentes, se hace usualmente una clasificación entre dos tipos de leyes, atendiendo a la preferencia de una sobre otra para efectos de su aplicación. Esa tipología, de acuerdo al criterio material, se bifurca en ley especial y ley general.

En ese orden de ideas, se entiende que la ley general regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas, mientras que la ley especial regula un sector más reducido, sustrayéndola del ámbito general, en atención a valoraciones específicas que, según el órgano legisferante, justifican el tratamiento diferente de la materia sustraída.

Situación que evidencia la estrecha vinculación de las consideraciones expuestas con el principio de igualdad, pues efectivamente, el establecimiento de un régimen especial, que pretende la sustracción de cierto grupo de sujetos del ámbito general, debe estar plenamente justificado, siendo que constituye un tratamiento diferenciado.

BENEFICIOS PROCESALES Y PENITENCIARIOS

En el tema de los beneficios procesales y penitenciarios, es preciso afirmar que los mismos son, en definitiva, derechos y facultades otorgadas por la ley penal en función de las previsiones constitucionales y políticas criminales determinadas por el Estado y, como tales, responden al criterio del Derecho Penal mínimo.

A pesar que la designación de "beneficios procesales" denota, peyorativamente, una prerrogativa o ventaja otorgada por el Estado por ser su decisión o capricho, lo que se quiere significar con dichos términos es toda disposición legal que produzca una

modificación favorable a la situación actual bajo la cual se encuentre una persona sometida a proceso penal.

Por otra parte, el legislador puede condicionar el acceso a ciertos beneficios, o incluso limitarlos en supuestos que habiliten una modificación de los sujetos destinatarios de los mismos. Pues, efectivamente la igualdad también implica la posibilidad de diferenciar bajo parámetros de razonabilidad. Sin embargo, la exclusión de estos beneficios, como tratamiento especial o diferenciado respecto del ámbito previamente establecido en un cuerpo normativo más general, debe estar justificada en principio por un fin constitucionalmente legítimo y además ser conforme con el mismo.

LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL RESPETUOSA DE LA CONSTITUCIÓN

Esta Sala ha afirmado en la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, que dentro de los lineamientos de una política criminal respetuosa de la Constitución se encuentran: la prevención y persecución del delito, así como la rehabilitación del delincuente. En este sentido, al realizarse en dicha sentencia el análisis interpretativo del art. 27 inc. 3º Cn., se estableció que dicha disposición determina que la función de la pena privativa de libertad en el marco del régimen constitucional es la readaptación del delincuente, a través de medidas que incluyan la educación y la formación de hábitos de trabajo, y en segundo lugar, la prevención de los delitos.

A consecuencia de ello se sostuvo que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente; entendida de acuerdo con un amplio sector doctrinal, no como una sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad; sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

FUNCIÓN PREVENTIVO-GENERAL DE LA PENA

Por otra parte, en la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad 52-2003, se estableció la importancia de la norma penal con relación a la función preventivo-general, pues la definición delictiva y su conminación penal buscan incidir en la colectividad a fin de prohibir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos y que el Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho perderá su justificación si la intervención se demuestra excesiva o inútil para alcanzar el fin de prevenir delitos y la resocialización del individuo.

De ambos pronunciamientos resulta que –más que inclinarse de forma exclusiva por una finalidad resocializadora de la pena de prisión– la jurisprudencia de este Tribunal sólo ha destacado algunas de las funciones que la pena ejerce en el ámbito de la configuración legislativa y en el ámbito de la ejecución penitenciaria, pero sin que ello signifique que la Constitución determine en forma "cerrada" un fin único y restringido para aquélla, pues el

Art. 27 Cn. no pretende de ninguna forma orientar todas las cuestiones relativas a la configuración del Derecho Penal, sino que deja un amplio margen de concreción al legislador y de control a los tribunales.

Dicho margen de libre conformación legislativa no se limita a la definición de las consecuencias punitivas de un comportamiento delictivo, sino también a las condiciones bajo las cuales dichas penas serán ejecutadas o a cómo éstas deberán ser cumplidas. Precisamente en lo relativo a la forma de cumplimiento de las penas –en este caso, de la de prisión– es que surge la posibilidad que el Legislador establezca beneficios penitenciarios o que los reclusos, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, recobren su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. Parece claro que tal tipo de previsiones legales sería compatible con la finalidad resocializadora admitida por el Constituyente.

Sin embargo, como antes se dijo, la Constitución no impone la resocialización del delincuente como el único fin perseguible mediante las penas y sí hace referencia específica a la prevención de los delitos como otro de los fines que fundamentan la configuración legislativa de las sanciones penales. También debe considerarse que las exigencias constitucionales impuestas como orientadoras de los fines y las funciones de la pena de prisión se relacionan efectivamente con el régimen concreto de ejecución de tal pena, de modo que la previsión legislativa que ésta deba cumplirse en forma total o completa no es necesariamente opuesta al propósito de readaptación social del delincuente. Lo importante es que el tiempo en prisión tienda a lograr que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley, sino también que sea capaz de hacerlo.

Incluso sin una referencia constitucional expresa al fin preventivo de la pena, sería difícil aceptar que la orientación resocializadora fijada para la pena, imponga al legislador, en todo caso, una obligación de regular beneficios penitenciarios. Por ello en el presente caso lo relevante es determinar si, reconocidos los beneficios penitenciarios en el ordenamiento respecto de las penas para ciertos delitos, su denegatoria en otros casos obedece a un fin constitucionalmente admisible, que haga razonable la diferencia de trato.

Este Tribunal considera inaceptable el planteamiento de justificar la denegatoria de beneficios penitenciarios a condenados por delitos relativos a las drogas como medida ejemplarizante para que dichos delitos no se sigan cometiendo, pues dicho razonamiento es ajeno a los principios regulados en el Art. 27 Cn., que deben informar la configuración legislativa de las sanciones penales.

Pero la particular gravedad de los delitos a los que se vincula la denegatoria de beneficios penitenciarios y la valoración legislativa de su dañosidad para un bien jurídico fundamental como es la salud de las personas, así como otras consecuencias sociales perjudiciales sí puede considerarse razonable fundamento para el tratamiento

diferenciado que el artículo 71 de la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas contiene, pues tanto la fijación abstracta de la pena como la de su forma de cumplimiento –parcial o total–, ambos a partir de la gravedad del delito cometido, derivan de la libertad de configuración que la Constitución reconoce a la Asamblea Legislativa.

LA LEY REGULADORA DE ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS: ARTÍCULO CINCUENTA Y CUATRO

En cuanto a la prohibición de medidas sustitutivas a la detención provisional en los casos de personas declarados culpables por delitos cometidos concurriendo alguna de las agravantes del Art. 54 Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas, si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del *periculum in mora* –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la "alarma social"–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal. Esto resulta atendible si se observa que la disposición no hace referencia a cualquier persona condenada previamente por un delito relativo a las drogas, sino a quienes hayan cometido tal hecho bajo alguna de las circunstancias previstas como agravantes en el Art. 54 Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas, entre las que se comprenden condiciones objetivas para fundamentar el riesgo de alteración de la investigación o el de sustracción de la justicia (por ejemplo, las circunstancias previstas en las letras c, d, e, f y g del Art. 54 citado).

Desde la perspectiva de un análisis abstracto, propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible una ponderación realizada por el Legislativo respecto de los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en relación con la dañosidad de los mismos, para determinar si se encuentra cubiertos por la justificación mencionada y encontrar o no en ellos la ponderación realizada por el Legislativo.

CLASIFICACIÓN DE DELITOS

En ese sentido, para delimitar objetivamente la anterior consideración se acude a la distinción legislativa contenida en el art. 18 Pn., en tanto que los delitos se clasifican en graves y menos graves, según su penalidad; pues la ponderación legislativa se justifica en la dañosidad de las conductas punibles, debe interpretarse que la misma opera solamente respecto de los delitos contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas que sean considerados graves, en integración con el art. 18 del Código Penal.

El derecho de igualdad no es un derecho absoluto y corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Así, la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 28-2002, dijo que la igualdad "puede presentarse como exigencia de diferenciación, de manera que deba darse un trato

desigual a circunstancias o situaciones, que no obstante ser similares, mantienen un criterio diferenciador relevante; o como exigencia de equiparación, sobre situaciones o circunstancias que, no obstante mantienen ciertas diferencias, existe entre ellas un criterio relevante que habilita a tratarlas de manera similar".

DERECHO A LA IGUALDAD: PROHIBICIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN ARBITRARIA

Mientras que en la mencionada Sentencia de 14-XII-1995, se concluyó que "lo que está constitucionalmente prohibido –en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley– es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, la diferenciación arbitraria (...); en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación". La igualdad sólo exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en iguales situaciones. (SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 40-2006AC, de las 09:00 horas del día 4/4/2008)

INAPLICABILIDADES EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

El conocimiento de las decisiones sobre las inaplicabilidades emitida por los diferentes órganos jurisdiccionales, no se convierten bajo ningún concepto en un recurso o procedimiento de revisión de la inaplicación declarada, y tampoco es un juzgamiento del juicio penal promovido en dicho tribunal.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 32-2006AC, de las 08:30 horas del día 25/3/2008)

Relaciones:

INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 59-2006 de las 08:30 Horas de fecha 06/05/2008

INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 59-2006 de las 08:30 Horas de fecha 06/05/2008

INGRESO PÚBLICO: CARACTERÍSTICAS

En el Derecho Financiero se entiende por ingreso público toda cantidad de dinero percibida por el Estado o cualquier otro ente estatal, que tiene como objeto principal la financiación de los gastos públicos.

Básicamente sus características doctrinarias más significativas son:

A. Consiste siempre en una cantidad de dinero, distinto de aquellas prestaciones en especie o prestaciones personales que no implican un ingreso líquido a favor de entes públicos y que pretendan la satisfacción de una necesidad general o estatal.

B. Es percibido por un ente público, pues, en efecto, la cualidad de "público" se la confiere el titular del ingreso y no las normas o régimen jurídico que origina su ingreso en las arcas del Estado.

C. Su finalidad primordial es la financiación del gasto público, por ello, únicamente podrá hablarse de ingreso público cuando el ente que recaba el ingreso respectivo puede disponer plenamente del mismo, es decir, cuando ostenta un título jurídico suficiente para afectarlo al cumplimiento de sus fines.

TRIBUTOS

Dentro de los diversos tipos de ingresos públicos, interesa destacar para los efectos de la presente sentencia, el criterio que distingue los ingresos dependiendo del origen de los mismos, específicamente nos referiremos a los ingresos tributarios o, simplemente, tributos.

Éstos son, pues, una especie del género "ingresos públicos", siendo todas aquellas prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por el Estado, como consecuencia de la realización del presupuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, y para la consecución de los recursos necesarios para el sostenimiento del gasto público.

De las anteriores nociones puede afirmarse que las características esenciales de los tributos -y que guardan relación con el presente caso- son:

A. Su coercitividad, ya que son exigidos por el Estado en el ejercicio de su poder de imperio, con prescindencia de la voluntad del sujeto obligado, pues en efecto el vínculo entre el Estado y el contribuyente no deviene de una relación contractual.

B. Son creados mediante leyes. Esta exigencia se expresa en el principio de reserva de ley (art. 131 ord. 6° Cn.), en virtud del cual no se pueden crear tributos en otra fuente que no sea ley formal (salvo las atribuciones constitucionales a los Municipios en dicha materia) y se concreta también en el principio de legalidad tributaria (art. 231 Cn.), según el cual no pueden imponerse tributos sino está previamente establecido en una norma que habilite al Estado a reclamarlos.

C. Generalmente, son prestaciones monetarias -aunque excepcionalmente pueden consistir en la entrega de bienes de naturaleza no dineraria-, es decir, generalmente la prestación debida -según los parámetros de la norma que contempla el tributo- se expresa en cantidades o porcentajes líquidos que implican una obligación de dar.

D. Su carácter contributivo, pues su finalidad es la obtención de recursos destinados a cubrir los gastos que ocasiona la satisfacción de las necesidades públicas, pues, jurídicamente existen límites formales y materiales para la imposición de los tributos en la esfera de competencia del legislador; cuyo proceso de creación de los tributos encuentra su primera justificación en las necesidades y fines que debe satisfacer el Estado, lo que a su vez, impone el deber general de los individuos de contribuir al sostenimiento de las funciones estatales.

Ese binomio, poder tributario-deber de contribuir, está marcado por una clara finalidad, por un lado, la necesidad del Estado de recaudar impuestos con el objeto de cumplir los fines a los que la misma Constitución le compromete (art. 1 Cn) y por otra, viabilizar esa captación de renta procurando la mayor aquiescencia social de los contribuyentes. En este orden, es de vital importancia que las necesidades de financiamiento de los gastos del Estado no traspasen -entre otras fronteras fiscales-, los límites del deber de contribuir que todo ciudadano tiene -Sentencia pronunciada en el proceso de Amparo 126-2000-.

E. De más está recalcar que, al igual que el género Ingreso Público, los tributos también reúnen las notas distintivas de aquel, tales como su carácter público que viene denotado por la naturaleza del ente a favor de quien se establece el tributo y quien tiene la titularidad de su exigencia.

Sobre este tipo de ingreso público, vale la pena reseñar las diversas dimensiones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de la determinación de los tributos. Entre ellas, la que está constituida por el hecho generador, es decir, el supuesto previsto en la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria.

HECHO GENERADOR

El hecho generador es el acontecimiento o conjunto de acontecimientos de naturaleza económica, descrito en la norma legal que sirve para dar origen a la obligación tributaria. La norma tributaria contiene solamente una prescripción abstracta y general dirigida a todos, pero tiene como destinatarios finales a quienes se les pueda atribuir la realización de los hechos o situaciones previstas en aquella.

En efecto, no basta la existencia de una norma para que la obligación tributaria tenga su origen, quede efectivizada y nazca el recíproco crédito a favor del sujeto activo de dicha obligación; para que se produzca el efecto previsto en la norma -nacimiento de la obligación tributaria- es necesario que haya acaecido el hecho o causa material de esa obligación.

Este hecho, básicamente, se compone de cuatro elementos determinantes para considerarlo actualizado: (i) el subjetivo configurado a partir del sujeto que debe resultar gravado una vez se ha realizado el hecho generador; (ii) el material que se constituye desde un hecho, acto, negocio, estado o situación que se grava y que consiste

generalmente en una manifestación de capacidad económica del sujeto pasivo o contribuyente; (iii) el espacial que se instaura como la delimitación territorial del lugar de producción del hecho generador; (iv) el temporal fijado desde el instante en el que se entiende realizado el hecho generador y nace la obligación tributaria; y (v) el cuantitativo como la medida o quantum con que el hecho generador se realiza.

En este enfoque, todos los elementos de la norma tributaria se condicionan en torno al concepto de hecho generador definido por la ley; por ello, la principal relación tributaria instaurada desde un hecho generador, se configura como una obligación, en la que los sujetos -activo y pasivo- se encuentran vinculados desde que la prescripción abstracta es actualizada en la realidad.

Es así que, en contexto del principio de legalidad, las distintas relaciones se entablan entre el Estado y los particulares, como consecuencia de la aplicación de los tipos de tributos, se distinguen de aquellas de facto y de mera fuerza que prevaleció en el pasado, pues esta categoría de recursos públicos debe necesariamente originarse, desarrollarse y extinguirse conforme a preceptos legales que establecen los vínculos y relaciones jurídico-tributarias. Por ello debemos también precisar que, dentro de la relación tributaria, existen otras obligaciones además del tributo -también llamada obligación principal-, pues, en el contorno de la relación jurídico tributaria, se puede diferenciar un núcleo, constituido por la obligación tributaria principal -entendida siempre en el sentido estricto del vínculo jurídico por el cual el sujeto pasivo debe ingresar en el Tesoro Público una suma en concepto de tributo-, y otros efectos jurídicos previstos también por normas tributarias que constituyen obligaciones accesorias o formales al tributo -que giran en torno a la obligación principal y surgen de una interrelación entre el sujeto activo y sujeto pasivo de la obligación principal con la finalidad de facilitar su cumplimiento-.

Ahora bien, si analizamos desde el punto de vista jurídico la relación tributaria, nos encontramos ante un fenómeno cuyos elementos y estructura no se diferencian sustancialmente de las relaciones ex lege del derecho privado. En efecto, todas las relaciones jurídicas, sean ellas de derecho privado o del derecho público, exigen como requisito fundamental para su nacimiento, que se verifique en la realidad fáctica el hecho o los hechos definidos abstractamente por la ley como presupuestos de la obligación.

Sin embargo, independientemente del tipo de tributo del que estemos hablando, todos tienen los mismos elementos, clasificados en dos grupos: elementos esenciales, cuya finalidad es caracterizar y conceptuar cada una de las categorías tributarias; y elementos cuantificables de la deuda tributaria, cuya finalidad es determinar el importe exacto que el sujeto pasivo ha de pagar a la Hacienda Pública.

Así, en toda relación jurídico-tributaria existen dos sujetos principales: el activo -acreedor- y otro pasivo -deudor- llamado generalmente contribuyente; sin embargo, y a diferencia de la obligación privada, en la tributaria no es necesaria la concurrencia de la voluntad de

ambos sujetos para crear el vínculo jurídico al cual quedará ligado el sujeto pasivo; basta con la voluntad del Estado manifestada en la ley.

Para el estudio del sujeto activo, se tiene que analizar la naturaleza de la soberanía fiscal en virtud de la cual es titular de la pretensión tributaria; ese estudio, se afirma, pertenece más al Derecho Constitucional que al mismo Derecho Tributario; sin embargo, como a través de la ley tributaria positiva la pretensión del tributo puede ser atribuida a un sujeto diferente del que posee la potestad normativa, el sujeto activo del cual hay que ocuparse en el derecho tributario material es aquel al cual corresponde efectivamente el crédito del tributo, no el sujeto que dicta la ley tributaria, ni el sujeto o los sujetos a los cuales deberá ser atribuido el producto de la recaudación de los tributos.

No siempre el titular del poder tributario -crear tributos- coincide con el titular del crédito tributario, pues en algunos casos la creación normativa de los tributos también contiene la facultad a un ente distinto, que tendrá el derecho a percibirlos. De manera que el sujeto activo de la obligación tributaria se identifica de modo invariable, con la entidad titular del crédito que surge de aquella, o sea, el ente con derecho a percibir y reclamar el tributo.

La obligación tributaria principal consiste entonces en un vínculo jurídico entre el Estado, que es acreedor tributario, o una entidad pública, que en virtud de una ley posee este derecho, y el sujeto pasivo que puede ser el contribuyente (generador de esos supuesto legales) o los responsables (aquellos que sin tener la condición de contribuyentes, deben cumplir la obligación atribuida a este).

Sin embargo, para tener una mayor precisión hay que distinguir entre el ente público que establece el tributo, el ente titular del mismo, el ente destinatario de sus rendimientos y, finalmente, el ente que desarrolla su gestión y recaudación, siendo sólo este último el que cabe conceptuar como sujeto activo del tributo.

En efecto, el poder financiero es una realidad compleja y heterogénea que se manifiesta, no sólo a través del poder tributario, entendido como especificación del poder normativo cuando se refiere a la esfera tributaria, sino también, mediante potestades administrativas de aplicación de la norma jurídica, cuya tarea se encomienda a la Administración Financiera que la hace convertirse en titular de derechos y obligaciones frente a los ciudadanos.

Es así que, en la configuración legal de los tributos, el Estado actúa como titular de un poder normativo -fundamentado en principios democráticos- y no como titular de un crédito que aun no existe; mientras que una vez nacida la obligación tributaria el Estado deja paso al Fisco que se configura como el sujeto activo de la obligación y queda sometido al mismo ordenamiento tributario que el Estado ha predeterminado para hacerla efectiva.

El Estado o la entidad pública a la cual se le ha delegado potestad tributaria por ley expresa y quien en virtud del *ius imperium* recauda tributos en forma directa y a través de

organismos públicos a los que la ley otorga tal derecho, se constituyen como el sujeto activo en la relación tributaria.

Estas entidades tienen facultad para percibir determinados tributos y exigirlos coactivamente en caso de su incumplimiento. Es de tomar en cuenta también que, además del Estado, pueden haber otros sujetos activos de la obligación fiscal, cuya potestad tributaria está subordinada al propio al Estado, ya que es necesaria la delegación mediante ley, del ejercicio de la potestad y ésta solo puede ejercerse en la medida y dentro de los límites específicamente fijados en la ley por el Estado.

