

# Líneas de la Sala de lo Constitucional 2010

## INCONSTITUCIONALIDADES

### CAPACIDAD ECONÓMICA Y EQUIDAD TRIBUTARIA

#### TIPOLOGÍA TRADICIONAL DE LOS TRIBUTOS

"A. El impuesto es el tributo cuyo hecho imponible es definido sin referencia alguna a servicios o actividades de la Administración. En ese sentido, el impuesto es el tributo por antonomasia: se paga porque se ha realizado un hecho indicativo de capacidad económica, sin que la obligación tributaria se conecte causalmente con actividad administrativa alguna.

B. La tasa, por su parte, es el tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de un servicio o la realización de una actividad por parte del Estado, que afecta o beneficia de modo particular al sujeto pasivo. Desde esta perspectiva, las tasas se caracterizan porque: (i) su hecho imponible lo conforma un servicio o actividad que realiza el Estado y que está vinculado con el sujeto obligado al pago; (ii) se trata de un servicio o actividad divisible, lo que posibilita su particularización; y (iii) la actividad o servicio es inherente a la soberanía estatal, es decir que nadie más que el Estado está facultado para realizarla.

C. Finalmente, la contribución especial es el tributo cuyo hecho imponible consiste en la obtención de un beneficio por parte de los sujetos pasivos, como consecuencia de la realización de obras o actividades especiales del Estado, encaminadas a la satisfacción de intereses generales. En todo caso, es irrelevante que el sujeto pasivo obtenga o no en el caso concreto el beneficio, sino que basta que la obra o actividad pública de que se trate sea idónea y apta para producir dicho beneficio.

## ACTUACIÓN DIFERENCIADA DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA TRIBUTARIA

"2. Como se ha visto, la capacidad económica es uno de los cuatro principios que dan contenido concreto a la equidad tributaria proclamada en el art. 131 ord. 6° Cn. Pero debemos partir de que es una cualidad del sistema tributario globalmente considerado, no de cada tributo en particular.

Para comprender por qué el principio de capacidad económica actúa de manera distinta en impuestos, por un lado, y tasas y contribuciones especiales, por el otro, es necesario recordar la diferencia entre aquéllos y éstos, desde el punto de vista de su hecho imponible (existen otras diferencias que no interesa ahora comentar).

Mientras el hecho imponible en el impuesto es una situación que revela capacidad económica, referida exclusivamente al obligado y sin relación alguna con la actividad del Estado, el hecho imponible de las tasas y contribuciones especiales es una situación que necesariamente se relaciona con la realización de una actividad del Estado.

Partiendo de lo anterior, se establece la regla general de que sólo en el caso de los impuestos la consideración de la capacidad económica se presenta como una exigencia constitucional ineludible, en atención a la naturaleza de su hecho imponible. En cambio, tratándose de tasas o contribuciones especiales, el ente con potestad normativa no está constitucionalmente obligado a tomar en cuenta la capacidad económica, pues aquellos se rigen por otro principio: el del beneficio.

De acuerdo con éste, el contribuyente por tasas y contribuciones especiales cumple, a través de ellas, la contrapartida derivada del beneficio obtenido por la utilización de un servicio público o por la realización de una obra pública. Así, este tipo de contribuciones se justifican desde el punto de vista constitucional, o bien por el mencionado principio de beneficio, o bien por

finalidades extrafiscales. La concepción de la Constitución como sistema en este punto es determinante.

Ahora ¿quiere esto decir que el principio de capacidad económica es completamente irrelevante a la luz de las tasas y contribuciones especiales? La respuesta es negativa. En primer lugar porque el legislador puede utilizar el principio de capacidad económica para "corregir" los efectos del principio de beneficio, ya que el primero podría servir mejor a la equidad tributaria, según el contexto del tributo. En segundo lugar, el principio comentado, respecto a tasas y contribuciones especiales, cumple una función negativa, prohibiendo que se configuren como hechos imposables ciertas manifestaciones contrarias a aquél (por ejemplo, el mínimo vital). Y, en tercer lugar, si concebimos la capacidad económica como medida de la carga contributiva individual, aquélla también actuaría como límite respecto a los tributos regidos por el principio de beneficio, en el sentido de que éstos, en casos de múltiple imposición, no deben afectar esa carga más allá de su parte sustancial, es decir que no deben tener alcance confiscatorio.

## DOBLE TRIBUTACIÓN

V. Para finalizar el marco teórico, es necesario abordar —enlazando acá con el último punto expuesto— la cuestión de la doble imposición, como parte del fenómeno más amplio de la múltiple imposición. Ésta ocurre cuando diversos tributos (si son dos, hablamos de "doble imposición"), en un mismo período impositivo o ante un mismo evento, bien abierta, bien encubiertamente, inciden sobre una misma manifestación de riqueza o sobre manifestaciones de riqueza íntimamente vinculadas, en cuanto relativas a una misma actividad o situación económica.

Es necesario aclarar, tomando como ejemplo la doble imposición, que ésta no consiste normalmente en la presencia de dos tributos con un mismo hecho imponible, es decir, en los que el elemento objetivo (material, espacial, temporal y cuantitativo) y el elemento subjetivo sean plenamente coincidentes, pues ello implicaría en definitiva la existencia dos tributos

idénticos, algo absurdo y que rara vez encontramos en los sistemas tributarios contemporáneos. Los problemas que tienen mayor relevancia práctica son aquellos en los que alguno de los elementos del hecho imponible entre ambos tributos —en el supuesto concreto— varía (por ejemplo, el sujeto activo).

Pues bien, habiendo precisado lo anterior, hay que decir ya que la múltiple imposición, tal como la definimos al inicio de este apartado, no es en sí misma inconstitucional. Más bien, estamos ante un fenómeno en cierto modo inevitable en los sistemas tributarios actuales, que sólo debe contenerse para que no sobrepase el límite de la confiscatoriedad.

Decimos que es un hecho inevitable porque las manifestaciones de riqueza u objetos de gravamen imaginables, aunque se especifiquen desde distintos puntos de vista, son limitados. Concretamente, sólo existen cuatro índices generales de capacidad económica: la renta, el patrimonio, el consumo y el tráfico de bienes.

En puridad, el único sistema tributario en el que la múltiple imposición no existiría sería aquel en el que existieran cuatro impuestos generales, uno por cada uno de los índices de capacidad económica mencionados. Sin embargo, tal esquema, por un lado, no respondería al problema de los Estados en que existen entes descentralizados con poder tributario, y por otro lado, no encontrarían en él su mejor forma de actuación las finalidades objetivas y funcionales a que debe dar cumplimiento la mecánica de los sistemas impositivos modernos.

En conclusión reiteramos que la doble tributación, criterio ya establecido en la Sentencia de 20-XI-2003, Amp. 681-2001, "no importa necesariamente inconstitucionalidad, sino cuando se alteran, desde la perspectiva de la capacidad contributiva, los parámetros objetivos y subjetivos que el legislador debe utilizar al momento de imponer un tributo".

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas 35-2009 de fecha 09/07/2010)**

## **CARRERA ADMINISTRATIVA**

### **EXCLUSIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL**

"[...] lo relevante en cuanto al cuerpo policial es que la Constitución hace su reconocimiento como cuerpo profesional diferente y distintivo, en razón de ello, es necesario certificar y apuntalar dicho sentido de profesionalización, dejando claro que como tal, la Policía Nacional Civil se excluye de la Carrera Administrativa precisamente porque su función como cuerpo profesional garante de la seguridad pública a nivel nacional, requiere de una tecnicidad y tratamiento legal diferente del régimen general u ordinario de la Carrera Administrativa.

E. Con lo expuesto, queda claro que los servidores públicos pertenecientes a la Policía Nacional Civil, no son empleados de confianza, ni ostentan cargos políticos dentro de la Administración Pública, y el art. 4 letra j) de la Ley de la Carrera Administrativa no les excluye de dicha carrera debido a ese motivo; sino que, por las características de profesionalismo y tecnicidad que la Constitución específica que dicho cuerpo debe poseer, su régimen legal es un régimen especial en relación con las condiciones de ingreso, los derechos y deberes, las promociones y ascensos, los traslados, suspensiones y cesantías, y los recursos contra las resoluciones que afecten a tales servidores."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias– Improcedencias, 32-2010 de fecha 21/07/2010)**

## **CRITERIO DE OPORTUNIDAD**

## BINOMIO LEGALIDAD-OPORTUNIDAD

“2. Corresponde en este punto, referirse a la impugnación de inconstitucionalidad del art. 20 del C. Pr. Pn., que establece el criterio de oportunidad dentro del proceso penal salvadoreño. Al efecto, conviene referirse al binomio legalidad-oportunidad, el cual fundamenta la regulación de la acción penal pública en el Código Procesal Penal y luego pasar a resolver la pretensión de la demandante.