En esa línea, el art. 231 Cn. dispone que no puedan imponerse contribuciones sino para el servicio público. Todo tributo tiene su finalidad, que podrá ser simplemente la de obtener ingresos, a los cuales corresponde la calificación de fiscales o el de provocar determinados efectos en el campo económico o social, ajenos a las necesidades fiscales; por ejemplo, proteger la industria nacional -derechos aduaneros-, estimular el ahorro y las inversiones -incentivos-, provocar desviaciones de los factores productivos a sectores que se consideran más convenientes -sobre imposición a los latifundios y exoneración a las industrias nacionales o nuevas-, redistribuir la riqueza -impuestos progresivos a la renta y al capital- o prohibir o limitar de hecho consumos que se consideran inconvenientes -impuestos a las bebidas o al tabaco-.

Así, dentro de los elementos de los ingresos tributarios, también suele figurar en la doctrina el destino público, siendo esta nota lo que da carácter tributario a la obligación del contribuyente, en tanto que constriñe su voluntad para aquellas funciones y servicios públicos que le benefician de manera abstracta o concreta -según el tipo de tributo- y en el presente o en un futuro.

La razón de este hecho radica en que los organismos independientes cuenten con recursos económicos que les permita solventar sus necesidades financieras. Estas características de los entes tributarios menores no es ilimitada ya que dependen de la ley su accionar será siempre un reflejo de la voluntad del Estado.

Algunas veces se ha sostenido que las imposiciones estatales para particulares -en términos muy simplistas-, es decir aquellas obligaciones legales que se imponen a favor de un sujeto activo distinto del Estado o entidad pública, se tratan de verdaderas obligaciones tributarias, porque existe un sujeto activo, uno pasivo y una prestación. Sin embargo, no se trata de este tipo de obligaciones, pues con la sola concurrencia de estos tres elementos tampoco se está en presencia de obligaciones tributarias, faltaría la nota esencial que diferencia las obligaciones tributarias de las de derecho privado: el destino hacia un ente público o estatal. Solamente se justifica que el Estado exija compulsivamente de los ciudadanos una prestación pecuniaria, cuando con ella se atienden las funciones y los servicios públicos.

De esta manera, el sistema tributario se establece con el objetivo principal de que los recursos sólo podrán invertirse en los gastos públicos. Así el Estado no puede invertir el producto de los recursos más que en atención de las funciones y servicios públicos.

DERECHO DE ACTUACIÓN

El actor arguye que las disposiciones siguientes, los arts. 62-A inc. 5°, 62-C y 62-D Ley de Migración, del Decreto Legislativo 382, y los arts. 4 y 5 del Reglamento para la Aplicación del Decreto Legislativo n° 234-de 3-XII-1968, publicado en el Diario Oficial n° 236, tomo 221, de 16-XII-1968, que introduce reformas a la Ley de Migración, regulan el pago por parte de los artistas extranjeros del diez por ciento de sus utilidades a favor del sindicato de artistas respectivo, supuestamente contradicen lo dispuesto en el art. 231 inc. 1° Cn., en cuya virtud "[n]o pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público".

Ahora bien, previo a analizar si los preceptos cuestionados efectivamente contradicen lo estipulado en la norma constitucional precitada, es indispensable analizar cuál es la naturaleza jurídica del pago contemplado en aquéllos.

El art. 62-A inc. 5° Ley de Migración caracteriza la figura en cuestión como un "derecho de actuación". Aquí, el término "derecho" no es utilizado en su sentido técnico-jurídico, como pretensión, libertad, inmunidad o potestad, sino impropiaamente -uso que es común en el Derecho positivo y en la práctica- como pago o contraprestación económica que un sujeto debe efectuar para obtener un beneficio -v. gr., los "derechos registrales" que posibilitan inscribir un inmueble en el Registro de la Propiedad Raíz-.

Ahora bien, esta acepción de "derecho", por carecer de precisión jurídica -si es que tiene algún significado jurídico-, no está circunscrita a la esfera pública -no es sinónima de tasa o precio público-, sino que también se utiliza en la esfera privada.

Precisamente por la oscuridad del término en comento y, como contrapartida, sus nada irrelevantes consecuencias -una afectación significativa al patrimonio privado-, fue necesario que la Asamblea Legislativa efectuara una interpretación auténtica del art. 62-A de la Ley de Migración, específicamente de su inc. 5°, que establece el referido "derecho de actuación".

Así, el órgano legislativo aclaró que la figura contemplada en la disposición precitada era una "participación obligatoria de utilidades" a cargo de los artistas extranjeros y a favor del sindicato respectivo. En otras palabras, el impropiaamente denominado "derecho de actuación" consiste en la obligación que tienen los artistas foráneos de entregar una parte de sus "utilidades" -esto es, del margen de ganancias que obtengan por su presentación en el país- al sindicato salvadoreño del ramo respectivo (musical, teatral, circense, etc.). Concretamente, el artista extranjero deberá entregar a dicha asociación de artistas el 10% de la remuneración que perciba.

Por consiguiente, existe una obligación a cargo del artista no nacional -el pago en cuestión- y correlativamente una pretensión o derecho -ahora sí, en sentido propio- del cual es titular el sindicato de artistas respectivo -el derecho de exigir, incluso por la vía jurisdiccional, que aquél pago se haga efectivo-. Tenemos, pues, una típica relación jurídica de Derecho Privado, con la única particularidad de que la obligación y su derecho correlativo tienen como fuente inmediata a la misma ley -el art. 62-A inc. 5° Ley de Migración-, no a la voluntad de las partes. Se trata de un caso singular de intervención del Estado en las relaciones privadas para el logro de ciertos fines, como la promoción del artista nacional en este caso.

Tal como se ha establecido, los ingresos públicos se caracterizan -entre otros elementos- por la circunstancia de que son percibidos por un ente público; el adjetivo "público" es consecuencia de las características del titular del ingreso. Y su objetivo esencial es la financiación del gasto público. Sólo se estará ante un ingreso público cuando el ente que lo percibe puede disponer del mismo plenamente.

Por su parte, los tributos, como especie de ingreso público, tienen su nota de especialidad en el hecho de que son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por el Estado a los particulares -cosa que no sucede, por ejemplo, con los ingresos patrimoniales o monopolísticos-.

El "derecho de actuación", contemplado en el art. 62-A inc. 5° Ley de Migración, o "participación obligatoria de utilidades", como alternativamente lo denomina la interpretación auténtica contenida en el Decreto Legislativo 382, no encaja dentro del concepto jurídico-financiero de ingreso público, puesto que la cantidad que el artista foráneo debe pagar por su actuación no tiene como beneficiario al Estado o a un ente público, sino que a un ente que no forma parte de la estructura del Estado, el sindicato -con independencia de que éste se rija por algunas normas de Derecho Público (ése es otro problema) o de su naturaleza social-.

En todo caso, el Estado es un mero receptor o, cuando más, un retenedor de la cantidad, pero no puede disponer de ella en momento alguno; la ley ni siquiera exige que el pago analizado tenga que pasar por la intermediación de un ente público previo a que el sindicato lo perciba. (sólo el art. 6 RA dispone que el Ministerio de Hacienda entregará las cantidades al sindicato respectivo).

Y si la figura impugnada no es un ingreso público, por lógica, tampoco puede ser una de sus especies -v. gr., tributo o precio público-. En todo caso, únicamente para reafirmar esta conclusión, se dejará claro porqué la figura controvertida -con independencia de que no sea un ingreso público y ello haga innecesario continuar el análisis- no se adecua a los conceptos de tributo y de precio público.

No es un tributo porque éste presupone una obligación ex lege, cuyo objeto consiste en una prestación patrimonial a favor del ente público. Tenemos así, por un lado, al Estado, titular de un derecho de crédito, y por otro lado, al contribuyente, titular de la obligación correlativa a aquél derecho. No podría nunca hablarse de tributo, en consecuencia, si el titular del derecho de crédito no fuera un elemento de la estructura del Estado. La interpretación auténtica despeja toda duda cuando dice: "En consecuencia, el Sindicato gozará de las acciones necesarias para reclamar, ante las autoridades competentes los derechos que dicha disposición le confiere". Esto implica que el sindicato es el único legitimado procesalmente para exigir el pago del "derecho de actuación" que contempla el art. 62-A inc. 5° Ley de Migración. El sindicato puede, entonces, perfectamente, si le parece bien, abstenerse de reclamar el pago o, lo que es lo mismo, renunciar a su derecho; situación inimaginable en la esfera tributaria, donde el Estado no puede disponer de su derecho de crédito -art. 232 Cn.-.

Algo similar cabe decir de los precios públicos, los cuales, si bien son solicitados libremente por los particulares, al igual que los tributos y los ingresos públicos en general, deben necesariamente ser percibidos por el Estado o un ente público.

Se concluye que el art. 62-A inc. 5° Ley de Migración no contempla un ingreso público -ni, por ende, un tributo o precio público-, sino que una prestación que, si bien es obligatoria, se inscribe en una relación jurídica de Derecho Privado. En consecuencia, el parámetro de control propuesto, el art. 231 inc. 1° Cn., no le es aplicable, pues éste se refiere a las "contribuciones" como sinónimo de tributos –impuesto, tasa o contribución especial–. Por esta razón, no existe la inconstitucionalidad alegada y así deberá declararse en esta sentencia.

Con base en lo anterior, deben desestimarse también los restantes puntos de la pretensión, pues, por una parte, las disposiciones sometidas a control –los arts. 62-C y 62-D LM, el DL 382 y los arts. 4 y 5 RA– contemplan el mismo "derecho de actuación", siendo su razón de ser nada más que la regulación de algunas variantes y aspectos operativos, y por otra parte, la disposición propuesta como parámetro de control respecto de todas las disposiciones impugnadas es la misma –el art. 231 inc. 1° Cn.–.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 69-2006, de las 09:30 horas del día 3/7/2008)

INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

La interpretación auténtica es una atribución de la Asamblea Legislativa, que le corresponde de acuerdo con lo que prescribe el art. 131 ord. 5° de la Constitución; tiene el mismo carácter obligatorio que le corresponde a la disposición interpretada, pues se entiende incorporada al texto de la misma.

Esta interpretación únicamente se hace en los casos que existan defectos en la ley original, como oscuridad o de aquellas expresadas en términos dudosos o de las que se prestan a varia interpretación (Sentencia de Inc. 3-86, considerando V).

En ese sentido, una disposición que contiene una interpretación auténtica, en la medida en que sólo esclarece el sentido de otra y no confiere nuevos derechos ni establece nuevas obligaciones, no puede considerarse aisladamente, sino que se integra con la disposición interpretada para esclarecerla, pues, si pudiera extraerse una norma no contenida en la disposición interpretada ya no se podría hablar de "interpretación auténtica", sino que se estaría ante una reforma encubierta o emisión de una nueva norma.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 69-2006, de las 09:30 horas del día 3/7/2008)

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO: EXCEPCIONES

Uno de los derechos fundamentales que con frecuencia resulta controvertido dentro del desarrollo de la investigación penal es la intimidad personal. Una variante de la misma, y cuya protección goza de reconocimiento constitucional, es sin lugar a dudas la inviolabilidad de la morada.

En efecto, el art. 20 inc. 1º de la Ley Suprema expresa: "La morada es inviolable y sólo podrá ingresarse a ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas".

Históricamente, la garantía de inviolabilidad de la morada -o comúnmente conocida también como del domicilio, distinción terminológica que tiene poca incidencia con relación al derecho fundamental relacionado- adquiere especial significación y trascendencia en los distintos instrumentos constituyentes franceses y norteamericanos de finales del siglo XVIII; y surge como un rechazo generalizado a las prácticas de expedición de mandamientos en blanco para la realización indiscriminada de registros en casas de ciudadanos, los cuales acontecieron en las diferentes épocas relacionadas con los movimientos independentistas nacionales relativos al derrocamiento del ancient regime absolutista francés.

Un ejemplo histórico de lo anterior, es la primigenia Declaración del Derechos del Buen Pueblo del Estado norteamericano de Virginia, fechada el 12-VI-1776, la cual establecía: "Que los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o la detención de una persona o personas sin identificarlas por sus nombres, o cuyo delito no se especifique

claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresores y no deben ser concedidos".

En el siglo XX, la mayor parte de instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos, de forma indiscutible, reconocen la garantía de la protección domiciliar en sus diversas formulaciones. Así, la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 10-X-1948 dispuso en su art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". En similares términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 17: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su art. 11.2: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

Desde una perspectiva doctrinaria, y citando a González-Trevijano, la inviolabilidad del domicilio es un derecho histórico de marcada esencia individualista, en cuanto supone el reconocimiento de una esfera de libertad del individuo ilimitada en principio, y con una posibilidad de injerencia estatal limitada, mensurable y controlable con relación al mismo; pero la cual no resulta protegible in se y per se, sino por constituirse en el soporte físico que preserva el carácter privado e íntimo de las diversas facetas y comportamientos de la existencia humana (La inviolabilidad del domicilio).

Si bien existen ligeras discrepancias con relación al objeto de tutela directa de la presente garantía (intimidad, vida privada de las personas, etc.), existe unanimidad en afirmar su carácter relativo en contraposición a otros derechos de raigambre constitucional. En términos más contundentes, la libertad domiciliaria -de igual forma que los demás derechos fundamentales- no goza de un carácter absoluto e incontrovertible, sino que puede ser atenuada su protección con base a razones de igual peso constitucional.

En este sentido, es la misma Constitución la que se encarga de establecer en una forma taxativa, las excepciones donde la intangibilidad domiciliar puede ser restringida: por el consentimiento de la persona que la habita; por mandato judicial; por flagrante delito; y por grave riesgo a las personas. Conviene revisar sucintamente cada una de ellas.

El consentimiento es una figura jurídica, por la cual, el titular de un derecho o de un bien, aprueba su lesión o restricción. Con relación al tema que nos ocupa, cuando el titular de la libertad domiciliaria otorga su anuencia a una persona para que pueda entrar a su exclusivo espacio físico, ello implicará eximir al ingresante -o a los ingresantes- de cualquier tipo de responsabilidad jurídica -especialmente de carácter penal-. Y esto acontece de acuerdo a la regulación establecida en el inciso primero del art. 188 del Código Penal: "El particular que, sin habitar en ella, se introdujere en morada ajena o en

sus dependencias, sin el consentimiento de quien la habitare (...), será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa".

Como se observa con relación al consentimiento, este en su aspecto positivo, demuestra que más allá de una restricción a la inviolabilidad del domicilio, supone el ejercicio voluntario de un derecho, cual es, el de hacer partícipe el titular a otros de su intimidad, siempre y cuando se quiera y sólo a frente a quienes se decida. En su aspecto negativo, revela una denominada "facultad de exclusión", la cual permite rechazar todas aquellas injerencias abusivas o no consentidas al ámbito de la intimidad personal. En éste último aspecto se centra la regulación constitucional del art. 20.

Si bien la Constitución no hace referencia a que el consentimiento necesariamente tenga que ser expreso -dando cabida inicialmente a la posibilidad de admisión del consentimiento de carácter tácito-, éste siempre requerirá como condición de validez, la manifestación absolutamente libre y no viciada por intimidación o presión psicológica alguna respecto al sujeto titular de la garantía. Asimismo, por la gravedad del derecho fundamental puesto en juego, tampoco es posible hablar de la existencia de un consentimiento presunto.

Por otra parte, conviene referirse a la negativa de aprobación para el ingreso domiciliario, y que en determinados casos regulados legalmente -con autorización judicial y en contados casos sin ella- permite su superación. Esto es el allanamiento, el cual puede darse con o sin orden judicial.

De acuerdo a Jorge Clariá Olmedo, tal figura procesal supone el "franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado", y más detalladamente un acto policial ordenado judicialmente -y excepcionalmente sin ella- que recae sobre un obstáculo material el cual cierra el ambiente, y al que se requiere transponer compulsivamente sin consentimiento del morador (Derecho Procesal Penal, Tomo II).

Es así que, definido de forma lisa y llana, el allanamiento significa entrar por la fuerza a una casa ajena o contra la voluntad de su dueño. Y a esto hace referencia el art. 174 del C. Pr. Pn., al referirse al mismo y a su prevención: "Cuando el registro deba practicarse en una morada o local habitado o en sus dependencias cerradas, se hará la prevención de allanamiento si no da el permiso correspondiente".

La segunda excepción a la garantía de la inviolabilidad de la morada, se constituye en el estado de necesidad. Así, por estrictas razones como el auxilio a los moradores de una vivienda -ya que su vida o integridad física corre peligro-; por acaecer una calamidad pública o catástrofe nacional; y aún porque así lo exigen prescripciones de carácter sanitario (v. gr. epidemias), el art. 20 de la Ley Suprema habilita en estos casos el acceso al recinto habitado.

Tal norma obtiene una regulación en el derecho secundario, por medio de la figura del allanamiento sin orden judicial, y particularmente en los casos contemplados en ords. 2° y

3° del art. 177 del C. Pr. Pn.: "Cuando en su interior se oigan voces que anuncien estarse cometiendo un delito o cuando se pida auxilio o por grave riesgo de la vida de las personas (...). En los casos de incendio, inundación u otro estrago con amenaza de la vida o la propiedad".

En realidad, tal figura no constituye nada más, que una ponderación entre uno de los derechos individuales -intangibilidad domiciliar o de la morada- y otros bienes de igual rango constitucional -la vida o la integridad moral de los ciudadanos-, haciendo prevalecer estos últimos sobre el primero.

El tercer supuesto al cual hace referencia la Constitución, es la flagrancia delictiva como una circunstancia habilitante para el ingreso en una morada.

De acuerdo a su origen etimológico, "flagrancia" deriva del latín "flagrans-flagrantis", el cual es participio del presente flagrare que significa "arder" o "quemar", y por ello se refiere a todo aquello que está "ardiendo" y "resplandeciendo".

En los estudios actuales de materia procesal penal, la flagrancia sigue manteniendo tal sentido, pues se hace referencia al cometimiento actual de un delito o al lapso inmediatamente después de su realización -en el cual tiene lugar su persecución ininterrumpida del hechor en la generalidad de casos-; y aún para algunos, quedaría igualmente comprendido, dentro de este mismo concepto, la hipótesis cuando en circunstancias temporales próximas, el presunto infractor de la ley es encontrado con instrumentos u objetos relacionados con el delito perpetrado.

A cada uno de estos supuestos, hace referencia el art. 288 del C. Pr. Pn., cuando establece: "La Policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente (...). Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo o cuando se le persiga por las autoridades o particulares".

Si bien, no es materia sometida a conocimiento de la Sala de lo Constitucional, el deslindar una rigurosa interpretación procesal del tal término -e igualmente ni el 20 ni el inc. 1º del 13 Cn. aportan elementos para definirlo- conviene precisar que su intelección hermenéutica tiene que ser necesariamente restrictiva en casos relativos a la inviolabilidad de la morada, requiriendo siempre en cuenta sus dos elementos fundamentales: la evidencia o percepción inmediata de la realización delictiva y la urgencia de la intervención policial que ello amerita.

De forma ilustrativa con lo anterior, conviene citar lo afirmado en la STC 341/1993 (F. J. N° 8), la cual entiende la noción de "flagrante delito", como aquella situación fáctica en la que queda excusada la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención.

En suma, la flagrancia -en el sentido restrictivo antes apuntado- facultará a los agentes del cuerpo policial a la inmediata detención de cualquier autor o partícipe de un hecho delictivo en los casos que se encuentre cometiendo un delito dentro de un recinto domiciliar, requiriéndose entonces su urgente intervención; como también, cuando se oculte o refugie en alguna vivienda durante el transcurso de su persecución.

Con relación a la entrada por mandato judicial, cabe afirmar de forma contundente, que la restricción de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución, corresponde exclusivamente a los jueces. Por tanto, en los casos que se requiera la práctica de un registro domiciliario como acto de investigación penal (art. 173 del C. Pr. Pn.), y fuera obviamente de las excepcionales circunstancias legitimantes contempladas en el art. 20 Cn -consentimiento del morador, flagrante delito y estado de necesidad-, el único funcionario autorizado es el Juez, quien al efecto, expedirá una orden de registro, y con "prevención de allanamiento" si el caso así lo requiere (art. 174 del C. Pr. Pn.)

La legitimidad constitucional de tal providencia judicial, se sujeta a la estricta observancia de serie de presupuestos que han sido establecidos en diferentes pronunciamientos de esta Sala (por ejemplo la Sentencia de 23-X-2001, emitida en el proceso de HC 93-2001), como también a los enumerados por la doctrina procesal penal nacional, a saber: (a) la individualización del lugar, el cual constituye el objeto del registro; (b) la individualización de la persona a quien se dirige; (c) la indicación del propósito de tal práctica procesal -v. gr., la recolección de evidencias físicas-; (d) el tiempo de vigencia de la orden; y por último pero no por ello menos importante, (e) la necesaria motivación del dictado de la medida, es decir, las razones fácticas y jurídicas por las que resulta procedente, legal y necesaria la limitación al derecho constitucional a la intimidad. Al respecto, ha de recordarse, que se trata de una medida de investigación de carácter excepcional, y presupone una meditada ponderación de los intereses en juego, así como del respeto del principio constitucional de proporcionalidad, tanto en su dictado como en su ejecución.