A. De acuerdo con el principio de oficialidad, es decir de la exclusiva potestad del Estado para la aplicación del ius puniendi, el Ministerio Público Fiscal se encuentra obligado a promover de oficio la investigación de los hechos punibles y a ejercitar la acción correspondiente, sin excitación extraña o requerimiento particular alguno (principios de obligatoriedad y oficiosidad), sin que pueda ser suspendida, interrumpida o concluida más que en los casos establecidos en la ley y de conformidad con la Constitución (principios de inevitabilidad de la acción e irretractabilidad de la misma).

Las anteriores características corresponden al denominado principio de legalidad, el cual determina que el procedimiento penal ha de iniciarse inevitablemente ante la sospecha de la comisión de cualquier hecho punible con la correspondiente intervención de la Policía y de la Fiscalía General de la República, sin que tales órganos persecutores estén facultados para hacer cesar la persecución penal, en tanto subsistan los presupuestos materiales que la han provocado y se haya descubierto al presunto autor.

Este deber de intervención penal, se fundamenta en primer lugar en las teorías absolutas de la pena, las cuales consideran un deber ineludible del Estado la realización de la justicia en un sentido absoluto cuando acaeciera una violación a la ley penal (justificación ética). Por otra parte, se considera en consonancia con el principio constitucional de igualdad, que no pueden existir discriminaciones de ningún tipo respecto de la aplicación de las normas punitivas

(justificación jurídica). Por último, se asevera que este principio salvaguarda la división de Meres, dejando en manos de los jueces la tarea de decidir sobre la culpabilidad e inocencia del imputado por medio del proceso penal (justificación institucional).

En contraposición a las concepciones éticas de las teorías absolutas de las penas que nutren al principio de legalidad, los fundamentos del principio de oportunidad radican en razones pragmáticas y de conveniencia, ideas propias de las teorías relativas sobre la justificación de la pena (prevención general y especial).

Visto así, la regla general continúa siendo la obligación del Fiscal General de investigar y promover la acción penal en todos los delitos de acción pública; sin embargo, la ley le permite en casos excepcionales renunciar a esta obligación (principio de oportunidad reglado o de discrecionalidad reglada).

#### MARGEN DE LIBERTAD DISCRECIONAL PARA SU ADOPCIÓN Y APLICACIÓN

Por otra parte, el ordenamiento respectivo le concede un cierto margen de libertad de decisión al Fiscal para su adopción y aplicación, y conforme a sus facultades legales, podrá ejercer la acción pública, siempre y cuando se ampare en el art. 20 del C. Pr. Pn. y se someta al control judicial correspondiente.

En efecto, tal disposición regula que el Ministerio Público Fiscal puede prescindir: (a) de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados; (b) o respecto de alguno de los partícipes; y aún (c) limitar la acusación a una o alguna de las calificaciones jurídicas posibles.

Ello, siempre y cuando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias: (i) cuando se trate de criminalidad de bagatela o cuya reprochabilidad al partícipe es mínima (num. 1 °); (ii) cuando existe un arrepentimiento activo o desistimiento del imputado, o éste se encuentre dispuesto a colaborar con los órganos de persecución criminal en el esclarecimiento de hechos

más graves o respecto a la participación de otras personas —justicia premial— (num. 2°); (iii) cuando el imputado haya sufrido un daño —sea éste físico o psíquico— irreversible o una afectación moral de difícil reparación como consecuencia de la realización del delito —poena naturalis— (num. 3°); (iv) cuando la pena que corresponda por el hecho que se prescinde, carece de importancia en consideración a la pena impuesta o a la que le sería impuesta en un procedimiento penal en otro país, que resultará más grave.

En conclusión, en la mayor parte de los sistemas procesales de tendencia continental —en contraposición a los sistemas de justicia anglosajones— se establece el principio de oportunidad de forma limitada.

Dicho principio funciona como alternativa al principio de legalidad que rige de forma preponderante la actuación de la FGR, pues no se concibe en la actualidad el uso puro y simple de tales facultades discrecionales por parte del ente acusador, so pena de una clara intromisión en funciones que sólo le corresponde fijar al legislador y ello, de forma consecuente, violaría los principios de prevención general, igualdad ante la ley y el de legalidad penal.

#### OPERA EN BENEFICIO DEL IMPUTADO

[...] a. En primer lugar, es necesario analizar la supuesta violación a los arts. 11 y 12 Cn. Al respecto, la peticionaria [...] alega que, con la oportunidad de la acción pública, se declara al imputado "exento" de responsabilidad penal o, lo que es lo mismo, inocente, sin haberse realizado un juicio previo.

[...] Al respecto, de acuerdo con el art. 21 del C. Pr. Pn., los efectos del criterio de oportunidad son la extinción de la acción penal, la suspensión y la conversión de la misma. El primero constituye una vía de terminación de la persecución penal; la suspensión, por su parte, se caracteriza por la posibilidad de negociar recíprocas concesiones —v. gr. no ser acusado— cuando el imputado ofrezca una colaboración esencial para el éxito de la investigación en

hechos de mayor gravedad; finalmente, el tercero de los efectos implica que la acción penal que originalmente era pública pueda convertirse en privada, quedando expedito el derecho de la víctima para perseguir el hecho si así lo desea.

En consecuencia, se advierte que la aplicación del principio de oportunidad de la acción penal es una actuación que, lejos de privar al supuesto imputado de algún derecho, opera en beneficio del mismo; por lo que no puede considerarse un acto privativo que requiera de audiencia previa, por tales motivos debe desestimarse la supuesta violación del art. 11 Cn.

Ahora bien, en cuanto al art. 12 Cn., es preciso afirmar que éste exige que la culpabilidad de una persona sea probada conforme a la ley y en juicio público y que, por lo tanto, la carga de la prueba recae sobre el que acusa, y no sobre el imputado. Así, en la medida que la determinación de culpabilidad se verifica al final del proceso, mediante la sentencia de fondo que restringirá el derecho del imputado, este Tribunal entiende dicha disposición vinculada con los postulados del art. 11 Cn.

Por consiguiente, siendo que la aplicación de un criterio de oportunidad no representa un acto privativo ni determinante de culpabilidad, tampoco existe violación al art. 12 Cn., y debe también desestimarse la pretensión por este motivo.

#### INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR SER UNA FACULTAD REGLADA

b. En relación con el art. 15 Cn. la parte actora sostiene que el principio de legalidad conlleva la obligación para el Estado de sancionar aquellas conductas que han sido tipificadas como delitos o faltas con anterioridad a su realización, y por tanto, también lo obliga a perseguirlas.

[...] Al respecto, debe señalarse que las instituciones del Estado actúan conforme las potestades que el ordenamiento jurídico aplicable les confiere; es decir, que sus actuaciones

tienen cobertura dentro del marco que la legalidad les otorgue. Estas habilitaciones normativas constituyen la esencia del principio de legalidad.

Por tanto, cuando el Fiscal hace uso de las potestades conferidas en el art. 20 del C. Pr. Pn., no violenta el principio de legalidad, antes bien, actúa de acuerdo con lo que el marco legal establece; aun cuando tales disposiciones le permitan un cierto margen de discrecionalidad en la valoración de su aplicación. En efecto, el legislador ha tomado partido por un sistema de regulación del criterio de oportunidad de carácter reglado.

Así, cuando solicita la aplicación de un criterio de oportunidad, la Fiscalía cumple también su obligación de promover la acción penal ante la jurisdicción, pero con la pretensión específica de prescindir de la persecución punitiva por razones de política criminal taxativamente señaladas en la ley penal. No existe, entonces, violación a la norma constitucional propuesta como parámetro de control.