Conforme a este último aspecto, cobra validez lo expresado por Juan José López Ortega, al afirmar que el registro domiciliario deberá ejecutarse en la forma que resulte menos gravosa para la intimidad de los ocupantes de la vivienda, evitando las inspecciones inútiles, respetando los secretos que no interesan a la instrucción y adoptando las precauciones que sean necesarias para no comprometer la reputación de las personas investigadas (La protección de la intimidad en la investigación penal).

ROLES CONSTITUCIONALES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Con relación a los roles constitucionales de la Fiscalía General de la República como de la Policía Nacional Civil en el proceso penal, esta Sala en constantes y recientes fallos ha delimitado nítidamente sus funciones, particularmente en el ámbito de los actos de investigación del delito.

En efecto, desde la sentencia emitida en el proceso de Inc. 15-96, se ha afirmado de forma rotunda que el Ministerio Público fiscal -a tenor de los preceptos establecidos en los ords. 3° y 4° del art. 193 Cn.- tiene dentro de sus atribuciones fundamentales: la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, el ejercicio de la acción penal y de la dirección de la investigación del delito. Asignaciones que debe cumplir acorde con los principios de objetividad, legalidad e imparcialidad.

Para el logro efectivo de tales fines, cuenta con la colaboración de la Policía Nacional Civil, quien a tenor del art. 159 in fine participa igualmente "en el proceso de investigación del delito (...) con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos".

Es así que, desde la óptica constitucional, ambos organismos forman un binomio institucional, cuyo funcionamiento tiene como meta llevar a cabo un eficaz proceso de investigación penal así como de la comprobación fehaciente de la verdad histórica, salvaguardando tanto las garantías tanto del imputado como de la víctima, y de la sociedad en general.

DIRECCIÓN FUNCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

De igual forma se ha sostenido por la jurisprudencia constitucional, que la relación entre los mismos se rige conforme a la figura operativa de la dirección funcional, la cual puede ser caracterizable como una división de funciones en la pesquisas criminales, donde al Ministerio Público fiscal le corresponde de forma prevalente la dirección de la investigación del delito y a la policía una función de colaboración técnica-operativa; de modo que, resulten fusionadas tanto la preparación jurídico-fiscal con la formación criminal y logística de los integrantes del cuerpo policial. Todo ello en aras de un objetivo común: la eficacia del proceso penal.

Con relación a su fundamento, en la decisión emitida en la Sentencia de hábeas corpus 73-2003, se ha sostenido que la dirección funcional tiene su razón de ser, en la obligación que la FGR posee de promover la acción penal; lo cual implica que el agente fiscal no sea un simple coordinador de la investigación del delito o un sujeto legitimante de las actuaciones policiales, sino el ente encargado de realizar todo un plan o estrategia efectiva a seguir en la investigación criminal. Y ello, porque del resultado de esta última, dependerá la sostenibilidad del caso penal ante los Tribunales, y es la base a la cual deberá sujetar sus intervenciones procesales como el requerimiento, la acusación u otras. Criterio que ha sido sostenido en las sentencias emitidas en hábeas corpus por esta Sala (HC 76-2003) y (83-2004), entre otras decisiones.

Por ello, es correcto afirmar desde esta óptica, que la dirección funcional persigue dos objetivos claros: (a) evitar que durante el proceso de búsqueda de los oportunos elementos prueba, se presente algún vicio procesal que invalide de forma absoluta o relativa las evidencias encontradas; y (b) garantizar que dicha actividad, proporcione todos los datos necesarios para probar en la vista pública, el cometimiento de un ilícito penal como la culpabilidad de quien o quienes lo efectuaron.

Esto históricamente ha sido así, como lo demuestra la redacción del Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo n° 33 de 21-IV-1994, el cual definió a la dirección funcional como "el ejercicio de las facultades que le corresponden al Fiscal General de la República orientadas a dirigir, promover, supervisar e intervenir en todas las actuaciones de investigación de los diferentes delitos y coordinar y decidir sobre la remisión de lo actuado a las autoridades judiciales". Definición que alcanzó practicidad en un variado número de disposiciones contenidas en el estatuto procesal penal vigente (arts. 83, 84, 238, 239, 240 y 244 del C. Pr. Pn.).

Ahora bien, por medio de la sentencia emitida de Inc. 21-2006, este Tribunal precisó aun más los diversos aspectos que rodean interrelación entre la FGR y la PNC, por medio de esta dirección funcional:

Por regla general, la actividad o las funciones indagatorias de la policía se sujetan al control y supervisión del fiscal. Y esto se prescribe claramente en los arts. 240 -"Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía, cumplirán sus funciones, en la investigación de los hechos punibles bajo el control de los fiscales y ejecutarán las órdenes de éstos y de los jueces"- y 244 inc. 1º del C. Pr. Pn. -"Los oficiales o agentes de la policía informarán a la Fiscalía General de la República dentro del plazo máximo de ocho horas, de todos los delitos que lleguen a su conocimiento y practicarán una investigación inicial para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultación de los sospechosos. En todo caso actuarán bajo la dirección de los fiscales"-.

Excepcionalmente, existen ciertas actuaciones o actos de policía que por circunstancias especiales, son reconocidos por el ordenamiento jurídico-procesal penal, como parte de un margen de acción propia e indispensable para cumplir con el interés constitucional de que el delito sea investigado. A estos hace referencia el art. 239 del estatuto procesal penal en vigencia, cuando afirma: "La policía, por iniciativa propia, por denuncia o por orden del fiscal, procederá a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y aprehender a los autores, partícipes, recogerá las pruebas y demás antecedentes necesarios para fundar la acusación o el sobreseimiento (...). Si el delito es de acción privada, no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden; cuando se trate de un delito de instancia particular sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación".

Con relación a estos últimos, este Tribunal enfáticamente ha expresado, que de ninguna forma constituyen un quebrantamiento de la función directiva fiscal, pues las mismas suelen identificarse con necesidades urgentes de intervención, cuya finalidad es impedir la producción de consecuencias ulteriores de la realización delictiva o que pueda salir perjudicada la investigación penal. Por otra parte, aún en tales actuaciones persiste la sujeción de la policía al eventual control del fiscal, y de la judicatura.

La afectación a la intangibilidad domiciliar -más allá del consentimiento del titular o de las excepcionales situaciones de flagrancia o estado de necesidad- es una materia exclusivamente reservada a los jueces. Y dentro de su función, además de resolver sobre diferentes tópicos relativos a la persecución penal, tienen también un exclusivo ámbito de decisión relativo a autorizar cualquier injerencia relativa a la intimidad domiciliar o cualquier otro derecho fundamental de raigambre constitucional. Y no es para menos que por tales motivos, el jurista argentino Julio Maier los caracterice como "custodios de las garantías de todos los ciudadanos".

Ahora bien, el impulso procesal para que la Judicatura penal pueda avalar la práctica de una entrada a una vivienda o cualquier otro recinto personal y su posterior registro, es una facultad reservada de forma prevalente al Ministerio Público fiscal, quien es el encargado de dirigir y coordinar todo el iter de investigación delictiva, y esto es una lógica consecuencia interpretativa que surge a tenor tanto de las disposiciones constitucionales y secundarias relacionadas en el Considerando III de la presente sentencia.

Aunado a lo anterior, tal conclusión deriva además de un sinnúmero de razones de simple lógica, pues es el agente fiscal: (a) quien conoce qué elementos pueden ser útiles para la comprobación del delito y en relación a la posible determinación de la responsabilidad penal; (b) puede ponderar técnicamente la necesidad de la medida -por ejemplo ante el conocimiento de una denuncia, y aún frente a un aviso anónimo-, descartando o tomando opción por otras menos gravosas con relación a los derechos fundamentales (observancia de los principios de legalidad procesal y proporcionalidad); (c) conoce las posibles implicaciones que el manejo inadecuado de los hallazgos puedan tener en su posterior recepción y valoración judicial -nulidad, poca credibilidad, etc.-, o de la forma en que se ha efectuado la detención del imputado; y (d) como concededor del derecho, puede fundamentar adecuadamente todos los extremos necesarios para el aval de su solicitud ante el Juez penal competente.

En razón de lo anterior, cuando el agente fiscal presenta de forma personal la solicitud ante la judicatura o delega a los miembros del cuerpo policial la referida presentación; y aún en los casos en que debido a la premura otorga expresamente el visto bueno para la práctica de tal diligencia -observando obligadamente el cumplimiento de todos los presupuestos que requiere la adopción de la medida- estaremos en presencia de actividades totalmente válidas desde la perspectiva constitucional y legal, pues suponen diversas modalidades de control y supervisión propias de la dirección funcional.

Volviendo al punto sometido a discusión -esto es al relativo de si la Policía Nacional Civil puede solicitar sin la dirección funcional de la FGR la autorización judicial para efectuar un registro domiciliar-, esta Sala ha sostenido el criterio de que tal posibilidad es válida a tenor del inc. 3º del art. 159 Cn., de acuerdo a su función de colaborador en el procedimiento de investigación del delito. Pero la misma, es de carácter excepcional, aconteciendo únicamente por razones de urgencia y necesidad.

En este sentido, en la sentencia de hábeas corpus 92-2001, se manifestó que la PNC puede actuar de manera autónoma cuando se requiera impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de instrumentos y efectos del delito. De manera que, la facultad de realizar esa "primera intervención" únicamente puede obedecer a la finalidad de tomar medidas de aseguramiento de personas y/o cosas, así cuando tales actuaciones no admiten demora.

Esto se encuentra en similar consonancia, con lo afirmado en la más reciente decisión de este Tribunal - en la cual se le reconoce un excepcional, condicionado y controlable marco de acción autónoma al ente policial con relación a todas aquellas actividades en las que pueda brindar una prestación a la eficaz persecución del delito, y donde cualquier dilación podría poner en serio riesgo la efectiva aplicación de la justicia penal.

Empero, ha de recordarse que este denominado "marco excepcional de actuación" es siempre una actividad de naturaleza jurídica, en la que se prohíben toda clase de excesos y la arbitrariedad. Y por otra parte, se trata de un ámbito controlable tanto por la actividad directiva del fiscal que ejerce dentro de los actos de investigación como del control jurisdiccional.

Y es por tales motivos que su admisibilidad constitucional resulta amparada en aquellos casos donde existe una comprobada imposibilidad de obtener orientaciones o directivas dimanantes de la dirección funcional del fiscal, sea en razón de la urgencia -como acontece cuando existe una pérdida inminente de objetos relevantes para los fines del proceso penal-, u otras como pueden ser las derivadas de la distancia.

Aunado a lo anterior, todas estas pesquisas relacionadas a la presentación de la solicitud ante el juez competente, la entrada a una morada, el posterior registro y los efectos incautados o personas detenidas, deben ponerse en inmediata comunicación del fiscal asignado al caso o en su defecto al que encuentre de turno. Pues, como ha precisado muy bien la sentencia emitida por este Tribunal el 21-VI-04 (proceso de HC 171-2003) "una vez superada la urgencia y la necesidad de la actuación, la Policía en atención al mandato constitucional que requiere de la dirección funcional de la Fiscalía, debe hacer del conocimiento de ésta todas las diligencias practicadas, con el fin de que sea la autoridad fiscal quien dirija, controle y valore a partir de ahí gradualmente la investigación". Al efecto, el art. 244 del C. Pr. Pn., establece un plazo máximo de ocho horas para darle un cumplimiento a lo anterior.

POLICÍA NACIONAL CIVIL: CONSTITUCIONALIDAD DE LA SOLICITUD DE ORDEN DE REGISTRO DOMICILIAR

Por último, conviene resaltar que además del control fiscal que pueda operar a posteriori, pesa inicialmente un control judicial relacionado con la autorización de la medida. En este sentido, la solicitud que en estos excepcionales casos presente el cuerpo policial, debe igualmente contener los elementos esenciales que permitan un conocimiento adecuado de la situación, a fin de analizar la conveniencia o no del dictado autorizante de la medida, y que han sido enumerados en el Considerando III de la presente sentencia, dentro de los cuales destaca con toda plenitud, el de la motivación de la solicitud. Ya que como declara el inc. 2º del art. 3 del C. Pr. Pn., "desde que se inicia la investigación de un hecho delictivo, tanto las autoridades administrativas, como los jueces, deberán establecer en sus respectivas actuaciones las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado; y cuando tomen decisiones deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y de descargo".

Estos elementos, han de ser estrictamente observados por parte del cuerpo policial, quien como se ha advertido se encontrará inexorablemente supervisado por medio de la dirección funcional que ejerza el Ministerio Público fiscal.

Por último, cabe advertir en este punto, que dentro del marco de las actividades iniciales de investigación existe una responsabilidad institucional compartida entre la PNC y la FGR.

Por tal razón, la malograda práctica de un acto de adquisición de evidencias, la repercusión arbitraria y desproporcional en los derechos fundamentales de quienes han de tolerar la medida o, la negligente supervisión del ente fiscal, incidirán determinadamente en las resultas del juicio penal. Y no sólo ello, ambos organismos tendrán que soportar los costes de una investigación ineficiente, con el consiguiente gasto inútil de los recursos económicos y humanos del sistema de justicia penal y de la nación. Por tanto, dentro del rol que ambas instituciones desempeñan en forma conjunta, se requiere el máximo de diligencia y la necesaria proactividad que el combate del delito exige.

Por todo lo anterior, y bajo los cánones anteriormente apuntados, la norma que faculta a la Policía Nacional Civil para que pueda solicitar de forma autónoma la orden de registro domiciliar no es inconstitucional.

En el inciso primero del art. 173 Código Procesal Penal, contenido en el Decreto Legislativo nº 904, de 4-XII-1996, publicado en el Diario Oficial nº 11, tomo 334, correspondiente al 20-I-1997, reformado por Decreto Legislativo nº 281 de 8-II-2001, publicado en el Diario Oficial nº 32, tomo 350, correspondiente al 13-II-2001, no existe la inconstitucionalidad señalada por el tribunal requirente, es decir la supuesta contradicción con lo regulado en los arts. 193 ords. 3 y 4, y 159 inc. 3º Cn., que otorgan a la FGR la dirección de la

investigación del delito y el monopolio de su persecución, así como el rol de colaborador que se le atribuye a la PNC en tales actividades.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 59-2006, de las 08:30 horas del día 6/5/2008)

PENA: FINALIDAD

El art. 27 Cn. no resuelve de forma definitiva la cuestión sobre cuál debe ser el fin preponderante de la pena dentro del ordenamiento jurídico-penal salvadoreño, pues la prescripción constitucional contenida en tal artículo obliga a que el Estado organice los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y prevención de los delitos; pero no establece a priori que la prevención especial, es decir la resocialización sea la única finalidad legítima y absoluta de la pena, pues es constitucionalmente admisible sostener que de igual manera lo es la prevención general.

Sin embargo, tal estipulación debe ser entendida como un principio de amplia tradición en la cultura penal y criminológica progresista, por el cual las penas privativas de libertad deben ofrecer posibilidades a la persona de afrontar y superar las causas de su delincuencia. En otras palabras, debe perseguirse dentro de la ejecución penitenciaria tanto la reeducación como la reinserción del penado.

Así, por medio de la reeducación se han de buscar compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades de que tenga acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad; y en cuanto a su reinserción social, ésta ha de favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad, bien por medio de los contactos sociales, como también haciendo que el desarrollo de la vida dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad.

LIBERTAD CONDICIONAL

Con relación a la libertad condicional, y su imposibilidad de concesión en los supuestos contemplados en el art. 92-A del Código Penal, si bien se entiende el presente instituto como uno de los medios para cumplir con uno de los fines atribuidos a la pena, la elección de ese medio no se impone obligadamente al legislador desde la propia Constitución.

Al contrario, éste tiene un margen de configuración normativa que no limita únicamente a la definición de las consecuencias punitivas de un comportamiento delictivo, sino también a las condiciones bajo las cuales dichas penas serán ejecutadas o a cómo éstas deberán

ser cumplidas, siempre que se respeten los derechos fundamentales de las personas. Desde esta óptica entonces, el legislferante puede válidamente considerar que: (a) la resocialización del delincuente no es el único fin constitucional de la pena, pues la Ley Fundamental establece que la sanción penal también debe utilizarse para lograr la prevención de los delitos; (b) que la previsión normativa referente al cumplimiento íntegro o total de la pena de prisión, no se encuentra necesariamente opuesta al propósito de readaptación social del delincuente. Lo importante es que el tiempo de encierro tienda a lograr que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley, sino también que sea capaz de hacerlo. Por ello, las condiciones de vida en la cárcel deben acercarse lo más posible a la de las personas en libertad, con el fin de evitar los efectos nocivos de la prisionalización. (c) y finalmente, aunque la libertad condicional sea compatible con el propósito resocializador de la pena, no se trata del único medio por el cual el Legislador puede tratar de dar cumplimiento al mandato constitucional. Al efecto, la Ley Penitenciaria regula diversas medidas que también están orientadas a compensar las carencias del recluso frente al hombre libre, como son los permisos de salida o los programas de asistencia de carácter educativo, económico, social, moral o religioso por medio de los patronatos o asociaciones civiles.

(SOBRESEIMIENTO de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 54-2007, de las 10:15 horas del día 19/11/2008)

FINALIDAD DE SU IMPOSICIÓN

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, y constituye uno de los fundamentos básicos del sistema de justicia penal. Es definible, en términos generales, como un mal que se impone a una persona como consecuencia de la realización de un delito, previa comprobación positiva del mismo en un proceso penal por parte del juez penal competente. Con ella, el Estado se auto-constata ante la sociedad, demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos y señala que el sistema por él regido sigue vigente.

En suma, es un mal impuesto por el Estado en el ejercicio de su potestad soberana de sancionar a quien efectúa alguna conducta calificada como delito, que ha sido previamente determinada por ley, en razón de que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos.

Un asunto distinto al anterior, se encuentra constituido es la disyuntiva de si con dicha imposición han de perseguirse determinadas finalidades o no, y ello nos lleva a la centenaria polémica sobre la justificación de la pena. En realidad, esta discusión se efectúa por medio de las doctrinas de justificación, que intentan persuadir argumentativamente por la conveniencia de al menos una de las tres posiciones clásicas: la retribución, la prevención general o la prevención especial.

La copiosa bibliografía penal, contempla estas tres opciones, dentro del marco de las teorías absolutas y teorías relativas de la pena. Existiendo por último, las opciones mixtas o de unión.

De acuerdo con las teorías absolutas, la pena se impone ante todo como un merecido castigo por la inobservancia del derecho y por haberse decidido el delincuente a realizar un hecho repudiable socialmente, no teniendo ninguna utilidad más que la confirmación de la justicia. En efecto, desde esta óptica, la pena es una reacción al pasado y no un instrumento para fines posteriores, pero es ante todo, una reacción proporcionada al hecho. Así, de acuerdo a la intensidad de una afección a un bien jurídico protegido por el derecho, se responde mediante la afección en medida similar (proporcionalidad).

De forma contraria a la anterior, las teorías relativas no se ocupan de encontrar un fundamento absoluto de la sanción penal, sino de su utilidad o necesidad. De acuerdo con ello, la pena tiene la función de prevenir delitos, a través de la incidencia misma de la colectividad (prevención general) o en el propio delincuente (prevención especial).

Los postulantes de la prevención general, sostienen que tanto la conminación de delitos por parte del legislador como su imposición por parte de los jueces, tienen una función de intimidación colectiva ("coacción psicológica"), que inhibe a los potenciales delincuentes de realizar delitos.

De forma distinta, los postulantes de la prevención especial apuestan a evitar el delito –y por ende, la reincidencia– por medio del tratamiento directo del delincuente.

Dentro de la corriente preventivo-especial merece destacar una concepción positiva, la cual ha de evitar la recaída del autor del delito mediante la resocialización del mismo. Pero también, se destaca una concepción negativa, que busca la eliminación o inocuidad del delincuente que no pueda ser resocializado, sea por medio de su eliminación física o su apartamiento del medio social durante un determinado periodo de tiempo.

Todas estas concepciones, han sido objeto de sobradas y certeras críticas: respecto a las tesis absolutas se ha dicho que se basan en la indemostrable cualidad humana del libre albedrío y, de que justifican la pena sobre consideraciones metafísicas indemostrables; a la prevención general, se le achaca que la finalidad intimidante propia de la pena, puede derivar en un terror penal si es perseguida como un único fin; y en cuanto a la prevención especial, que ella es una idea fracasada en la actualidad.