#### MANIFESTACIÓN DE LA POTESTAD DE JUZGAR

c. En referencia con la supuesta violación del art. 172 Cn., la demandante alega dos argumentos centrales: (i) de conformidad con el inciso primero de dicho artículo, el juez está obligado a juzgar los hechos constitutivos de delitos conforme a la ley penal vigente y para que esto suceda es imprescindible que se incoe una acción que abra el proceso, por lo que el ejercicio de la oportunidad de la acción pública atenta contra esta obligación; y (ii) el inciso último del artículo impugnado establece que el juez no puede aplicar ningún criterio de oportunidad sin autorización del Fiscal, lo cual viola el principio de independencia judicial según el cual el juez no debe depender de ningún otro funcionario para realizar sus actuaciones judiciales.

(i) Relativo al primer argumento, debe afirmarse que el art. 172 inc. 1° Cn. establece una potestad —y no una obligación, como manifiesta la demandante—; la obligación de juzgar —

por el contrario— surge cuando el Órgano Judicial es instado por un particular o por el ente estatal competente para ello (*nemo iudex sine actore*).

Asimismo, es necesario retomar el concepto de acción penal como la actividad procesal de instar a la autoridad judicial para la comprobación de un hecho, por medio del cual se inicia el proceso criminal, sin que éste necesariamente haya de finalizar con una sentencia definitiva. En otras palabras, se sostiene que la acción penal es aquella actividad encaminada a requerir la decisión del Órgano Judicial sobre la existencia o inexistencia de la infracción prevista por el derecho punitivo, se descubra los autores o partícipes, y en su caso se sancione al culpable; o bien, se anticipe la solución del caso de conformidad con las reglas y alternativas previstas por el ordenamiento jurídico.

Por ello, la acción penal no puede identificarse con el derecho a la imposición de una determinada sanción punitiva. Ni siquiera es posible considerar que la acción penal implique la obligación del Órgano Jurisdiccional de dictar una sentencia de fondo que decida sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, pues la acción penal cumple su finalidad aún cuando el proceso termina de forma anormal (v. gr. sobreseimiento, arts. 308 y 309 del C. Pr. Pn.; conciliación, art. 32 del C. Pr. Pn.; criterio de oportunidad, art. 20 del C. Pr. Pn.; o suspensión condicional del procedimiento, art. 22 del C. Pr. Pn.). Ello, a su vez, guarda estrecha relación con la potestad jurisdiccional en el sentido de que no sólo se juzga cuando se emite una sentencia definitiva, sino siempre que el tribunal emite una resolución apegada a derecho que resuelve el asunto, independientemente de que el pronunciamiento recaiga sobre el fondo de lo pedido o no.

En consecuencia, ante una solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, el juez habrá cumplido con su obligación de juzgar cuando emita la resolución correspondiente para el caso, aun cuando se trate de una forma anormal de terminación del proceso, sin que ello signifique que el asunto ha pasado en autoridad de cosa juzgada, en los términos del art. 17 Cn.

## CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS PRESUPUESTOS PARA DETERMINARLO

También es importante destacar que, de conformidad con los ámbitos de aplicación de la potestad jurisdiccional reseñados en esta sentencia, la ley ha previsto que la decisión del Fiscal debe sujetarse al cumplimiento de ciertos requisitos legales, de modo que no puede ser arbitraria y, para garantía de ello, se reconoce a los jueces una actividad de control inherente a su función constitucional, mediante la verificación de los presupuestos legales que habilitan al Fiscal para la aplicación del criterio en cada caso concreto.

Este mecanismo de control se trata de una manifestación típica de la función jurisdiccional que no incide en las consideraciones tácticas, de conveniencia o de otro tipo realizadas por el Fiscal para decidir la aplicación del criterio, pero sí debe revisar, desde una perspectiva de legalidad, que esa elección haya sido tomada dentro de los supuestos permitidos por el ordenamiento jurídico. En este caso, el juez no sustrae al Fiscal el margen de apreciación que la ley le concede, pero garantiza que dicho margen sea respetado. No es el juez quien toma la decisión en lugar del Fiscal, sino que es la ley la que determina el resultado, si el Fiscal decidiera apartándose de ella en la aplicación del criterio de oportunidad.

En virtud de lo antes expuesto, esta Sala concluye que el art. 20 del C. Pr. Pn. no viola el art. 172 inciso 1° Cn., en relación con los motivos alegados, por lo que debe desestimarse la pretensión al respecto.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ES UNA FUNCIÓN PROPIA DE LA ACUSACIÓN QUE NO VULNERA EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

(ii) En relación con el principio de independencia judicial, es necesario señalar que, tal como la misma parte actora lo indica, "el juez no debe depender de ningún otro funcionario para realizar sus actuaciones judiciales".

En virtud de lo anterior, debe analizarse si la aplicación del principio de oportunidad es una

función típicamente jurisdiccional o si se trata de una función propia de la acusación.

La aplicación del principio de oportunidad de la acción penal es una función propia de la acusación, ya que está íntimamente vinculada con la facultad de perseguir y de investigar el delito, que además permanece sujeta al control jurisdiccional de legalidad, en la forma antes dicha. En consecuencia, al no ser una función juzgadora, no puede considerarse violentado el principio de independencia judicial, puesto que éste opera respecto de aquellas actuaciones relativas a la potestad jurisdiccional.

Además, debe tomarse en cuenta que —de la aplicación de criterios de oportunidad—deriva un beneficio para el imputado; por tanto, facultar al juez para el ejercicio de dichos criterios violaría el principio de imparcialidad que lo rige, con mayor razón aun cuando se trate de los casos en los que la aplicación de dicho criterio deba gestionarse con la parte acusada, ya que sería absolutamente contrario a la imparcialidad que el juez negociara la persecución del delito a cambio de su colaboración en la investigación con el imputado o su defensa.

En virtud de lo antes expuesto, se concluye que el inciso final del art. 20 del C. Pr. Pn., no viola el principio de independencia judicial contenido en el art. 172 inc. 3° Cn., por lo que debe desestimarse la pretensión en este aspecto.

#### DERECHO DE LA VÍCTIMA DE OPONERSE A ESTE BENEFICIO

[...] e. Lo anterior no debe ser entendido como que el Fiscal General tiene la plena disponibilidad de esta salida alterna, sin tener en cuenta la opinión y los derechos fundamentales de las víctimas. Se advierte que, en este beneficio que opera a favor del imputado, se les ignora totalmente, pues en los arts. 20 y 21 del C. Pr. Pn. no aparece consignado el mandato de escuchar su opinión, ni se les habilita expresamente la posibilidad de intervenir en la tramitación de la mencionada salida.

Sin embargo, esta Sala interpreta que, de lo prescrito en el art. 13 num. 4 del C. Pr. Pn., se deduce que la víctima tiene que ser "oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado". Ello significa que tiene el derecho de oponerse a la concesión del referido beneficio; o en su caso, promover la acción penal privada (art. 21 inc. 2° del C. Pr. Pn.), cuando se trate de los delitos y supuestos no comprendidos en el art. 29 num. 3 del C. Pr. Pn., o pedir la conversión de la acción, si se trata de los supuestos de este último artículo.

En todo caso, con fundamento en el derecho de las víctimas de tener acceso a la jurisdicción, derivado del art. 2 inc. 1° in fine Cn., el Fiscal está obligado a autorizar la conversión de la acción penal pública en acción penal privada, cuando prescinde de la acción pública, a fin de garantizar, en definitiva, el derecho de acceso a la jurisdicción y la protección o tutela judicial efectiva.

[...] Por tanto, la querrela a que se refiere el inc. 2° del art. 21 del C. Pr. Pn., comprende no sólo la intervención de la víctima en el proceso penal cuando el Fiscal ha presentado un requerimiento en que sostenga una pretensión punitiva, sino también cuando el requerimiento tenga un contenido inhibitorio de la promoción de dicha pretensión punitiva, como es el caso de la aplicación de un criterio de oportunidad.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **EFFECTOS GENERALES**

“[...] la eficacia natural de toda sentencia en términos generales consiste en declarar cierto el derecho que se controvierte o que carece de certeza y en llevar esa declaración a su realización

concreta. Respecto de la sentencias de inconstitucionalidad implica una declaración de carácter genérico respecto del objeto de control y su conformidad con la Constitución. Lo que trae en consecuencia efectos que responden al objeto del proceso de inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, en resolución de 21-X-2005, dictada en el proceso de Inc. 21-2004, este Tribunal expuso una aproximación jurisprudencial sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, afirmando que los más sobresalientes o notorios efectos de la sentencias de inconstitucionalidad se alcanzan -en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada- mediante la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional, aunque no se impone con necesidad lógica, pues, desde este enfoque, lo inexcusable es que el pronunciamiento jurisdiccional adquiera firmeza y carácter definitivo.