Sin embargo, y pese a sus deficiencias, es posible encontrar en las mismas algunos postulados importantes para la formulación de un diseño de política criminal y penitenciaria acorde con los valores esenciales de un orden constitucional, y que se encuentre en consonancia con el grado de racionalidad actual alcanzado por la ciencia penal y penitenciaria, así:

TEORÍA ABSOLUTA O RETRIBUTIVA

De la teoría absoluta o retributiva, ha de revalorizarse el planteamiento ético social consistente en que el individuo no debe ser utilizado como un medio de las intenciones de otros individuos, ni quedar incluido dentro del derecho de las cosas. Esto ya había advertido por el gran filósofo alemán Immanuel Kant al afirmar que "las cosas tienen precio; el hombre dignidad. Esto supone que el hombre no puede ser tratado, ni como animal, ni como cosa".

Igualmente de esta teoría, no puede dejarse de lado el importante papel que juega la proporcionalidad en el ámbito de la medición de la pena, la cual versa de forma estricta con relación al hecho y a la culpabilidad del autor, y excluye consideraciones meta-jurídicas o fines socio-políticos en su fundamentación.

PENSAMIENTO PREVENTIVO GENERAL

La base del pensamiento preventivo general esta compuesta por consideraciones eminentemente sociales y político-jurídicas, lo cual permite justificar la pena no en un sentido metafísico sino en un sentido utilitario; pues de lo que se trata es que la pena tenga alguna utilidad para la sociedad. De ahí que, la racionalidad y la utilidad sean los pilares básicos de esta teoría y sus diferentes versiones.

PREVENCIÓN ESPECIAL

Con relación a la prevención especial, nos señala que las penas –en especial las privativas de libertad– deben atender a las necesidades de reeducación y reinserción del condenado, a fin de que al concluir un proceso de ejecución penitenciaria, pueda llevar de forma posterior una vida en libertad sin recaer nuevamente en el delito.

Por último, es importante resaltar la existencia de posiciones mixtas o eclécticas que pretenden compaginar los aspectos positivos de las teorías antes relacionadas, buscando un equilibrio entre las exigencias de justicia y de prevención.

TEORÍA DIALÉCTICA DE LA UNIÓN

Así, la "teoría dialéctica de la unión" –propugnada por Claus Roxin– diferencia los distintos momentos en los que actúa el Derecho Penal, otorgándole a cada uno un rol específico. Desde esta perspectiva, en el momento de la conminación de pena efectuada por el legislador a una conducta antijurídica aparece en primer plano la prevención general. En el momento de la imposición y medición de la sanción, pesan en mayor grado razones

retributivas o de realización de la justicia. Y finalmente, en la ejecución de la pena es la prevención especial la que reina.

Sin embargo, se advierte en más de algún escrito del distinguido penalista que al hacer la síntesis de tales momentos, existe una finalidad predominante cual es la prevención especial, así "[s]e puede decir que para una concepción moderna, la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos en paz y en libertad" (Roxin, Introducción a los problemas básicos del Derecho Penal, Universidad de Sevilla, 1981, Pág. 47).

PENA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO

Conviene ahora detenerse y examinar, si existe alguna relación entre las teorías justificadoras de la pena con relación a la Constitución salvadoreña, en el sentido si nuestro estatuto fundamental recepta y a la vez determina que la actividad político-criminal debe efectuarse conforme a una de ellas.

En anteriores pronunciamientos, por ejemplo el efectuado en el proceso de inconstitucionalidad 15-96, se ha planteado la rehabilitación del delincuente como uno de los lineamientos básicos de una política criminal respetuosa de la Constitución, al igual que la prevención y persecución de delitos. En tal decisión se sostuvo, que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente, entendida no como una sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como una manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

Por otra parte, en la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad 52-2003, se estableció la importancia de la norma penal con relación a la función preventivo-general, de la siguiente manera: la definición delictiva y su conminación penal buscan incidir en la colectividad a fin de prohibir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos.

En síntesis, ambos pronunciamientos –más que decantarse de forma total por alguno de los planteamientos supra detallados– no han hecho más que destacar algunas de las funciones que la pena ejerce en el ámbito de la configuración legislativa y en el ámbito de la ejecución penitencia, pero sin que ello signifique que la Constitución determine en forma "cerrada" cuál sea el planteamiento correcto, pues ello no es materia del texto fundamental, ni es competencia de la Sala de lo Constitucional deslindar una discusión eminentemente doctrinaria.

Y ello debe ser tenido en cuenta, ya que la mayor parte de juristas penalistas buscan encontrar –con mayor o menos acierto– en las distintas disposiciones constitucionales,

razones diversas para defender sus argumentaciones a favor o en contra de alguna teoría justificadora.

PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA: ARTÍCULO VEINTISIETE DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Siguiendo las ideas expuestas, es procedente en este punto desarrollar de forma hermenéutica el principio constitucional de resocialización contemplado de forma muy particular en el art. 27 Cn.

Primeramente, el art. 27 Cn. ofrece para su análisis cuatro partes bien diferenciadas que se corresponden con los tres incisos de que se compone el artículo: (1) la pena de muerte sólo podrá imponerse en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional; (2) no se admite la pena de prisión por deudas; (3) las sanciones legales no pueden ser perpetuas, infamantes, proscriptivas o basarse en el tormento; y (4) los centros penitenciarios se organizarán con la finalidad de corregir, reeducar y formar hábitos de trabajo en los condenados, procurando su readaptación y con ello la prevención de los delitos.

Si bien el constituyente prefirió utilizar los términos de "corrección" y "readaptación" en la redacción del mencionado artículo, estos no pueden ser entendidos en un sentido gramatical puro; sino que se encuentran sujetos a una interpretación dinámica conforme al desarrollo científico de las ciencias penales, como también del grado de racionalidad y humanidad alcanzado por la sociedad moderna. Por ello es que la actualidad, es más adecuado hablar de resocialización, como un proceso que comprende tanto la reeducación como la reinserción social del infractor de la norma penal.

La reeducación ha de ser entendida como aquel conjunto de actividades dirigidas a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir. Ello obliga, a que en el proceso de ejecución penal existan instrumentos (como la educación, el trabajo, el tratamiento psicológico, la ayuda post-penitenciaria) dirigidos a posibilitar que la persona condenada a una pena de prisión tenga oportunidades de afrontar las causas que la llevaron a delinquir.

De forma distinta, la reinserción debe ser definida como la reincorporación gradual a la comunidad de una persona se encuentra en proceso de reeducación. Es por tal razón, que este sub-principio está vinculado a una exigencia humanitaria relativa a la ejecución penal.

En conclusión, y particularmente respecto de los incisos segundo y tercero del art. 27 Cn., podemos sacar las siguientes consideraciones:

Es un enunciado referido a un ámbito determinado: el del cumplimiento de la pena, y dentro del mismo se ha de posibilitar la reeducación y la reinserción social de las personas condenadas. Por tanto, no pretende de ninguna forma orientar todas las cuestiones relativas a la configuración del Derecho Penal, dejando entonces un amplio margen de concreción al legislador y de control a los tribunales.

Sin embargo, el legislador debe conjugar en su política penal y penitenciaria este precepto constitucional, en la medida de evitar toda sanción penal con tendencia a producir sufrimiento físico o moral o que pueda contribuir a la degradación ético-espiritual de la pena. Y además de ello, el proceso de ejecución penitenciaria debe tener como objetivo: el poner al interno en condiciones de poder llevar en el futuro una vida en libertad con responsabilidad social. Tales premisas, deberán ser tomadas en consideración igualmente para el aplicador del Derecho, sea la judicatura o la administración penitenciaria.

Aunado lo anterior, la resocialización como meta del sistema se encuentra indisolublemente unida a otros principios limitadores del poder punitivo del estado como el de fragmentariedad y subsidiariedad del castigo estatal, así como el de culpabilidad y de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, las penas privativas de libertad han de ser utilizadas frente a aquellos conflictos sociales que no puedan ser solucionados por medios menos gravosos, y en la adecuada proporción a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, no pudiendo de ninguna forma sobrepasar tales baremos.

LÍNEAS MAESTRAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO MODERNO

Es procedente señalar como se ha hecho en el pronunciamiento efectuado en la sentencia de inconstitucionalidad 15-96, que las líneas maestras de una política criminal de un Estado moderno son: (1) la prevención del delito; (2) la persecución del delito y de la impunidad; (3) la rehabilitación del delincuente; (4) la constitucionalidad y legalidad de las actividades tendentes a desarrollar los primeros tres aspectos; (5) el fortalecimiento institucional, organizaciones y coordinación entre las instituciones responsables del diseño y ejecución de la política criminal, y (6) la coordinación, recíproca alimentación y alta comunicación entre Estado y sociedad.

De acuerdo con ello, es evidente que las finalidades de prevención general, pueden ameritar una reevaluación tanto del valor social del bien jurídico y de forma de ataque, y determinar con ello un incremento o disminución del marco penal. El legislador tiene libertad de configuración para hacerlo, dentro de los marcos de racionalidad, utilidad y especialmente de humanidad.

Así, este Tribunal ha sostenido en diversas oportunidades que la ley no es ejecución de la Constitución, como el reglamento es ejecución de la ley. Por ello, el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta. En esta función inciden criterios de naturaleza predominantemente volitiva y especialmente

ético-política, es decir, criterios y valoraciones relativos a aspectos de necesidad, conveniencia, oportunidad, viabilidad, etc., que resultan imprescindibles para que dicho órgano cumpla adecuadamente su misión. Al momento de dotar de contenido material, por ejemplo, a una disposición secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones, bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la moral, la economía, la política o simplemente aspectos coyunturales.

En cuanto a la racionalidad que ha de imprimirse a las formulaciones político-criminales, además de consideraciones de oportunidad, es necesario que tengan como base elementos empíricamente demostrables, a partir de criterios criminológicos fiables que orienten la actividad de los diversos agentes del sistema penal. Sin embargo, como manifestación del principio democrático que fundamenta la libertad de configuración del legislador, éste dispone de un margen de acción respecto al conocimiento de hechos relevantes, es decir un margen de acción empírico, a partir de sus propios conocimientos y estimaciones de la realidad, por ejemplo, sobre la eficacia de las penas prolongadas sobre la prevención del delito.

Aun cuando dicha eficacia pueda considerarse opinable o dudosa, este Tribunal no puede sustituir al Legislador en la determinación concreta o aritmética de la duración de la pena de prisión, porque es precisamente en esos casos en los que exista algún margen de incertidumbre empírica que entra en juego el margen de apreciación y de acción cognitiva confiado al órgano legislativo. Particularmente cuando, como en el presente caso, el parámetro de control constitucional no determina de forma cerrada o exhaustiva los fines y las funciones que debe cumplir la pena y, menos aún, los medios que están al alcance del Poder Legislativo para la consecución de tales fines y funciones.

También debe notarse que las exigencias constitucionales impuestas como orientadoras de los fines y las funciones de la pena de prisión se relacionan efectivamente con el régimen concreto de ejecución de tal pena y no únicamente con la determinación legislativa abstracta y general de los límites cuantitativos para su duración. Incluso antes de iniciar la aplicación de dicho régimen, más en el ámbito del control judicial, existe una pluralidad de instrumentos destinados a corregir la hipotética dureza penológica que unos determinados marcos legales pudieran manifestar en algún caso concreto. Por ejemplo, la propia interpretación judicial, conforme a la Constitución, de los preceptos penales, la consideración de circunstancias excluyentes o atenuantes de la pena o, ya en la ejecución penitenciaria, la concesión de beneficios penitenciarios.

Con relación al argumento de que la pena de prisión se encuentra en "crisis", pero es un recurso indispensable para el Estado, ciertamente la sociedad actual no parece estar en condiciones de prescindir totalmente de la pena de prisión.

Si por un lado, razones de prevención general obligan a mantener la pena de prisión en el sistema actual y por otro, la necesidad de orientar su ejecución hacia la resocialización del

condenado le imprime ciertos límites, es en el equilibrio de ambos extremos en que ha de producirse una respuesta legislativa con basamento criminológico que tienda a conformar las dimensiones de la pena de prisión al máximo y mínimo indispensable, y así, a prescindir de las penas excesivamente largas y como también de las excesivamente cortas, conforme a los principios de proporcionalidad y de resocialización.

Sin embargo, en la elección precisa sobre cuáles deben ser los límites cuantitativos para la duración de la pena de prisión, al tratarse de una materia sujeta a conocimientos respecto a los cuales entra en juego el margen de acción empírica del Legislador, en el que además tiene un papel determinante el régimen efectivo de ejecución de la pena y dada la amplia cobertura de las políticas públicas en materia criminal que otorga el Art. 27 Cn., esta Sala está inhibida de suplantar a la Asamblea en la definición del límite máximo que debe tener la pena de prisión.

PENA PERPETUA

Finalmente, de acuerdo a lo expresado en la sentencia de inconstitucionalidad 16-95, en su romano IX, la pena perpetua puede conceptualizarse como una sanción penal por la que se condena a un delincuente a sufrir la privación de su libertad personal durante el resto de su vida; es decir, se trata de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento definitivo del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. Se trata entonces, de un encarcelamiento definitivo.

De ellas hay que distinguir las penas de prisión de larga duración o de duración máxima, en las cuales hay un periodo de tiempo máximo legalmente determinado, y es posible aplicar ciertos paliativos durante la fase de ejecución penitenciaria (ejemplo la libertad condicional –art. 85 C. Pn.–, etc.), propiciando con ello regularmente, que las condenas no se cumplan en su totalidad, aunque tales beneficios se otorguen después de haber transcurrido un amplio periodo de tiempo.

Con base en lo anterior se comprende que los marcos penales de treinta a cincuenta, de setenta y de setenta y cinco años de prisión –marcos claramente definidos– contenidos en disposiciones que han motivado diferentes inaplicabilidades no se oponen por sí mismos, en su mera formulación general y abstracta, al principio de constitucional resocialización, pues tanto la individualización judicial de la pena como la ejecución efectiva del régimen penitenciario inciden en la observancia de dicho principio, en el cumplimiento concreto de una pena de prisión impuesta a una persona determinada.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 32-2006AC, de las 08:30 horas del día 25/3/2008)

POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE LA PENA

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, y constituye uno de los fundamentos básicos del sistema de justicia penal. Es definible, en términos generales, como un mal que se impone a una persona como consecuencia de la realización de un delito, previa comprobación positiva del mismo en un proceso penal por parte del juez penal competente.

TEORÍAS DE LA FINALIDAD DE LA PENA

Sin embargo aún en la actualidad, no existe un consenso doctrinario sobre lo que se persigue con su imposición, y ello ha dado lugar a la centenaria polémica de los fines de la pena, dentro de la cual podemos encontrar al menos tres opciones: la que comprende a las teorías absolutas, la que se refiere a las teorías relativas y, la relativa a las opciones mixtas o eclécticas.

TEORÍA ABSOLUTA

De acuerdo con las teorías absolutas, la pena se impone ante todo como un merecido castigo por la inobservancia del derecho y por haberse decidido el delincuente a realizar un hecho repudiable socialmente, no teniendo ninguna utilidad más que la confirmación de la justicia. En efecto, tal como sostienen los profesores españoles Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, la pena es una reacción que mira al pasado -al delito- y no constituye un instrumento para fines posteriores. De ahí su denominación como teorías "retributivas", pues la pena retribuye o compensa el mal causado por el delito.

TEORÍAS RELATIVAS

Por el contrario, las teorías relativas fundamentan la pena en su necesidad y utilidad para el sistema social. Estas teorías consideran que la pena tiene la función de prevenir delitos, a través de la incidencia de la misma en la colectividad -prevención general- o en el propio delincuente -prevención especial-.

TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN

Los postulantes de la prevención general sostienen que tanto la conminación de delitos por parte del legislador como su imposición por parte de los jueces, tienen una función de intimidación colectiva -"coacción psicológica"-, que inhibe a los potenciales delincuentes de realizar delitos. De forma distinta, los postulantes de la prevención especial apuestan a evitar el delito -y por ende la reincidencia- por medio del tratamiento directo en el delincuente.

Dentro de la corriente preventivo-especial, merece destacar una concepción positiva -prevención especial positiva-, la cual busca evitar la recaída del autor del delito mediante

la resocialización del mismo. Pero también se destaca una concepción negativa - prevención general negativa- que busca la eliminación o inocuización del delincuente que no pueda ser resocializado, sea por medio de su eliminación física o su apartamiento del medio social durante un determinado periodo de tiempo.

Todas estas concepciones han sido objeto de sobradas y certeras críticas. Respecto a las tesis absolutas se ha dicho que se basan en la indemostrable cualidad humana del libre albedrío y, por tanto, fundamenta la imposición de la pena sobre consideraciones metafísicas indemostrables científicamente aún en la actualidad. A la prevención general se le achaca que la finalidad intimidante propia de la pena puede derivar en un terror penal al considerar esta razón la única que justificaría la intervención penal. Y en cuanto a la prevención especial, que la idea de resocialización sigue siendo un concepto vacío, y que la idea del tratamiento penitenciario se muestra fracasada en la actualidad.

TEORÍAS MIXTAS O ECLÉCTICAS

Para superar tales deficiencias, se encuentran posiciones mixtas o eclécticas que preconizan que en el momento de la conminación legal existe una preponderancia del efecto preventivo general; en la imposición de la pena una carácter retributivo por sobre las otras formas de prevención, y en el momento de ejecución de la pena, una preeminencia de los fines resocializadores o de prevención especial.

PENA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO VEINTISIETE INCISOS SEGUNDO Y TERCERO

Luego de esta síntesis, corresponde analizar si la Constitución y el programa penal que se encuentra dentro de la misma, ha tomado opción por alguna de las teorías justificadoras supra relacionadas, específicamente en relación a los incs. 2° y 3° del art. 27.

La Sala de lo Constitucional ha afirmado en la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, que dentro de los lineamientos de una política criminal respetuosa de la Constitución se encuentran: la prevención y persecución del delito, así como la rehabilitación del delincuente. En este sentido, al realizarse en dicha sentencia el análisis interpretativo del art. 27 inc. 3° Cn., se estableció que dicha disposición determina que la función de la pena privativa de libertad en el marco del régimen constitucional es la readaptación del delincuente, a través de medidas que incluyan la educación y la formación de hábitos de trabajo, y en segundo lugar, la prevención de los delitos.

A consecuencia de ello se sostuvo que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente; entendida de acuerdo con un amplio sector doctrinal, no como una sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad; sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

Sin embargo, éste no ha sido el único sentido que la pena tiene desde un enfoque constitucional-penal, pues en la Sentencia de 1-IV-2004 se afirmó, de acuerdo al principio de protección del catálogo de bienes jurídicos contemplados en el art. 2 Cn., que la norma penal tiene una función de motivación general, en el sentido que por medio de la amenaza de pena se busca prohibir todo ataque a los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. Es perceptible entonces, encontrar un fundamento preventivo-general dentro de la Constitución juntamente con un planteamiento preventivo especial.

Por ello y ante ambos pronunciamientos, es preciso destacar que el art. 27 Cn. no resuelve de forma definitiva la cuestión sobre cuál debe ser el fin preponderante de la pena dentro del ordenamiento jurídico-penal salvadoreño, pues la prescripción constitucional contenida en tal artículo obliga a que el Estado organice los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formales hábitos de trabajo, procurando su readaptación y prevención de los delitos; pero no establece a priori que la prevención especial, es decir la resocialización, sea la única finalidad legítima y absoluta de la pena, pues como se ha visto, es constitucionalmente admisible sostener que de igual manera lo es la prevención general.

RELACIÓN PENA-LIBERTAD CONDICIONAL

Conviene entonces efectuar un análisis hermenéutico de los incs. 2º y 3º del art. 27 Cn., para identificar su relación con la libertad condicional.

El art. 27 de la Ley Suprema ofrece para su análisis cuatro partes bien diferenciadas: (i) la pena de muerte sólo podrá imponerse en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional; (ii) no se admite la prisión por deudas; (iii) las sanciones legales no pueden ser perpetuas, infamantes, proscriptivas o basarse en el tormento; y (iv) los centros penitenciarios se organizarán con la finalidad de corregir, reeducar y formar hábitos de trabajo en los condenados, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.

Particular atención merecen los apartados tercero y cuarto, cuyo propósito es incorporar el principio de humanidad que prohíbe la imposición de sanciones inútiles, perjudiciales y crueles para el condenado, como también el deseo del constituyente de adaptar el cumplimiento de las penas privativas de libertad a la búsqueda de la rehabilitación social del condenado. En efecto, tal como lo sostiene José Antonio del Cid, este tipo de preceptos constitucionales se vinculan con un movimiento cultural dirigido a la reforma del sistema penal a través de prestar atención a las necesidades de la persona condenada y evitar que sea aislada del contexto social. Se trata de una tendencia reformadora que cobra prestigio de forma posterior a la II Guerra Mundial, y que se rebela a las

concepciones autoritarias, en las cuales la prisión es concebida únicamente como un castigo para quien la sufre.