Así, se agregó que, por regla general, la más idónea reparación que se puede ordenar para restablecer el orden constitucional vulnerado por la disposición o cuerpo normativo declarado inconstitucional, es la expulsión de ésta del ordenamiento jurídico, es decir una declaración constitutiva, con efectos equivalentes a la derogación (Sentencia de 22-X-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 23-97).

#### EFFECTO EX NUNC

En el caso de la sentencia estimatoria se genera un pronunciamiento de invalidación general y obligatoria y la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones que resulten incompatibles con la Ley Suprema desde tal declaratoria, con efectos ex nunc, es decir, que surte efecto desde el momento que se produce la declaración, no un pronunciamiento con efectos hacia el pasado. Tal expulsión causa efectos ope legis, con la emisión de la sentencia, de tal modo que no existe la posibilidad de posponer los efectos o diferir en el tiempo la efectividad de la sentencia y a diferencia de la derogación, genera la imposibilidad de aplicar de manera ultraactiva el objeto de control.

No obstante lo anterior, no se excluye que las situaciones ordenadas según la ley inconstitucional, y ya firmes, puedan ser sometidas a revisión, por la jurisdicción ordinaria o constitucional en los procesos concretos de su competencia.

B. En ese orden de ideas, los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad también pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) un efecto vinculante –arts. 183 Cn. y 77-F L.Pr.Cn.–, en tanto que “sujetan” a todas las entidades que forman parte del Estado al respeto y cumplimiento de lo establecido en la sentencia, con estricta sujeción y cumplimiento del mandato en ella determinado y a los efectos que deriven del pronunciamiento, con un carácter general que sobrepasa los límites subjetivos de la cosa juzgada;

(ii) fuerza de ley o eficacia general –art. 183 Cn.–, relacionada con la eficacia general o efectos “erga omnes” –en el caso de ser una sentencia estimatoria– respecto de los particulares; y

(iii) cosa juzgada, que –en relación con la sentencia estimatoria en el proceso de inconstitucionalidad– representa la imposibilidad de plantear el reclamo de constitucionalidad en un nuevo proceso en relación con el ya resuelto, fijando su atención en el objeto de control.

#### EFFECTO DE COSA JUZGADA

II. En el presente caso, por sentencia de 9-VII-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 35-2009, este tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 letra e) de la Ley de Gravámenes relacionados con el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares (LEGCRAF), por contravenir el art. 131 ord. 6º Cn.

Dicha declaratoria, recae sobre la misma disposición que constituye el objeto de control en el presente proceso; situación que genera la imposibilidad de emitir pronunciamiento alguno sobre los argumentos esgrimidos por la demandante, pues la disposición impugnada ha dejado formar parte del ordenamiento jurídico –cosa juzgada–.

Por tanto, careciendo de finalidad el presente proceso ante la falta de un presupuesto de la

pretensión de carácter fundamental en el proceso de inconstitucionalidad, debe ser rechazado a través de la figura de la improcedencia.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Improcedencias, 61-2010 de fecha 17/12/2010)**

## **DELITOS DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN**

### **PENALIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS**

“[...] los peticionarios del proceso 34-2002 sostuvieron que "entre pena y hecho cometido debe existir una relación inmanente derivado (sic) del principio material de justicia, y es que la pena no puede superar el desvalor que el hecho comporta, por lo que evidentemente un hecho consumado no puede ser equiparado a la proposición y conspiración para cometer el mismo".

Al respecto, conviene resaltar que la inserción en el catálogo penal de los tipos autónomos referidos, constituye un ámbito de libre decisión del legislador, quien conforme a las opciones político criminales que estime pertinentes puede convenir en su uso.

Sin embargo, aunque ello resulte permisible constitucionalmente, la consecuencia jurídica debe respetar estrictamente el principio de proporcionalidad vinculado con el de lesividad, el cual —en materia penal— establece que la gravedad de la pena tiene que ser proporcional a la gravedad del comportamiento típico y antijurídico, así como del grado de participación en el delito o en sus grados de ejecución. Esto conlleva repercusiones prácticas para la actividad legislativa.