Es así que la Constitución salvadoreña se ha decantado a favor de un principio de amplia tradición en la cultura penal y criminológica progresista, por el cual las penas privativas de libertad deben ofrecer posibilidades a la persona de afrontar y superar las causas de su delincuencia; y que el cumplimiento de la pena no puede consistir en ningún momento en un aislamiento del medio social, sino que deben existir un conjunto de instituciones que atenúen la gravedad de la restricción, posibilitando el contacto del penado con el mundo exterior.

En este punto conviene aclarar que, si bien el constituyente no decidió utilizar el término "resocialización", y prefirió utilizar el de "corrección", éste no puede ser interpretado conforme a las tesis "correccionalistas", para quienes el tratamiento penitenciario debe buscar la cosificación del condenado y, conforme a ello, la imposición acrítica del código moral imperante, aún en contra de su voluntad, acompañando todo ello con un carácter expiatorio del castigo penal. Más bien, dicho término debe ser entendido conforme las nuevas tendencias penológicas, las cuales consideran que la finalidad del tratamiento penitenciario es la reeducación y la reinserción social del penado.

Por medio de la reeducación se busca compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades de que tenga un acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad; y en cuanto a su reinserción social, ésta ha de favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad, bien por medio de los contactos sociales, como también haciendo que el desarrollo de la vida dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad.

Es así que, siguiendo a Borja Mapelli Caffarena, puede afirmarse que reeducación y reinserción se mueven en dos niveles distintos. Mientras que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, la segunda atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo-sociedad (Principios fundamentales del sistema penitenciario español).

A partir de lo anterior, es pertinente considerar el instituto penitenciario denominado en el ámbito jurídico continental como "libertad condicional". Ésta puede definirse como la excarcelación del condenado que se encuentra en la última etapa o grado del cumplimiento de una pena privativa de libertad, por medio de una decisión otorgada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, y que le permite cumplir en libertad el resto de la pena, aunque bajo determinadas condiciones que la misma autoridad judicial establece.

Para más de algún sector doctrinario, la libertad condicional constituye el último período o fase de los regímenes penitenciarios progresivos, los cuales se caracterizan por la notable

importancia que conceden a la buena conducta del recluso en su estancia en prisión y su favorable pronóstico de reinserción social, lo cual se encuentra en ocasiones por encima del cumplimiento íntegro de la pena en un régimen cerrado.

De acuerdo a la regulación legal establecida en nuestro Código Penal (art. 85), este instituto igualmente puede entenderse como un "beneficio" de carácter netamente penitenciario, el cual sólo es aplicable en el último tramo de la condena.

También se coincide en afirmar que dicha forma "alternativa" del cumplimiento de pena tiene su fundamento en consideraciones preventivo-especiales, las cuales permiten dar un trato distinto y privilegiado a aquellos penados que tienen un buen pronóstico de reinserción, lo cual se denota claramente en la regulación normativa que del mismo hace el Código Penal con relación a sus requisitos, en los Arts. 85 y 86 C.Pn. Se advierte entonces, del tenor literal de ambas normas secundarias, la coincidencia de los fines que persigue la libertad condicional con el ideal constitucional de reinserción social contemplada en el inciso tercero del art. 27 Cn., pues supone una abreviación de la duración en el cumplimiento efectivo de la pena cuando se ha conseguido, en forma paulatina, la reforma moral del penado y su preparación para la futura vida en libertad.

En otras palabras, la previsión legislativa de la libertad condicional es compatible con lo regulado en el inc. 3º del art. 27 Cn., que reconoce una política de ejecución penitenciaria que, junto con la prevención de delitos, se oriente a evitar la desocialización de la persona legalmente privada de libertad.

Conviene entonces referirse a si conforme lo prescrito en el art. 92-A del C.Pn., la negación del beneficio penitenciario de libertad condicional, cuando el penado haya cometido el delito en un grupo de cuatro o más personas y cuando se trata de un delito contra el patrimonio, contradice los fines de la pena, según el Art. 27 Cn.

En los considerandos anteriores se dijo que el Art. 27 Cn. impone al Legislador la configuración de una ejecución penitenciaria que disponga de alternativas para evitar el aislamiento social del penado y que más bien se orienten a conservar sus contactos sociales, de modo que las condiciones de cumplimiento de una condena privativa de libertad sean dirigidas a la readaptación y reinserción social. También se determinó que el beneficio penitenciario de la libertad condicional es congruente con dichas exigencias constitucionales.

Sin embargo, parece claro que de la mera compatibilidad entre la libertad condicional y la directriz constitucional de readaptación de los delincuentes no se deriva una obligación legislativa de regulación de dicho beneficio penitenciario para todos los delitos. Es decir que si la libertad condicional puede ser uno de los medios para cumplir con uno de los fines atribuidos a la pena, la elección de ese medio no se impone al Legislador desde la propia Constitución.

El margen de acción que tiene el Legislador deriva, en primer lugar, de que la resocialización del delincuente no es el único fin constitucional de la pena, pues la Ley Fundamental establece que la sanción penal también debe utilizarse para lograr la prevención de los delitos. Tal como la jurisprudencia de este Tribunal lo ha expresado recientemente, la Constitución no determina en forma "cerrada" un fin único y restringido para la pena, pues el Art. 27 Cn. no pretende de ninguna forma orientar todas las cuestiones relativas a la configuración del Derecho Penal, sino que deja un amplio margen de concreción al legislador y de control a los tribunales. Dicho margen de libre conformación legislativa no se limita a la definición de las consecuencias punitivas de un comportamiento delictivo, sino también a las condiciones bajo las cuales dichas penas serán ejecutadas o a cómo éstas deberán ser cumplidas, siempre que se respeten los derechos fundamentales de las personas.

En segundo lugar, las exigencias constitucionales impuestas como orientadoras de los fines y las funciones de la pena de prisión se relacionan efectivamente con el régimen concreto de ejecución de tal pena, de modo que la previsión legislativa que ésta deba cumplirse en forma total o completa no es necesariamente opuesta al propósito de readaptación social del delincuente. Lo importante es que el tiempo en prisión tienda a lograr que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley, sino también que sea capaz de hacerlo. Las condiciones de vida en la cárcel deben acercarse lo más posible a la de las personas en libertad, con el fin de evitar los efectos nocivos de la reclusión; esto también permite cumplir con el ideal constitucional de la readaptación de los penados y evitar su posible reincidencia (prevención de delitos).

Con la educación y el trabajo como parte esencial del tratamiento penitenciario, se garantiza que durante la ejecución de la pena privativa de libertad, pueda participar en programas de tratamiento que busquen compensar las carencias del recluso frente a las personas libres, ofreciéndole posibilidades de acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. Es este tratamiento y el régimen efectivo de los centros el que debe hacer posible la vida futura en libertad del sentenciado, evitando los efectos nocivos de la estancia en prisión.

Finalmente, aunque la libertad condicional sea compatible con el propósito resocializador de la pena, no se trata del único medio por el cual el Legislador puede tratar de dar cumplimiento al mandato constitucional. La Ley Penitenciaria regula diversas medidas que también están orientadas a compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole, en general, posibilidades de que mantenga el contacto con su familia, en algunos casos mediante permisos de salida del centro penitenciario (Art. 9 Nos. 9 y 10 y Art. 92 LP), con la comunidad, que incluso puede desarrollar distintos programas de asistencia de carácter educativo, económico, social, moral, religioso, a través de patronatos o asociaciones civiles (Arts. 9 N° 8 y 15 LP), así como para que el condenado tenga acceso a comunicaciones sobre la realidad social (art. 9 N° 8 LP), al trabajo (Arts. 9 N° 6, 105, 106 LP) y a la educación (Art. 114 LP).

El art. 92-A del Código Penal, en cuanto prescribe la imposibilidad de acceder a la libertad condicional si el delito se ha realizado en grupo de cuatro o más personas y si se trata de delitos contra el patrimonio, no contradice el art. 27 de la Constitución, pues la denegación de beneficios penitenciarios forma parte de la libertad de configuración penal que esta norma constitucional reconoce al legislador.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 25-2006AC, de las 09:00 horas del día 9/4/2008)

Relaciones:

INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 80-2007AC de las 10:20 Horas de fecha 28/05/2008

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO VÍA REMISIÓN DE INAPLICABILIDADES

El proceso de inconstitucionalidad iniciado vía remisión de inaplicabilidades, por el hecho de fundarse en el ejercicio judicial del control difuso (art. 185 Cn.) -de conformidad a lo establecido en el art. 77-F de la L.Pr.Cn.-, se resuelve sobre la base de un requerimiento judicial, de acuerdo a la remisión de resoluciones judiciales en las cuales se ha declarado la inaplicabilidad de alguna(s) disposición(es) infraconstitucional(es).

En consecuencia, los procesos de inconstitucionalidad iniciados vía requerimiento judicial, cuyo fundamento radique en la inaplicabilidad de una disposición infraconstitucional que ya fue objeto de decisión por parte de este Tribunal, con relación a los mismos motivos y parámetros constitucionales, no tienen justificación o fundamento jurídico alguno para su inicio –si no ha sido admitido el requerimiento– o continuación –si ya fue iniciado el proceso de inconstitucionalidad–.

Aquí es relevante tener en cuenta que existiendo un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala de lo Constitucional, respecto del objeto de control impugnado con posterioridad en nuevos procesos, cuando ese pronunciamiento implica el examen constitucional de los mismos motivos de inconstitucionalidad –esto es, planteados en los nuevos procesos aludidos–, carece de sentido dar trámite a aquéllos, pues implicaría un dispendio procesal que conducirá a una sentencia definitiva igual a la existente. Por esta razón, es procesalmente correcto terminar anormalmente los nuevos procesos en referencia.

Igual ocurre en el caso de inaplicabilidades declaradas con anterioridad a la publicación de sentencias que resuelven sobre la constitucionalidad del mismo objeto de control y por idénticos parámetros constitucionales, cuando tales inaplicabilidades no han recibido todavía el trámite que al proceso de inconstitucionalidad corresponde.

La improcedencia en referencia también es aplicable cuando se trate de procesos de inconstitucionalidad iniciados mediante la remisión de la declaratoria de inaplicabilidad de una ley o disposición infraconstitucional, con fecha anterior a la publicación de la sentencia que respecto de ese mismo objeto de control efectúe este Tribunal, y no se haya iniciado trámite alguno conforme al procedimiento de inconstitucionalidad; lo contrario conduciría a un desgaste procesal innecesario, en virtud del pronunciamiento existente respecto de la constitucionalidad del objeto de control propuesto vía inaplicabilidad, y en cuanto a iguales motivos planteados.

(IMPROCEDENCIA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 9-2008, de las 10:10 horas del día 16/4/2008)

Relaciones:

INCONSTITUCIONALIDADES, INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 105-2007AC de las 10:15 Horas de fecha 16/04/2008

INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 105-2007AC de las 10:15 Horas de fecha 16/04/2008

Ref. 4-2008 de las 10:10 Horas de fecha 15/04/2008

INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 4-2008 de las 10:10 Horas de fecha 15/04/2008

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD: CONFIGURACIÓN

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha determinado que el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño está configurado como un control abstracto de constitucionalidad de las normas, lo que, entre otras implicaciones, significa que el examen de constitucionalidad no es un juicio de perfectibilidad por medio del cual pueda pretenderse que este Tribunal señale con detalles al legislador, lo que debe hacer para cumplir la Constitución.

Esta Sala no está constitucionalmente autorizada -ni políticamente legitimada-, pues no goza de representación popular-, para configurar a su arbitrio una institución jurídica, sino que ello es tarea del legislador. Como poder constituido que también es, la Sala de lo Constitucional tiene el deber de no invadir la esfera de los demás órganos estatales y de respetar la libertad de configuración de los órganos políticos, singularmente del legislador (sentencia del proceso de inconstitucionalidad 15-96 y otros acumulados).

En la demanda que se examina, la pretensión de inconstitucionalidad se radica en la omisión de crear una "Ley especial de indemnización universal para los trabajadores" que, además de tener esta precisa denominación, contenga una disposición en que la se determinen aspectos específicos imprevistos en el Art. 38 Ord. 12° Cn.; tales como: la relación causal inmediata entre la renuncia del trabajador y la obligación patronal de indemnizar; la similitud entre la indemnización por renuncia y la indemnización por despido injusto; y la tipología de la presunción legal originada por la negativa del patrono de indemnizar al trabajador que renuncie"

(IMPROCEDENCIA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 62-2007, de las 10:28 horas del día 25/1/2008)

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD: INAPLICABILIDAD DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE

La Sala de lo Constitucional ha sostenido reiteradamente que la suplencia de la queja deficiente “no es aplicable al proceso de inconstitucionalidad”, ya que se realizaría en relación con las confrontaciones internormativas que deben decidirse, implicaría la configuración de oficio del objeto del proceso; de lo cual se deduce que en el proceso de inconstitucionalidad no es posible subsanar por parte del tribunal ninguna deficiencia de la pretensión, generándose en tales casos una imposibilidad por parte del tribunal de pronunciarse al respecto.

En los casos de configuración deficiente de la pretensión constitucional, este tribunal debe –según proceda– prevenir o declarar improcedente la pretensión, o bien sobreseer el proceso, dependiendo de la etapa procesal en que se advierta la deficiencia.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 31-2004AC, de las 10:00 horas del día 6/6/2008)

SEGURIDAD SOCIAL

SEGURIDAD JURÍDICA

En Sentencia pronunciada en el proceso de Amp. 305-99, la Sala de lo Constitucional ha perfilado el significado y manifestaciones de la seguridad jurídica, de la siguiente manera: "la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad".

Por otra parte, en Sentencia pronunciada en el proceso de Amp. 48-98, sobre las dimensiones de la faceta objetiva de la seguridad jurídica, se ha manifestado que "relacionadas las principales características y dimensiones del concepto de seguridad

jurídica, todas ellas se pueden englobar en dos exigencias básicas: (a) corrección funcional, que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación, es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y (b) corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.

Finalmente, en la misma sentencia, respecto de los requisitos derivados de la corrección estructural, se ha dicho que "aunque es frecuente identificar ésta última -corrección estructural- con el principio de legalidad, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico al propiciar una interpretación del término ley, que se desglosa en los requisitos de: (a) ley promulgada, porque lo que define a la ley no es sólo el ser un precepto general, justo y estable, sino el haber sido objeto de adecuada promulgación; la cual responde a la demanda de publicidad de la norma, es decir, a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento; (b) ley manifiesta, es decir, la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad y dicha claridad normativa requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho; (c) ley plena, que implica que no se producirán consecuencias jurídicas para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas; (d) ley previa, porque el derecho a través de sus normas, introduce la seguridad en la vida social, al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y (e) ley perpetua, en tanto que la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica frecuentemente invocadas: la cosa juzgada, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso; y los derechos adquiridos, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas".

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

Sobre el principio de irretroactividad de la ley, que consagra el art. 21 Cn., y el concepto de derechos adquiridos, como manifestación de tal principio, la Sala de lo Constitucional en Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 4-97 -siguiendo la postura de un reconocido expositor de la doctrina constitucional- dijo que "se entiende por retroactividad la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación"; el mismo autor dice que, más técnicamente, ninguna ley es retroactiva stricto sensu, pues no puede reglamentar ni modificar el pasado, sino que lo más puede extender en el presente las consecuencias jurídicas de sus disposiciones a

situaciones de hecho que se produjeron en el pasado, en cuyo caso hablamos de retroactividad de la ley.

DERECHOS ADQUIRIDOS

En relación con los derechos adquiridos, tal decisión afirma que "suele entenderse por derechos adquiridos los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación. Con el reconocimiento de los derechos adquiridos se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, para garantizar la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del derecho", añadiendo que la categoría del derecho adquirido no significa otra cosa que una aplicación del principio de irretroactividad.

DERECHOS ORIGINADOS EN LOS SUPUESTOS DE SEGURIDAD SOCIAL: PENSIÓN POR VEJEZ

En cuanto a los derechos que se originan de los supuestos de seguridad social, es claro que la protección o derecho a recibir las respectivas prestaciones no se originan sino hasta que se completa en su totalidad el supuesto habilitante para la exigencia de dicha prestación. Así, los supuestos de afiliación y cotización no originan derechos a protección contra las contingencias, riesgos o necesidades sociales, sino que los mismos más bien son parte del supuesto habilitante para la protección, la que solo surgirá y será de obligatorio cumplimiento para los órganos gestores hasta que se cumplan el o los restantes elementos que prescriben las mencionadas leyes. Del mismo modo, la edad y el tiempo de servicio -en los casos de pensión por vejez- son únicamente supuestos que -una vez cumplidos y aunados a los demás requisitos que la ley de la materia exija- pueden originar el derecho a jubilarse.

En consecuencia, se entiende que, en materia de seguridad social, el efecto regulador de una ley nueva no se refiere a la parte cumplida de dicho presupuesto, sino a la que falta desde la vigencia de la ley hasta completar tal presupuesto.

Ahora bien, es claro que en ciertos casos, la situación jurídica antecedente de la adquisición o consolidación del derecho puede ser más próxima o inmediata que en otros. Ello, resulta evidente -con mayor certeza- tratándose de jubilaciones por vejez. En consecuencia, puede afirmarse que la seguridad jurídica se ve afectada cuando una ley incide en la adquisición de un derecho de jubilación por vejez cuya situación jurídica presentaba un razonable nivel de proximidad o inminencia, hasta constituir una situación jurídica objetivamente protegible. Es decir que, para que una norma reguladora de la seguridad social -en su manifestación de pensión por vejez- no incurra en una violación a la seguridad jurídica, es necesario que el texto de la misma ley exprese claramente que sus efectos no inciden en dichas situaciones o, al menos, que su formulación lingüística

permita una interpretación que no retrase el acceso a la jubilación cuando la situación jurídica del sujeto era digna de protección, desde una perspectiva razonable u objetiva.

Si la ley cumple con tales requisitos, no opera la declaratoria de inconstitucionalidad. Ahora bien, pudiera ocurrir que, en el segundo supuesto normativo, las autoridades encargadas de aplicarla no tomaran en cuenta la mejor interpretación y trasladaran sus efectos a los sujetos que, sin ser titulares de derechos adquiridos, se encontraran en una situación jurídica objetivamente merecedora de protección, respecto de la jubilación por vejez, postergando el acceso a la misma. En tales circunstancias, el acto de aplicación podría ser objeto de impugnación por la vía ordinaria, o bien, mediante los mecanismos concretos de protección constitucional, v. gr. el proceso de amparo.

Con base en este análisis, resulta indispensable aclarar que, al solicitar la jubilación por vejez por encontrarse en una situación jurídica objetivamente protegible, dicha situación debe ser justificada por el interesado ante la autoridad competente, quien tendría que examinar la argumentación presentada y determinar, mediante resolución escrita y motivada, la procedencia o no de la petición.

No obstante, se reconoce que en tal supuesto la autoridad administrativa gozaría de un amplio margen de discrecionalidad en la determinación de si se justifica o no la protección, en cuanto al nivel objetivo de la situación jurídica. Por ello, a fin de evitar caer en el ámbito de la arbitrariedad -que a su vez sería una violación concreta a la seguridad jurídica-, lo recomendable, desde la perspectiva constitucional, sería que el legislador regulara explícitamente los supuestos en los cuales debe considerarse que existe una situación jurídica objetivamente digna de protección.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: ELEMENTOS ESENCIALES

Corresponde analizar algunos elementos esenciales del derecho a la seguridad social, que resultan especialmente relevantes para efectos de la decisión que habrá de dictarse: su contenido (1); quiénes son titulares de tal derecho (2); las fuentes en que se positiva y la interpretación de la mismas (3); su eficacia (4); sus límites (5); y sus garantías (6).

A efecto de determinar el contenido del derecho a la seguridad social, es necesario retomar algunas acotaciones relativas al fundamento, concepto y naturaleza jurídica de la seguridad social según nuestra Constitución, expresadas en Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 4-97.

SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA

Puede afirmarse que el fundamento de la seguridad social, en la Constitución Salvadoreña, está constituido por una estructura triádica, cuyos elementos configuradores son: (a) la

categoría jurídica protegida, (b) los riesgos, contingencias o necesidades sociales, y (c) las medidas protectoras de carácter social.

En cuanto al primer elemento, es claro que la dignidad de la persona humana comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, y en el texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que implican manifestaciones de tal categoría jurídica; una de ellas es la existencia digna -a la cual se refieren los arts. 101 inc. 1° y 37 inc. 2° Cn. -, que significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales.

Una sucinta mirada a la realidad social permite advertir que existen ciertos riesgos, contingencias o necesidades sociales de diversa naturaleza que afectan o ponen en peligro la existencia digna, sobre todo de los individuos desprovistos de medios económicos suficientes para enfrentarlas. Dichas contingencias -que, en un afán de clasificación sistemática se agrupan en: (i) patológicas, tales enfermedad, invalidez, accidente de trabajo y enfermedad profesional; (ii) biológicas, tales maternidad, vejez y muerte; y (iii) socioeconómicas, tales desempleo y cargas familiares excesivas-, producen obviamente repercusiones negativas en los ámbitos familiar, laboral o social, por lo que requieren de medidas protectoras para asegurar a los individuos frente a las mismas.

Con dicha finalidad, la misma capacidad social de previsión permite establecer con anticipación las medidas protectoras que, ante la insuficiencia de recursos personales o familiares, puedan ser asumidas por la sociedad basados en un criterio de solidaridad; medidas que comprenden asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones a sobrevivientes.

La integración de tales elementos permite concluir que la necesidad de cumplir con el postulado constitucional de asegurar a cada individuo una existencia digna, exige y origina la seguridad social, con la cual se permita facilitar a los individuos que puedan hacer frente a las contingencias que ponen en peligro dicha calidad digna de la existencia.

Asimismo, es necesario tener un concepto o noción operativa de la seguridad social, según el cual "en lo esencial puede interpretarse como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos".

SEGURIDAD SOCIAL: NATURALEZA JURÍDICA COMO SERVICIO PÚBLICO OBLIGATORIO

En cuanto a la naturaleza jurídica de la seguridad social, el art. 50 incs. 1° y 2° Cn., prescribe que "La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma. --- Dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos".

Puede conceptuarse el servicio público, desde un enfoque descriptivo, y atendiendo a su naturaleza jurídica, como la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales, cuya gestión puede ser realizada por el Estado en forma directa, indirecta o mixta, sujeta a un régimen jurídico que garantice continuidad, regularidad y generalidad.

Planteadas así las cosas, y al hacer la concreción del mencionado enfoque al caso de la seguridad social, se tiene que las medidas protectoras que conforman la misma, responden a una necesidad general o pública, entendida como la suma de las necesidades de seguridad social de todos los miembros de la sociedad: la garantía de una provisión de medios materiales y de otra índole para hacer frente a los riesgos, contingencias o necesidades sociales a los que antes se ha hecho referencia. Ello justifica que sean plenamente aplicables a la seguridad social los caracteres jurídicos propios del servicio público.

Finalmente, en cuanto a la obligatoriedad de la seguridad social, a que hace referencia el art. 50 inc. 1° Cn., la misma se puede entender en dos sentidos: obligatoriedad para los sujetos protegidos; y obligatoriedad para los sujetos a quienes se impone la obligación del pago de la seguridad social.

SUJETOS PROTEGIDOS Y OBLIGADOS POR LA SEGURIDAD SOCIAL

En cuanto a los sujetos protegidos, es claro que los efectos que la seguridad social proyecta en su esfera jurídica constituyen una categoría de naturaleza compleja, pues tanto constituye un derecho como una obligación; es decir, los sujetos protegidos no pueden decidir de manera potestativa si se integran o no al sistema de seguridad social, sino que, para una mejor protección de sus intereses, del texto constitucional se infiere que deben integrarse, e incluso, el salario puede retenerse por obligaciones de seguridad social, tal como lo prescribe el art. 38 ord. 3° Cn.

Cabe hacer la aclaración que -en este supuesto- al utilizar la expresión "sujetos protegidos", esta Sala se está refiriendo a los trabajadores cotizantes del Seguro Social.

En cuanto a los otros sujetos obligados al pago de la seguridad social -los patronos y el Estado- de la misma Constitución deriva tal obligación, a la cual no pueden sustraerse, aun cuando la forma y cuantía de tal pago serán las que determine la ley.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA: REGULACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ahora bien, tanto el art. 220 como el art. 50 Cn., traslada al legislador la carga de regular lo pertinente a la seguridad social, específicamente al retiro. A pesar de ello, el constituyente quiso garantizar que la ley fijara los porcentajes de jubilación de los funcionarios y empleados públicos y municipales, dando como lineamiento, que dichos porcentajes deben basarse en los años de prestación de servicio y los salarios devengados. Dichos parámetros sirven, entonces, para efectos de cuantificar -en los casos concretos- la pensión a la que tendría derecho el funcionario o empleado, al momento de jubilarse.

Diferentes son los criterios que se sigan para establecer las condiciones de acceso a la jubilación. Ante la falta de pronunciamiento por parte de la Constitución al respecto, corresponde al legislador la configuración de los mismos.

En relación con la titularidad del derecho en análisis, de los arts. 50 y 220 Cn., aparecen -a simple vista- como titulares los trabajadores, los funcionarios o empleados públicos y los municipales. Ahora bien, ciertas contingencias trasladan la titularidad a los familiares de dichos trabajadores como es el caso de la pensión por viudez.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la seguridad social, desde la perspectiva de la asistencia social, es un derecho de toda persona, como miembro de la sociedad. Sin embargo, lo que ello significa es que se garantiza a todos los habitantes del territorio el acceso a las prestaciones de seguridad social, una vez cumplidas las condiciones establecidas en la ley.

La principal fuente jurídica del derecho a la seguridad social es la misma Constitución, en los arts. 50 y 220.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE POSITIVAN EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

A nivel internacional, existen diversos instrumentos que positivizan el derecho a la seguridad social. Entre otros, se pueden mencionar el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el art. 11.1.e de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDIM); el art. 5°.e.iv de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEFDIR); el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el art. 9 del Protocolo de San Salvador y los arts. 24, 28 y 35 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS).

En el ámbito de las leyes nacionales, la seguridad social se encuentra regulada mediante una serie de normas dispersas, entre las cuales se puede mencionar, de manera ejemplificativa, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; la Ley del Seguro Social; la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos; la Ley de Incorporación al Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, de las Jubilaciones y Pensiones Civiles a cargo del Estado; el Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte y la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada.

INTERPRETACIÓN DE LEYES REGULADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

En cuanto a la interpretación de las leyes reguladoras de la seguridad social, cabe mencionar que, en términos generales, les son aplicables las pautas que rigen la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, entre las cuales se encuentran: (a) Principio de unidad del ordenamiento: la interpretación debe estar orientada a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico; (b) Principio de concordancia práctica: se trata de disipar la tensión que pueda existir entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores o bienes constitucionales protegidos; (c) Principio de corrección funcional: pretende no contradecir la distribución de funciones, atribuciones y competencias entre los órganos del Estado; (d) Fuerza normativa: la interpretación nunca debe restarle fuerza normativa a la Constitución; (e) Principio pro libertate: la interpretación debe ser la más favorable para el ejercicio de los derechos; (f) Interpretación extensiva: la interpretación debe favorecer el ejercicio pleno del derecho; (g) Interpretación no-prográmatica: la interpretación siempre debe conceder aplicabilidad directa a las disposiciones constitucionales, a menos que se trate de un mandato al legislador; (h) Axiología de la interpretación: la interpretación debe responder a los valores constitucionales que informan y caracterizan el ordenamiento jurídico; (i) Intervención mínima o principio de menor lesividad: la interpretación debe atender a las consecuencias sociales y buscar la solución menos lesiva al bien común.

Sobre ello, en la sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, se ha afirmado que los derechos fundamentales "adquieren la calidad de principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico (...) y, por ello, las disposiciones constitucionales han de interpretarse en función de ellas posibilitando la maximización de su contenido". Si ello es exigible para las disposiciones constitucionales que no consagran derechos fundamentales, con mayor razón este criterio interpretativo debe ser aplicable a las que sí lo hacen, como a las infraconstitucionales que desarrollan sus contenidos.

En consecuencia, y según se ha afirmado líneas arriba, desde la Constitución es exigible una interpretación extensiva de las leyes que amplíen el ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales, coadyuvando a la consecución de su pleno goce por todas las

personas; y una interpretación restrictiva de aquellas que impliquen una limitación o restricción del ejercicio de los mismos.

EFICACIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Por otra parte, concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango, donde se desarrollan las relaciones entre particulares; planteamiento que obedecía a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros de la sociedad.

No obstante, es un hecho notorio que en la sociedad actual esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia, en la esfera privada, de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos estatales y entes públicos. De ahí que se ha propugnado por la contemporánea teoría de los derechos fundamentales una extensión de su incidencia a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares.

Por ello, en su dimensión subjetiva, esos derechos determinan el estatuto jurídico de los individuos tanto en sus relaciones con el Estado como en sus relaciones entre sí; y tienden, por tanto, a proteger a la persona no sólo frente al poder público sino también frente al que pueden ejercer otros miembros del cuerpo social. Y siendo que el derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado, tiene que dar una respuesta apropiada al mismo, por lo que, para ser coherente y eficaz, el sistema de garantías de ellos debe operar frente al poder, sin adjetivos.

Para el caso específico del derecho a la seguridad social la eficacia del derecho dependerá de la opción que cada Estado haya adoptado en cuanto a su administración.

Así, cuando la administración sea de carácter estatal, estaremos ante una eficacia exclusivamente vertical, ya que la exigibilidad del derecho operaría frente al poder público. Sin embargo, cuando se opte por una administración efectuada por entes privados o bien una forma que combine ambas, se vuelve evidente la doble eficacia del derecho ya que, por un lado, el Estado siempre tendría que controlar el funcionamiento del sistema en sí y estaría obligado a intervenir en la regulación del servicio para el aseguramiento de su continuidad, regularidad y generalidad; mientras que, por otra parte, habrá un ente particular encargado de la prestación del servicio y de la satisfacción de las necesidades de seguridad social de los afiliados.

Aun cuando el derecho a la seguridad social goce del carácter de un derecho fundamental, no cabe colegir de ello -como tampoco se hace respecto a los demás derechos fundamentales- que éste sea absoluto, carente de limitaciones. Sin embargo, lo que sí

debe destacarse es que, dado su carácter de derecho fundamental, las limitaciones a su ejercicio sólo pueden realizarse por Constitución o por ley formal.

En el caso de la seguridad social, la Ley Suprema no establece limitaciones. Así, tanto del art. 50 como del art. 220 Cn., se desprende que estamos en presencia de un derecho de configuración legal, ya que el constituyente delega en el legislador la regulación de la totalidad de la materia. Incluso, en el art. 220 Cn., al referirse a la fijación de los porcentajes de jubilación -los cuales deben establecerse tomando como parámetros los años de servicio y los salarios devengados- lo que la Constitución hace es proporcionar lineamientos al legislador para regular dicho aspecto pero no establece una limitación ya que ello no implica una obstaculización para el ejercicio del derecho, tal como se explicará en los párrafos siguientes.

En relación con las limitaciones formuladas mediante ley formal, estas pueden ser establecidas libremente por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: que sean establecidas atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; que no altere el contenido del derecho a la seguridad social -art. 246 inc. 1° Cn.-; y que respete el principio de proporcionalidad, aspectos sobre los cuales habrá que analizar los siguientes elementos: la diferencia que existe entre regulación legislativa -o configuración- y limitación -o restricción- de los derechos fundamentales (1), los criterios que autorizan al legislador para imponer límites a tales derechos (2), y su sumisión al principio de proporcionalidad (3); para finalmente determinar el concepto de anulación de los principios, derechos y obligaciones, que es la prohibida por el art. 246 inc. 1° Cn. (4).

Ya en la Sentencia dictada en el proceso de Inc. 2-92, esta Sala señaló que regulación de un derecho no debe implicar limitación del mismo; pero sí, la limitación o restricción de un derecho supone necesariamente su regulación.

La regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales -a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga-, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello.

LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

La limitación o restricción de un derecho, en cambio, supone una regulación, e implica la modificación de su objeto o sujetos -elementos esenciales del derecho fundamental- de forma que implica una obstaculización o impedimento para el ejercicio de tal derecho, con

una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. A diferencia que en el caso de la regulación, la limitación sólo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa. Si la restricción se hace por disposiciones constitucionales, nos encontramos en presencia de restricciones directamente constitucionales; por el contrario, si se hace por leyes, nos encontramos en presencia de limitaciones legales.

Y es que, se justifica que las limitaciones o restricciones a los derechos -es decir, aquellos aspectos de la regulación normativa que implican obstaculización o reducción de las posibilidades de ejercicio- sean encomendadas al Órgano Legislativo, pues este se encuentra regido por un estatuto que comprende ciertos principios orientadores e informadores, los cuales legitiman la creación normativa por la Asamblea Legislativa.

La Constitución Salvadoreña no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador a imponer límites externos a los derechos fundamentales. En la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, este tribunal afirmó que las restricciones formuladas por el legislador al derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 inc. 1º y 8 Cn. -y ello puede hacerse extensivo a todos los derechos fundamentales- sólo pueden imponerse para asegurar "la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común"; en relación con los cuales se formuló en la misma sentencia unas someras consideraciones.

La limitación a los derechos fundamentales debe respetar, a su vez, un límite que consiste en la sumisión al principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe existir una relación medio-fin en la que el primero cumpla con las características de idoneidad -es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar-, necesidad -es decir, que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo- y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.

Si bien el Órgano Legislativo o cualquier otro órgano estatal o ente público con potestad normativa reconocida por la Constitución pueden regular normativamente o, excepcionalmente, imponer restricciones para el ejercicio de un derecho constitucional, es importante señalar que la Ley Suprema prohíbe con carácter general toda regulación que vaya en contra del núcleo de los derechos establecidos por ella, es decir, prohíbe alterar, modificar o destruir la esencia de tales derechos.

Por tanto, es dable afirmar que los derechos constitucionales, cuando no han sido regulados o limitados por la misma Constitución, lo pueden ser por disposiciones infraconstitucionales, lo cual no es per se inconstitucional, como tampoco lo es -desde una interpretación de la Constitución basada en el principio de concordancia práctica- el establecimiento de ciertos impedimentos para su ejercicio, cuando está de por medio la garantía de otros derechos constitucionales, la seguridad de la generalidad y el bien común; aunque en estos casos, el establecimiento de dichos impedimentos ha de hacerse

por leyes en sentido formal, es decir, leyes que efectivamente han sido emitidas por el Órgano Legislativo cumpliendo su procedimiento de formación.

De lo dicho se concluye que es necesario distinguir entre tres categorías distintas: la regulación, la limitación y la anulación de derechos fundamentales. La primera de ellas se visualiza como un género que comprende el desarrollo o concreción de la titularidad, las manifestaciones y alcances de los derechos, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimiento que permiten la eficacia de los mismos, y sus garantías; la segunda, es una especie del género regulación, por medio de la cual se establecen los impedimentos para el ejercicio del derecho.

Sin embargo, es probable que en algunos casos la regulación vaya en contra del núcleo de los derechos establecidos por la Constitución -en cuyo caso se tratará de una anulación-, lo cual atenta contra el art. 246 Cn. y por lo tanto cualquier regulación de esta naturaleza siempre será inconstitucional, independientemente de que se haga mediante ley en sentido formal o no.

Continuando con el inter lógico, es dable afirmar que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar el significado de los derechos fundamentales es el gozar de un régimen de protección jurídica reforzada. La Constitución establece mecanismos generales de garantía a los derechos y categorías jurídicas subjetivas positivados en su texto; tales mecanismos o garantías pueden clasificarse en tres rubros: (a) garantías normativas; (b) garantías jurisdiccionales; y (c) garantías institucionales.

Los anteriores mecanismos son de aplicación general para todos los derechos fundamentales; sin embargo, nuestra Constitución, a diferencia de las Leyes Supremas de otros países, no prevé expresamente mecanismos de garantía específicos para cada derecho. En consecuencia, el derecho de seguridad social no goza de garantías específicas de conformidad con nuestra Constitución, por lo que a él son aplicables las garantías genéricas señaladas.

SISTEMA DE ORDENACIÓN DE FUENTES: PARÁMETRO DE CONTROL DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Seguidamente, se abordará el tema del sistema de ordenación de fuentes contemplado en el art. 144 inc. 2° Cn., retomando la jurisprudencia emitida por este tribunal en la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 52-2003.

Al respecto, esta Sala sostuvo que la invocación de normativa internacional de derechos humanos en integración con las disposiciones constitucionales mencionadas -específicamente el art. 144 inc. 2°-, hizo necesario reformular la jurisprudencia emitida en cuanto al parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad. Así en Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 24-97, se estableció que el objeto del proceso de

inconstitucionalidad radica en la confrontación internormativa que el peticionario plantea en su demanda y justifica con sus argumentos. Los extremos de tal cotejo o confrontación son: (i) la normativa constitucional que se propone como canon o parámetro; y (ii) la disposición o cuerpo normativo que se pretende invalidar.

Asimismo, se afirmó que, "si bien los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos -igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución- pueden estimarse como un desarrollo de los alcances de los preceptos constitucionales, ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema, con base en las siguientes razones: (i) la Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el art. 246 inc. 2°, el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados - arts. 145 y 149 Cn.-, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el Considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen como finalidad común garantizar 'la pureza de la constitucionalidad' -vale decir, la adecuación o conformidad a la Constitución-, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional".

Y es que, si bien existe una vinculación material entre la llamada "parte dogmática" de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, ello no equivale a una integración normativa entre ambos en una sola categoría constitucional. Y es que -se dijo-, los instrumentos internacionales no tienen rango constitucional, no forman un bloque de constitucionalidad con la Ley Suprema, razón por la cual, en la referida sentencia, se afirmó que la configuración de una pretensión planteada en un proceso constitucional debe fundamentarse jurídicamente en la Constitución -en sus disposiciones expresas o en los valores y principios que se encuentran a su base-, pero ello no es óbice para que se puedan invocar los tratados como fundamento complementario de la pretensión.

Asimismo, en Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, se afirmó que si tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico -art. 144 inc. 1° Cn.-, la solución a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida esta Sala. Aún más, si no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley, el enfrentamiento entre tales normas no significaría per se una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución. Sin embargo, actualmente se considera que tal criterio jurisprudencial no debe entenderse de una manera tan unívoca; pues, si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes -art. 144 inc. 2° Cn.- no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución.

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente; en ese sentido, investidos por la Ley Suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundaria. La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc. 2° Cn., ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.

La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos, pues es preciso tomar en cuenta que la misma Constitución confiere a los tratados internacionales de derechos humanos fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, estableciendo que no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias -arts. 1 y 144 inc. 2°-

Así, el ordenamiento jurídico, como conjunto sistemático de disposiciones e instituciones jurídicas que se interrelacionan entre sí, incluye ciertos principios que lo dotan de estructura; pues, si se trata de un ordenamiento sistematizado, debe solventar las contradicciones y colmar las lagunas que pudieran concurrir dentro de sí; por tal razón, y con la finalidad de ordenar la posición de las distintas fuentes que conforman el sistema de fuentes la Constitución establece los mecanismos pertinentes que coadyuven a eliminar la existencia de antinomias, es decir, situaciones de incompatibilidad o colisiones normativas, determinando el derecho aplicable.

Es la Constitución, por tanto, la que sirve de medida para la determinación de la validez y eficacia del Derecho producido en los distintos ámbitos en que se ejercitan las potestades normativas; y es que, la misma es el origen primario del derecho vigente en el ordenamiento y define las líneas básicas sobre la producción jurídica; por lo que las diversas categorías normativas deben someterse formal y materialmente a sus preceptos.

En ese sentido, el art. 144 inc. 2° Cn. establece el régimen de respeto a un orden y sistema jurídico, donde la jerarquía de las normas y el establecimiento de un marco constitucional con su carácter fundamental y de regularidad jurídica suponen, por un lado, la aplicación preferente de los tratados internacionales con respecto al derecho interno infraconstitucional -ordenación de fuentes en sede aplicativa- al prescribir que en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional, prevalecerá este último; y, por otra parte, la resistencia del derecho internacional de los derechos humanos a verse modificado por la legislación secundaria -fuerza pasiva-, la cual opera en sede legislativa.

Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescritos por el art. 144 inc. 2° Cn.

Ahora bien, como se ha apuntado, la violación puede alegarse evidenciando una contradicción normativa al DIDH, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución. Ésta -en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos- dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad.

En definitiva, el art. 144 inc. 2º Cn., conectado con la concepción personalista del Estado -art. 1 y Preámbulo-, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada parte dogmática de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el art. 144 inc. 2º Cn., cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

Y es que, los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un status jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo -marco de la convivencia humana-; por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona, también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del DIDH, a partir del prisma dignidad humana, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el Derecho Constitucional y el DIDH -por la vía del art. 144 inc. 2º Cn.- es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos. Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva,

la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.

Básicamente las supuestas violaciones a los artículos 50 y 220 de la Constitución, se entablan alegando que el D. L. 347/2004 ha suprimido la posibilidad de jubilarse de acuerdo a un parámetro con base en el tiempo de servicio, y sobre la inconstitucionalidad de los arts. 104 letra c) y 200 letra a) de la LESAP, se alega que éstos contemplan un parámetro de jubilación distinto a los establecidos en los arts. 50 y 220 Cn.

PARÁMETRO DE JUBILACIÓN

Al respecto, en esta sentencia se ha señalado que el art. 220 Cn., igual que el art. 50 Cn., traslada al legislador la carga de regular lo pertinente a la seguridad social, específicamente al retiro. Ahora bien, el constituyente quiso, a su vez, garantizar que la ley fijara los porcentajes de jubilación de los funcionarios y empleados públicos y municipales, dando como lineamiento que dichos porcentajes deben basarse en los años de prestación de servicio y los salarios devengados. Estos parámetros sirven, entonces, para efectos de cuantificar -en los casos concretos- la pensión a la que tendría derecho el funcionario o empleado, al momento de jubilarse.

Diferentes son los criterios que se sigan para establecer las condiciones de acceso a la jubilación. Ante la falta de pronunciamiento por parte de la Constitución al respecto, corresponde al legislador la configuración de los mismos.

Asimismo en el caso de la seguridad social, la Ley Suprema no establece limitaciones sino que, tanto del art. 50 como del art. 220 Cn., se desprende que estamos en presencia de un derecho de configuración legal, ya que el constituyente delega en el legislador la regulación de la totalidad de la materia. Incluso, en el art. 220 Cn., al referirse a la fijación de los porcentajes de jubilación -los cuales deben establecerse tomando como parámetros los años de servicio y los salarios devengados- lo que la Constitución hace es proporcionar lineamientos al legislador para regular dicho aspecto; pero no establece una limitación, ya que ello no implica una obstaculización para el ejercicio del derecho.

En consecuencia se concluye que la fijación de los parámetros para acceder a la jubilación -condiciones de acceso- es una regulación que corresponde al legislador, ya que el constituyente no se ha pronunciado al respecto. Es decir que, el legislador puede variar

dichas condiciones o parámetros sin que ello viole los arts. 50 y 220 Cn. Por lo tanto, debe declararse que no existe la inconstitucionalidad alegada, respecto de este motivo.

ANÁLISIS DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO CIENTO CUARENTA Y CUATRO INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

En relación a la supuesta violación, por vía indirecta, del art. 144 inc. 2° Cn. en relación con la caracterización de la seguridad social como derecho, a fin de verificar la conformidad del D. L. 347/2004 y las disposiciones de la LESAP frente al art. 9 del Protocolo de San Salvador y los arts. 24, 28 y 35 de la CADH.

Las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos prescriben lo siguiente:

Protocolo de San Salvador. Art. 9. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. 1- Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. (---) 2- Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto".

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. "Empleados públicos. Artículo 24. Los empleados públicos tienen derecho a ser amparados en la carrera administrativa, de modo que se les garantice, mientras cumplan sus deberes, la permanencia en el empleo, el derecho al ascenso y los beneficios de la seguridad social. El empleado tiene también derecho a ser amparado por una jurisdicción especial contencioso-administrativa y en caso de sanción, el de defensa dentro del procedimiento respectivo".

"Previsión y seguridad sociales. Artículo 28. Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales".

"Inspección del trabajo. Artículo 35. Los trabajadores tienen derecho a que el Estado mantenga un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales o de trabajo, asistencia, previsión y seguridad sociales, comprobar sus resultados y sugerir las reformas procedentes".

Tales disposiciones reconocen el derecho a la seguridad social en el ámbito del DIDH. Sin embargo, tratándose de las condiciones de acceso a la jubilación, dichos artículos no establecen lineamientos específicos que obliguen al legislador interno a respetarlos. Esas concreciones se han dejado a la libertad de configuración de los legisladores de cada Estado, quienes deberán fijar en el derecho interno las condiciones para el acceso a la jubilación según los parámetros que se considere convenientes.

En virtud de lo antes expuesto, el D. L. 347/2004 y los arts. 104 letra c) y 200 letra a) de la LESAP no contradicen lo establecido en los arts. 9 del Protocolo de San Salvador y 24, 28 y 35 de la CIAGS, por lo que no existe la violación al art. 144 inc. 2° Cn.

NORMA REGULADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: MANIFESTACIÓN DE PENSIÓN POR VEJEZ

En relación con la supuesta violación a la seguridad jurídica, por la modificación de las condiciones y reglas que determinaban la predictibilidad de la situación normada, afectando con ello derechos adquiridos por parte de las personas que cotizan en las condiciones modificadas, resulta pertinente afirmar que tales exigencias encajan en la faceta subjetiva de tal derecho, ya que al ocurrir dicha circunstancia, en principio se afecta la certeza del derecho, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho no pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. Ahora bien, no es posible pensar que el derecho permanezca inalterado por siempre ya que el legislador debe tener la posibilidad de modificarlo según las necesidades que se presenten en el transcurso del tiempo.

Por lo tanto, el simple argumento de la modificación de condiciones y reglas no es inconstitucional per se, sino que se encuentra estrechamente relacionado con el requisito derivado de la corrección estructural denominado principio *lex perpetua*, según el cual la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica, una de las cuales consiste en los derechos adquiridos, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas.

Es decir que los cambios en el derecho son permitidos siempre y cuando las consecuencias jurídicas de la nueva normativa no se extiendan a situaciones de hecho que se produjeron en el pasado; esto implica que una ley nueva no puede afectar derechos adquiridos, entendidos éstos como los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación. Asimismo, tal como se ha justificado, una ley nueva tampoco puede incidir en las situaciones jurídicas cuyo nivel era objetivamente protegible al momento en que operó el cambio legislativo.

Ahora bien, en este último supuesto ya esta Sala explicó que para que una norma reguladora de la seguridad social -en su manifestación de pensión por vejez- no incurra en una violación a la seguridad jurídica, el texto de la misma debe expresar claramente que sus efectos no inciden en dichas situaciones o, al menos, que su formulación lingüística permita una interpretación que no impida el acceso a la jubilación cuando la situación jurídica del sujeto era objetivamente protegible.

El análisis del caso concreto, debe hacerse -entonces- en dos partes: en primer lugar, la supuesta violación a derechos adquiridos y, en segundo lugar, la posible violación a situaciones jurídicas objetivamente protegibles.

DERECHOS ORIGINADOS DE LOS SUPUESTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: HABILITACIÓN

Cabe aclarar que la parte actora, hace referencia a los derechos adquiridos por parte de las personas que cotizaban en las condiciones modificadas, esperando recibir su pensión por vejez al cabo del cumplimiento de las mismas. La Sala de lo Constitucional ha manifestado que en cuanto a los derechos que se originan de los supuestos de seguridad social, es claro que la protección o derecho a recibir las respectivas prestaciones no se originan sino hasta que se completa en su totalidad el supuesto habilitante para la exigencia de dicha prestación. Así, los supuestos de afiliación y cotización no originan derechos a protección contra las contingencias, riesgos o necesidades sociales, sino que los mismos más bien son parte del supuesto habilitante para la protección, la que solo surgirá y será de obligatorio cumplimiento para los órganos gestores hasta que se cumplan el o los restantes elementos que prescriben las mencionadas leyes. Del mismo modo, la edad y el tiempo de servicio -en los casos de pensión por vejez- son únicamente supuestos que -una vez cumplidos y aunados a los demás requisitos que la ley de la materia exige- pueden originar el derecho a jubilarse.

Por lo tanto, el argumento de los demandantes no puede encajar en lo que técnicamente se ha descrito como derechos adquiridos, sino más bien se refiere a supuestos de situaciones jurídicas. Entonces, podría hablarse de una violación a la seguridad jurídica si la norma impugnada afectara no cualquier situación jurídica, sino aquéllas que gozaran de un grado de proximidad o intensidad razonable, ya sea porque el texto legal claramente lo expresa de esa manera o bien, porque su formulación lingüística no permite una interpretación conforme a la Constitución.

DERECHOS ADQUIRIDOS: INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN EN EL DECRETO LEGISLATIVO TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE DEL AÑO DOS MIL CUATRO

De la lectura del D. L. 347/2004, se advierte que su texto es meramente derogatorio por lo que no contiene un pronunciamiento expreso sobre la afectación a derechos adquiridos ni mucho menos a situaciones jurídicas. Sin embargo, el Considerando V del mencionado decreto literalmente dice: "Que por las razones antes expuestas, se hace necesario derogar las referidas disposiciones, a efecto de que los cotizantes puedan jubilarse cuando cumplan con el resto de los requisitos establecidos en los arts. 104 y 200 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones". En tal Considerando se introduce una pauta interpretativa según la cual toda persona que se hubiera encontrado cotizando al momento de producirse la reforma -independientemente de la intensidad de su situación

jurídica- podrá optar a la jubilación al cumplir los requisitos que quedaron vigentes en los arts. 104 y 200 de la LESAP. Dicha interpretación, si bien no afecta derechos adquiridos, ya que no se está refiriendo a las personas que ya habían accedido a la pensión por vejez, sí afecta a los afiliados del sistema que al momento de la reforma gozaban de una situación protegible, que en virtud del decreto impugnado, se ha visto prolongada hasta el cumplimiento de la edad requerida.

Por consiguiente, el D. L. 347/2004 no admite una interpretación conforme a la Constitución, debiendo estimar la pretensión por este motivo.

Es necesario acotar que, en la modificación de las condiciones de acceso a la pensión por vejez, lo recomendable, desde la perspectiva constitucional, sería que el legislador señalara explícitamente en el texto normativo los supuestos en los cuales debe considerarse que existe una situación jurídica digna de protección jurídica, como la de quienes habían cumplido los requisitos previstos en la normativa anterior y se disponían a tramitar la pensión, así como la de los casos en trámite, supuestos ambos que únicamente ejemplifican y que de ningún modo agotan todas las situaciones que deben ser consideradas. Con relación a tales hechos se deberían moderar los efectos de la norma derogatoria, mediante las técnicas del derecho intertemporal, a fin de no afectar dichas situaciones jurídicas.

Por otra parte, es necesario indicar que la pensión por vejez es, en efecto, una medida protectora que forma parte del contenido de la seguridad social. Ahora bien, el contenido de tal derecho implica la posibilidad que un trabajador, al llegar a cierta edad considerada como vejez, pueda retirarse y recibir una pensión. Sin embargo, ello no se extiende a la determinación de una edad específica a partir de la cual se considera establecida la vejez del trabajador. De hecho, la calificación de una cierta edad, como vejez, es el resultado de un análisis sociológico y biológico que escapa de la materia constitucional y que, por tal razón, es el legislador quien lo determina, como parte de la labor de configuración del derecho.

Asimismo, dicha determinación -más que un obstáculo o impedimento para el ejercicio del derecho a la pensión por vejez- se perfila como un requisito o condición para tal ejercicio, de donde se desprende que no se trata de una limitación sino de una simple regulación que puede ser modificada por el legislador.

Para mayor claridad se enfatiza que la violación constitucional constatada por este Tribunal se circunscribe al efecto retroactivo del D. L. 347/2004, según se ha indicado, de modo que no se afecta la validez de dicho Decreto desde su emisión ni se le expulsa del ordenamiento jurídico mediante esta Sentencia, puesto que su aplicación hacia el futuro carece de los vicios de inconstitucionalidad que se han examinado en este proceso. En concordancia con lo anterior, el efecto de la parte estimatoria de esta decisión se entenderá en el sentido que el Legislador deberá proceder a la adecuación del contenido del D. L. 347/2004, para excluir de su aplicación a las personas que al momento de su

entrada en vigencia se encontraban en una situación jurídica objetivamente protegible, en los términos señalados en esta Sentencia.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 31-2004AC, de las 10:00 horas del día 6/6/2008)

SISTEMA ELECTORAL: REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

En la representación proporcional, el sistema electoral se prefigura como el conjunto de reglas para traducir votos a escaños de representantes. Dicho sistema tiene cuatro componentes básicos: (i) las circunscripciones electorales -la extensión geográfica y demográfica que constituye la base para la distribución de escaños o cargos electivos-; (ii) la forma de la candidatura -cómo deben ser presentadas las personas que compiten por el voto de los electores (unipersonal o de lista; lista cerrada o abierta; lista cerrada bloqueada o desbloqueada)-; (iii) la estructura del voto -la forma de emisión del voto (único, múltiple, preferencial, combinado, etc.)-; y (iv) la fórmula electoral -el procedimiento matemático para la conversión de votos en escaños o cargos-.

Si bien no existe acuerdo entre los estudiosos del derecho electoral sobre cuál de los sistemas electorales es el mejor, lo que es innegable es que dicho sistema -cualquiera sea el que se elija- constituye una variable importante para explicar el sistema de partidos políticos y orientar el proceso de formación de la voluntad política y la transferencia de poder, es decir, determina en gran medida las actitudes y resultados electorales.

Por otro lado, los sistemas electorales -en la forma como los expone la doctrina- son tipos ideales, que en la práctica requieren de una conformación concreta, en la que se interrelacionan y combinan sus distintos componentes, para lograr determinados fines democráticos. Se comprenderá, entonces, porqué se pueden encontrar países con sistemas electorales parecidos, pero nunca idénticos. Ahora bien, una vez que el constituyente opta por un determinado sistema, el legislador ordinario debe sujetarse a los parámetros fijados por aquél; en cambio, si la Constitución guarda silencio al respecto, la libertad del legislador para configurarlo será un poco más amplia (véase infra IV).

En el caso nuestro, las principales directrices del sistema electoral se encuentran recogidas en los incs. 1°, 2° y 3° del art. 79 Cn., los cuales disponen: "En el territorio de la República se establecerán las circunscripciones que determinará la ley. La base del sistema electoral es la población. --- Para elecciones de Diputados se adoptará el sistema de representación proporcional. --- La ley determinará la forma, tiempo y demás condiciones para el ejercicio del sufragio". Huelga decir que el legislador, al momento de desarrollar estos principios constitucionales en el Código Electoral, los ha debido ponderar, en general, con otros principios constitucionales (véase infra IV). Interesa destacar, para los efectos de esta

sentencia, a la población -como elemento central- y los principios de igualdad y pluralismo, igualmente exigidos por la Constitución.

CIRCUNSCRIPCIÓN O DISTRITO ELECTORAL

La circunscripción o distrito electoral -como también se le llama- es el conjunto de electores a partir del cual se procede a la distribución de los escaños asignados, según la distribución de votos emitidos en las respectivas elecciones. En la actualidad, generalmente, cada conjunto de electores corresponde a una unidad territorial, resultante de la división administrativa del país en Estados, provincias, cantones, etc. Si bien este criterio, naturalmente, genera circunscripciones con extensiones territoriales o volúmenes demográficos -a veces- muy dispares, tiene la ventaja de ser prima facie políticamente neutral, pues retoma una división preexistente al acto legislativo en concreto. Nada obsta, desde luego, a la elaboración de circunscripciones basada en criterios geográficos diferentes.

Ahora bien, no debe confundirse la extensión o volumen demográfico de la circunscripción electoral con su magnitud, que hace alusión al número de representantes a elegir en la misma. Con base en su magnitud, una circunscripción puede ser uninominal -cuando sólo tiene asignado un escaño- o plurinominal -cuando tiene asignados dos o más escaños-. A su vez, las circunscripciones plurinominales se clasifican en pequeñas -de 2 a 5 escaños, por ejemplo-, medianas -de 6 a 10, v. gr.- y grandes -de 10 en adelante v. gr.-. El número de escaños por circunscripción puede consistir en un número fijo preestablecido -lo más acostumbrado- o variable, el cual se determina en cada evento electoral, relacionando escaños con electores o población.

La doctrina subraya la importancia de la magnitud de las circunscripciones electorales, pues de ello depende la mayor o menor proporcionalidad del sistema, es decir, el nivel de correspondencia entre la cantidad de votos y los escaños obtenidos por cada partido político. Entre más pequeña sea la circunscripción más bajo será el efecto proporcional del sistema; y al revés, entre más grande sea la circunscripción, más alto será el efecto proporcional del sistema.

Se ha dicho que en los sistemas contemporáneos los distritos electorales se ajustan a divisiones administrativas preexistentes o naturales. Ello, sin duda alguna, tras períodos largos -en los que ocurren cambios demográficos-, puede afectar la proporcionalidad del sistema, por lo que es aconsejable un reajuste constante de los límites geográficos de la circunscripción o del número de escaños asignados a la misma.

El inc. 1° del art. 79 Cn. deja libertad al legislador para la determinación territorial de las circunscripciones electorales; puede, por tanto, adoptar el diseño que mejor le parezca responde a la realidad social y política vigente. Por ello, es constitucionalmente legítima la decisión del legislador -plasmada en el art. 13 inc. 2° CE- de seguir la división administrativa en departamentos para tal propósito. Pero respecto a la magnitud de las

circunscripciones electorales, sí existe un constreñimiento constitucional: en efecto, al decir que "[l]a base del sistema electoral es la población" (art. 79 inc. 1° in fine Cn.), impone al legislador que la determinación del número de representantes a elegir en cada circunscripción se fundamente en la población.

Concretamente, la magnitud de los distritos deberá responder, en todo momento, a la distribución poblacional en el territorio nacional, la cual habrá de determinarse por los medios objetivos idóneos, como un censo de población o cualquier otro método confiable. Pero el legislador -como ya se ha dicho- al regular cualquier sector de la realidad -y el electoral no es la excepción- debe ponderar el principio respectivo con otras normas constitucionales.

IGUALDAD

Otro aspecto que incide en el sistema electoral es la igualdad. Se hablará, primero, de la igualdad en general, y luego, de la proyección de la igualdad en el derecho electoral.

La igualdad -reconocida en el art. 3 Cn.- se manifiesta como valor, principio y derecho fundamental.

La igualdad es un valor jurídico inherente a la condición democrática del Estado de Derecho y -junto con la libertad- es una concreción del valor justicia. La noción de igualdad -de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos- se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad (Opinión Consultiva OC 17/2002, de 28-VIII-2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, par. 45).

La igualdad también es un principio, que supone una verdadera sujeción para todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, como una garantía de la legalidad y un imperativo de la justicia. Puede afirmarse que el principio de igualdad es un criterio informador no sólo de nuestro sistema constitucional, sino del entero ordenamiento jurídico del Estado: debe y tiene que existir respeto de este principio en las actividades de aplicación, creación y ejecución del derecho, para que se convierta en una verdadera pauta de limitación de la actividad de los poderes públicos.

Finalmente, la igualdad es el derecho que tienen las personas a exigir a los poderes públicos que en sus actividades les den un trato equivalente, al encontrarse en condiciones similares a otras personas, pero también a que deliberadamente se les dé un trato dispar en beneficio propio, al encontrarse en situación distinta a los demás individuos, bajo criterios justificables y razonables a la luz de la misma Constitución. De

ello se colige que la igualdad es un derecho relacional, es decir que su violación siempre estará relacionada con la regulación, ejecución o ejercicio de otro derecho fundamental.

La igualdad -sea que se presente como principio o como derecho fundamental- puede constituir tanto un mandato de equiparación como un mandato de diferenciación. Se pasará a analizar cada uno de estos aspectos.

La igualdad se presenta, prima facie, como exigencia de equiparación, es decir que da un trato igual a circunstancias o situaciones no idénticas que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disposición. En estos casos, lo decisivo es establecer el criterio de relevancia a tenor del cual se van a considerar los datos como esenciales o irrelevantes para predicar la igualdad entre situaciones o personas distintas.

Pero, aunque resulte paradójico, la igualdad, en determinados supuestos, lo que conlleva es una exigencia de diferenciación, ya que no se puede equiparar arbitrariamente aquellas situaciones o personas entre las que se dan diferencias relevantes. Aquí de lo que se trata es de brindar un trato diferenciado a circunstancias o situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una regulación jurídica distinta. Fruto de esta concepción es la técnica normativa conocida como "diferenciación positiva".

Asimismo, la igualdad, sea como principio o como derecho, se manifiesta en dos ámbitos: en la formulación de la ley y en su aplicación.

La igualdad en la formulación de la ley significa, en principio, que la ley debe brindar a todos los ciudadanos el mismo trato. Pero es un hecho innegable que las personas, en la realidad, no siempre se encuentran en situación de igualdad. Por otro lado, la igualdad no deja de ser un valor constitucional, que supone un programa de gobierno jurídico informado -entre otros criterios- por la igualdad material o real. Por tanto, es legítimo -desde el punto de vista constitucional- que el legislador adopte medidas para asegurar la igualdad real a las personas que se encuentran de hecho en condiciones de inferioridad.

La igualdad en la aplicación de la ley significa que todas las autoridades, sean administrativas o jurisdiccionales, deben aplicar la ley de forma paritaria en supuestos iguales. En términos más concretos, exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de tal manera que un órgano jurisdiccional o administrativo no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones o resoluciones, salvo cuando la modificación de sus precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada.

JUICIO DE IGUALDAD: TÉRMINO DE COMPARACIÓN

Finalmente, hay que referirse al juicio de igualdad, es decir, el análisis que efectúa el órgano contralor de constitucionalidad para verificar la violación al art. 3 Cn.

El examen de igualdad requiere, como punto de partida, la existencia de un término de comparación, el cual -según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional- debe ser aportado por el demandante, para estimar que ha configurado adecuadamente su pretensión. El término de comparación es una herramienta de análisis que permite al tribunal constatar que a determinados sujetos, ante situaciones de hecho iguales, se les ha dispensado un trato diferente sin justificación razonable, o bien, que en supuestos distintos injustificadamente se les ha equiparado.

Una vez establecido el término de comparación, se entra propiamente al examen de igualdad, el cual implica analizar tres aspectos:

En primer lugar, para que el trato desigual contenido en la norma constituya una diferenciación admisible desde el punto de vista constitucional, debe tener un fin constitucionalmente legítimo. No se exige, empero, que la norma tenga como finalidad expresa la consecución de un valor constitucional, sino que basta que dicha finalidad no sea contraria al sustrato ético de la Constitución. Esta es la solución más acorde con el respeto a la libertad de configuración del legislador.

Además, para que el trato desigual enjuiciado sea constitucionalmente admisible, debe ser idóneo o útil para obtener el fin perseguido mediante el mismo. Se trata -en palabras del Tribunal Constitucional español- de que "la exigencia normativa guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida" (STC 114/1987, de 6-VII-1987, caso Exigencia de Buena Conducta para causar Pensiones).

Finalmente, para que el trato desigual sea conforme con la Constitución, debe ser proporcionado respecto a la finalidad perseguida. Para determinar el cumplimiento de este requisito, deberá evaluarse el nivel de equilibrio que existe entre el efecto producido por la medida y el sacrificio que la misma implica, resultando en una relación de precedencia condicionada entre los bienes jurídicos en colisión.

Ahora bien, la igualdad -como valor y principio constitucional- se proyecta en todos los sectores del ordenamiento jurídico, no siendo el electoral la excepción. Por tanto, el legislador, al crear el derecho electoral, deberá observar tanto el mandato de equiparación como el de diferenciación, que derivan del art. 3 Cn. De igual forma, la igualdad se manifestará tanto en la formulación del derecho electoral como en su aplicación -por parte de autoridades administrativas y jurisdiccionales-.

IGUALDAD DEL SUFRAGIO

En ese sentido, en materia electoral, la igualdad tiene una manifestación concreta: la igualdad del sufragio -reconocida en el art. 78 Cn.-.

La igualdad del sufragio se expresa sintéticamente en la fórmula una persona un voto, con la cual se quiere significar que cada elector tiene asignado el mismo número de votos, independientemente de la persona que lo emita, por lo que no deben existir diferencias cuantitativas en el número de votos disponibles para cada elector. Quedan, así, prohibidas todas las formas de sufragio reforzado -plural, múltiple o familiar-, con las cuales se persiga asegurar la influencia de grupos considerados superiores al poder político.

Si bien el ejercicio del sufragio es individual, a diferencia de otros derechos fundamentales, no es expresión de la individualidad -que podría dar lugar a diferenciaciones constitucionalmente admisibles-, sino únicamente de la condición de ciudadano, pues cada sufragante es una fracción anónima del poder electoral único que constituye la voluntad general. En ese sentido se afirma que, a través del ejercicio del sufragio, se cancela la individualidad y se afirma la ciudadanía.

Pero la igualdad del sufragio no se agota con el acto de emisión del voto, sino que se extiende al resultado electoral: cada voto debe tener la misma influencia en el resultado electoral. Es decir, el voto de un elector debe tener la misma fuerza que el voto de los demás en la conformación de los órganos representativos o, lo que es lo mismo, cada escaño debe ser elegido por una fracción equivalente de población. La igualdad en el resultado, empero, sólo es exigible en el sistema de representación proporcional, mas no en el mayoritario, pues en éste basta que se garantice a cada voto un valor numérico idéntico.

De lo anterior se deduce que existe una conexión entre la magnitud o número de escaños asignados a cada circunscripción, su población y la igualdad del sufragio. Así, por ejemplo, el tamaño desigual de las circunscripciones en el territorio nacional, sin tomar en cuenta a la población, conduce a que el voto de los ciudadanos en las circunscripciones pequeñas tenga más peso o valor de resultado que en las circunscripciones grandes (véase la Sentencia de Inc. 28-2002, Considerando IV 3).

PRINCIPIO DEL PLURALISMO

Además de la población y la igualdad, el sistema electoral se ve condicionado por el principio del pluralismo, ya que el art. 85 Cn., luego de establecer en su inc. 1° que el Gobierno es republicano, democrático y representativo, y postula en su inc. 2° que el sistema político es pluralista. No obstante, previo a analizar qué debe entenderse por "pluralismo" en el contexto político, es necesario referirse al pluralismo a secas.

El pluralismo se contrapone al monismo, término con el cual se hace referencia a todas aquellas construcciones teóricas que sostienen que la realidad está conformada por un conjunto de leyes objetivas e inmutables, válidas para toda persona, tiempo y lugar, a las que el ser humano puede acceder utilizando el método adecuado, y que ofrecen la explicación omnicompreensiva y coherente de la misma realidad. A estas teorías se les denomina "monistas", precisamente porque consideran que existe una única explicación

de la realidad, la cual es incontrovertible y excluyente de las demás. En ese sentido, se reprocha al monismo el desconocer la naturaleza del ser humano, la cual se caracteriza, ante todo, por la libertad de elección, que le permite realizarse como tal.

A las teorías monistas se contraponen las pluralistas, las cuales consideran que existen una serie de valores, los cuales son irreductibles e incompatibles, es decir que en caso de conflicto no pueden armonizarse en virtud de un valor único superior, por lo que existen distintas explicaciones igualmente válidas de la realidad.

Ahora bien, el término "pluralismo" no es unívoco, ya que puede emplearse en un sentido descriptivo -cuando se identifican situaciones reales de pluralismo-, en un sentido valorativo -cuando el mismo se postula como un valor positivo a alcanzar, y como paradigma -como modelo teórico cognoscitivo que sirve para resolver una problemática real-. Por otro lado, se habla de pluralismo cultural -para referirse a la convivencia de cosmovisiones éticas y estéticas de la humanidad-, de pluralismo jurídico -aludiendo a la coexistencia simultánea de sistemas jurídicos-, de pluralismo epistemológico -refiriéndose a la relatividad cognitiva-, y de pluralismo político -sobre el cual se va a profundizar a continuación-.

El principio constitucional -consagrado en el art. 85 inc. 2° Cn.- de que el sistema político es pluralista, significa -integrándolo con el inc. 1° del mismo art.- que el gobierno democrático representativo, estatuido por el constituyente salvadoreño, no es una forma de gobierno en la que únicamente deciden las mayorías, sino que deben tener representación todos los sectores -aun los disidentes- y éstos deben tener asegurada su participación. En ese sentido, el pluralismo es un principio legitimador de la democracia representativa.

El pluralismo político se caracteriza por la concurrencia libre de opiniones -mediante el antagonismo de intereses- y por mantener la concepción de una racionalidad política derivada de procesos contendientes entre sí. La democracia pluralista vive, así, de la tensión entre el disenso y el consenso, entre el ámbito de la política -donde existen y deben existir diferencias en torno a las soluciones de los problemas sociales- y el terreno de las reglas de juego o normas previamente establecidas. Pero ni el mismo consenso es absoluto, porque no es más que una idea general del bien común, que varía según los tiempos y la evolución social y tecnológica. Precisamente, el consenso surge cuando en el proceso decisorio se toman en cuenta una multiplicidad de alternativas, doctrinas e intereses. Por ello, es crucial el respeto a las reglas de juego: las formas y procedimientos institucionales deben ser observados estrictamente en la contienda política y el debate ideológico.

Desde otro ángulo, puede decirse que el pluralismo es el marco mismo de la convivencia social -entendida ésta como el espacio en que se encuentran y confrontan diferentes visiones del mundo-. A su vez, en el ámbito de la política, el principio del pluralismo enriquece la diversidad de propuestas, exigiendo la necesidad de conocerlas y

comprenderlas, lo cual aumenta la propia autonomía y capacidad de elección de los individuos. En otras palabras, el principio en comento prohíbe la consideración de una única opinión o visión del mundo para la construcción del orden jurídico y político. El pluralismo consiste, entonces, en la relativización de la propia forma de existencia -al tomar en cuenta las pretensiones, formas de vida e idiosincrasia de los demás- y en la consecuente prohibición de universalizar la propia identidad, de excluir y condenar todo cuanto sea distinto a ella, haciendo el ámbito de tolerancia mucho más amplio. En ese sentido, el pluralismo desempeña una función integradora en los sistemas políticos, ya que los procedimientos y formalidades que pretenden recoger cierto grado de consenso, se legitiman mediante la interrelación de distintas concepciones e ideas sobre el tema correspondiente.

Con relación a lo anterior, es válido afirmar que el carácter democrático de las decisiones no descansa en el simple hecho de que determinadas posiciones u opiniones sean dominantes o mayoritarias, sino que en la participación libre e igualitaria de los individuos y grupos en el proceso de adopción de las mismas -incluso de aquellos que no las comparten-. El régimen democrático pluralista se caracteriza, entonces, por respetar el derecho de las minorías a la participación y representación en la vida pública. El objetivo es que la diversidad no sea ignorada, sino que, por el contrario, la participación política se amplíe a favor de la diversidad misma, pues la representación de distintas corrientes ideológicas hace que el sistema político sea más sensible a las demandas de las minorías.

No se trata, desde luego, de implantar un sistema en el que cada individuo tenga necesariamente que estar presente en las instituciones políticas -representando sus características peculiares-, sino que el objetivo es acabar con la exclusión de las minorías e introducir nuevos temas en el debate político.

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL ÓRGANO LEGISLATIVO

Como último punto teórico, se abordará ahora la cuestión de la denominada "libertad de configuración" o de "conformación" del órgano legislativo.

Para ello, debe partirse del carácter de las disposiciones constitucionales, que -a diferencia de otras disposiciones de inferior jerarquía (legales, reglamentarias, municipales, etc.)- generalmente son muy abiertas, por lo que, casi nunca, puede extraerse de las mismas un comportamiento preciso y detallado a observar por parte de los ciudadanos o de los funcionarios. Y es que los preceptos constitucionales tienen por objeto -principalmente- establecer el sustrato ético del ordenamiento jurídico -valores y principios-, limitar la intervención de los poderes públicos en la esfera privada de los ciudadanos -derechos individuales- y asegurar determinadas prestaciones a las individuos -derechos económicos, sociales y culturales-.

Ese carácter abierto de las disposiciones constitucionales permite al legislador elegir entre diferentes opciones normativas, ponderando las normas constitucionales entre sí y utilizando criterios -por ejemplo- de necesidad, conveniencia u oportunidad. A este ámbito propio y exclusivo del órgano legislativo hace referencia esta Sala con la idea de una "libertad de configuración" o de "conformación" de dicho órgano. Con el mismo se permite a la Asamblea Legislativa cumplir eficaz y eficientemente su función primaria de legislar -arts. 121 y 131 ord. 5° Cn.-, sin constreñimientos ni injerencias de otros órganos. De este modo se garantiza, no sólo la autonomía política del órgano legislativo, sino también el principio del pluralismo, pues al existir distintas opciones normativas -todas constitucionalmente viables-, se contraponen en el foro legislativo diferentes concepciones, de las cuales son portadoras las distintas fracciones políticas.

Profundizando, debe apuntarse que la indeterminación de las normas constitucionales hace de las mismas mandatos de optimización, es decir que ordenan al legislador que realice algo, en la mayor medida posible, con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas. Por consiguiente, la acusada indeterminación de los preceptos constitucionales no excusa al legislador de cumplir con los mismos. Más bien, este órgano debe ponderar las normas constitucionales entre sí, es decir, otorgarle mayor peso a un principio o derecho que a otro principio o derecho, en una regulación concreta. Pero, vale aclarar, se trata de una precedencia condicionada a las circunstancias en que se emite una determinada ley, la cual no está prevista en la Constitución -pues todas sus normas tienen la misma jerarquía- ni tampoco es extensible automáticamente a futuras regulaciones. Dicha ponderación, empero, para ser constitucionalmente válida, debe basarse en un juicio de proporcionalidad. En ese sentido, aunque el legislador es el primer órgano llamado a ponderar, ello puede ser objeto de control de constitucionalidad. En cambio, los criterios de necesidad, conveniencia y oportunidad, por ser intrínsecos a la función legislativa, escapan del examen de constitucionalidad.

En lo atinente al sistema electoral, el legislador dispone de una amplia libertad de configuración, pues el art. 79 Cn. -que regula ese aspecto- es bastante vago y general, lo que, por ende, permite a aquél elegir entre distintas opciones normativas, todas constitucionalmente viables. No obstante, a pesar de su apertura, el art. 79 Cn. contiene ciertos principios de ineludible observancia por el legislador. En primer lugar, la exigencia de que el sistema electoral se base en la población (inc. 1° in fine), de la que, a su vez, deriva la necesaria correspondencia entre el número de escaños o cargos electivos y la referida población. En segundo lugar, la exigencia de que el sistema electoral parlamentario se fundamente en el principio de la representación proporcional (inc. 2°).

Ahora bien, el diseño del sistema electoral no puede basarse únicamente en lo que dispone el art. 79 Cn., pues debe respetar los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica de todas sus disposiciones -ya sea que consagren valores, principios o derechos-. Así por ejemplo, la jurisprudencia ha destacado la relevancia del art. 78 Cn. en materia electoral, en el sentido de que los votos de todos los ciudadanos deben tener el mismo valor, es decir que en la traducción de votos para la obtención de escaños

parlamentarios los primeros posean el mismo peso (Sentencia de Inc. 28-2002, Considerando V). Y queda expedita, en todo caso, a la jurisprudencia constitucional la posibilidad de señalar otras disposiciones constitucionales que deban ser ponderadas por el legislador en la configuración del sistema electoral.

El art. 13 inc. 2° del Código Electoral, en desarrollo del art. 79 inc. 1° Cn., siguió la división administrativa del país en catorce departamentos para el establecimiento de las circunscripciones electorales, lo que es compatible con la libertad de configuración que el legislador posee en ese aspecto.

Luego, en los incs. 4°, 5° y 6° del Código Electoral, estableció el método para determinar el número de diputados que corresponden a cada circunscripción electoral, es decir, su magnitud. En términos breves, el método es el siguiente: (i) se establece un cociente nacional de población, resultante de dividir el número de habitantes -según el último censo nacional de población- entre el número de diputados que conforman la Asamblea Legislativa; (ii) se divide el número de habitantes de cada circunscripción entre el cociente nacional de población; (iii) si falta uno o más diputados que asignar del total que compone la Asamblea Legislativa, estos se asignarán a las circunscripciones electorales de mayor residuo de población, hasta completar el número de ochenta y cuatro diputados.

El método reseñado cumple con el mandato constitucional del art. 79 inc. 1° in fine Cn., en cuanto a fundamentar el sistema electoral en la población, pues toma en cuenta tanto el número de habitantes del territorio nacional como el de cada departamento.

Ahora bien, el inc. 3° del art. 13 del Código Electoral establece que cada circunscripción se integrará con al menos tres diputados propietarios e igual número de suplentes. Es decir, en caso que una circunscripción no alcance tres veces el cociente nacional de población, siempre se le asignarán tres representantes. Con ello el legislador, indudablemente, deja de tomar a la población como criterio exclusivo para la confección del sistema electoral, pues la circunscripción como tal nada tiene que ver con la población.

El órgano legislativo, en el desempeño de su función, tiene libertad de escoger entre diversas opciones normativas, ponderando normas constitucionales y utilizando variados criterios (necesidad, oportunidad, conveniencia, etc.). Ello es parte de su función, y debe ser respetado por los demás órganos estatales y entes públicos. Inclusive, esta Sala debe respetar ese ámbito, pues no puede sustituir al legislador en la selección de una determinada regulación, entre varias opciones constitucionalmente viables.

Partiendo de lo anterior, la exigencia de que el sistema electoral se base en la población significa que ella debe ser el criterio primario para el diseño de tal sistema, pero nada obsta a que el legislador compagine dicho principio con otras disposiciones constitucionales, haciendo valoraciones propias de su función, siempre que ello no conduzca a la vulneración de normas constitucionales. El legislador no sólo debe basarse en el principio previsto en el art. 79 inc. 1° in fine Cn., no sólo porque con ello desconoce la autonomía política de dicho órgano, sino porque ignora la unidad de la Constitución. En

ese sentido, lo que debería indagarse es si el método electoral previsto en el art. 13 Código Electoral, además de basarse en la población -lo que es indiscutible respecto de sus incs. 4°, 5° y 6°-, tiene por objeto cumplimentar otro precepto de la Norma Fundamental -en su inc. 3°-.

El principio del pluralismo se encuentra reconocido en el art. 85 inc. 2° Cn., y al ser el mismo un elemento legitimador del gobierno democrático representativo, en cuya virtud no deciden únicamente las mayorías, sino que tienen representación y participación todos los sectores, es normal -y hasta podría decirse, ineludible- que se le tome en cuenta a la hora de configurar el sistema electoral parlamentario.

No es posible que ni el principio del gobierno representativo (art. 85 inc. 1° Cn.), ni el de representación proporcional (art. 79 inc. 2° Cn.), prescriben una representatividad de carácter territorial. El Estado salvadoreño, desde el punto de vista político, es unitario -en contraposición al Estado federal-, por lo que no existe una obligación para el legislador en cuanto a fomentar un pretendido pluralismo entre los catorce departamentos. Aunque otras razones puedan apoyar el que se reconozca un mínimo de representantes en cada departamento, no guardarían ellas relación con la división territorial del país, pues ésta es administrativa y no política. Tampoco la Constitución prohíbe el bipartidismo, pues ésta es una situación de hecho a la que se podría arribar por diversos factores -como la polarización política-, aun cuando el sistema político fuera formalmente pluralista.

En razón del pluralismo, el art. 13 Código Electoral persigue que en todas las circunscripciones departamentales electorales estén representados la mayoría de partidos políticos, pues la magnitud de las circunscripciones electorales incide en el principio comentado: cuanto más grande sea una circunscripción electoral, mayores serán las posibilidades de los partidos políticos minoritarios de obtener escaños en la Asamblea Legislativa.

Se ve, entonces, que este órgano estatal, dentro de su libertad de configuración, efectuó una ponderación entre el principio de la población como base del sistema electoral -art. 79 inc. 1° in fine Cn.- y el del pluralismo -art. 85 inc. 2° Cn.-. Es así que el legislador, al emitir el art. 13 del Código Electoral, se encontró con la dificultad de armonizar ambos principios, pues eventualmente son contradictorios. En efecto, si se sigue exclusivamente el criterio poblacional, a algunas circunscripciones les podrían corresponder uno o dos escaños o, en un caso extremo, ninguno, con lo cual se reducirían significativamente las posibilidades de los partidos minoritarios de acceder al poder. Por ello el legislador, a fin de optimizar el mandato del pluralismo, estableció que a cada circunscripción se le asignarían un mínimo de tres diputados, independientemente de su población. Pero no -se insiste- para que cada departamento tenga representación política, sino para que los partidos minoritarios tengan en general mayores posibilidades de ganar cargos electivos. Esta ponderación, a criterio de este Tribunal, es proporcionada, pues logra un equilibrio entre el fin que persigue -promover a los partidos minoritarios- y el sacrificio que

comporta para el otro principio en juego -que a algunas circunscripciones se les asignen tres diputados independientemente de su población-.

Esta Sala -haciendo eco de la doctrina electoral- considera que al estipularse un mínimo de tres diputados para toda circunscripción -independientemente de su población-, se incrementan en abstracto las posibilidades que tienen los partidos pequeños para obtener escaños, por lo que debe considerarse que la equiparación contenida en el art. 13 incs. 3° y 7° num. 2, 3, 13 y 14 del Código Electoral es idónea para optimizar el principio del pluralismo.

El legislador, en el art. 13 inc. 3° del Código Electoral, ponderó el principio de la población como base del sistema electoral -art. 79 inc. 1° in fine Cn.- con el del pluralismo -art. 85 inc. 2° Cn.-. En este caso la colisión se da entre el principio del pluralismo -nuevamente- con el de igualdad -art. 3 Cn.-. Pero, en forma similar, el legislador ha logrado un equilibrio entre el objetivo pretendido -la promoción de los partidos políticos pequeños- y la limitación que ello supone -que se equipare dos distritos electorales con menor población con dos distritos con mayor población, asignándoles a todos tres escaños-.

(SENTENCIA DEFINITIVA de INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 9-2006, de las 09:00 horas del día 25/11/2008)