Para el caso, la incriminación o tipificación de conductas plantea que la sanción a imponer

debe resultar idónea para salvaguardar eficazmente los bienes jurídicos por medio de la prevención general. Además, tal análisis de conveniencia supone tomar en cuenta las modalidades de comisión del delito que denoten una mayor peligrosidad del comportamiento, el valor del bien jurídico lesionado y la actitud revelada por el agente.

Ello nos lleva al convencimiento que los hechos de poca gravedad o carentes de ella, no pueden ser sancionados con una pena de prisión sumamente alta. Para el caso de los actos preparatorios, por su disminuida lesividad frente a las formas punibles consumadas y tentadas, deben merecer entonces una pena menor que ellas.

La inobservancia de lo anterior, además de causar una distorsión en el marco sancionatorio, genera un indeseable efecto criminal de castigar de forma sumamente benévola la tentativa, en relación con la conspiración y los actos preparatorios; estos últimos, equiparados a los actos consumados, pese a estar todavía muy distantes de la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico.

[...] En consecuencia, los arts. 129-A y 214-C del C. Pn. son inconstitucionales por equiparar la pena de la proposición y conspiración con la misma del delito consumado, y así han de ser declarados; y, respecto al art. 149-A C. Pn., se deberá declarar que no existe la inconstitucional en la escala penal delimitada por el legislador.

#### EFFECTOS DIFERIDOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

D.a. En cuanto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 129-A y 214-C, todos del C. Pn. —por lo que constituye, en este punto, una sentencia estimativa de inconstitucionalidad—, también puede decirse que, en principio, son generales y provocan la expulsión definitiva de dichas disposiciones, depurando así el ordenamiento jurídico.

No obstante ello, al igual que el pronunciamiento emitido respecto de la penalidad máxima

(Considerando V 1 E. de esta sentencia), este tribunal se encuentra facultado para modular los efectos de sus decisiones, teniendo en cuenta las consecuencias que podría generar la inmediata expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones declaradas inconstitucionales.

b. En el presente caso la expulsión inmediata de las disposiciones declaradas inconstitucionales —arts. 129-A y 214-C del C. Pn.— puede generar efectos más perjudiciales que los que se pretenden solventar, pues implicaría una desprotección de bienes jurídicos considerados válidos por la sociedad mediante dichas tipificaciones.

En suma, es pertinente optar por la adopción de una sentencia prospectiva o de inconstitucionalidad diferida, ello con el fin de que el legislador pueda adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución y solventar la inconstitucionalidad declarada.

Por ello, este Tribunal considera necesario que a partir de la notificación de la presente sentencia, el legislador, en uso de su libertad de configuración, determine en el corto plazo el monto de la sanción penal a imponer en relación con los institutos tipificados como proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado y la proposición y conspiración para cometer los delitos del Capítulo II, del Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, y cumplir, de esa manera, con la exigencias constitucionales expuestas en esta decisión."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES**

PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD PERSONAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

“2. Corresponde ahora pasar al estudio de los arts. 302 inc. 2° del C. Pn. y los arts. 42-B, 42-C, 42-D y 42-H de la Ley de Telecomunicaciones, respecto de los cuales se argumenta que vulneran la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas consagrada en la parte final del art. 24 Cn.; [...].

A. La Constitución en el art. 2 inc. 2° reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, el cual constituye una derivación de la dignidad humana. La intimidad se configura como un poder jurídico que se reconoce a todo sujeto sobre un ámbito que se encuentra reservado y en el que se originan los valores, sentimientos, entre otros aspectos vinculados a la propia existencia de su titular.

Precisamente, ese ámbito de libertad es necesario para que cada individuo encuentre las posibilidades para el pleno desarrollo y fomento de su personalidad; razón por la cual debe quedar preservado de injerencias ilegítimas. Más aun, la esfera privada de la persona constituye el presupuesto para el ejercicio de otros derechos y para su participación en la sociedad. Así, puede señalarse que ese espacio de privacidad comprende una serie de aspectos que giran alrededor de la persona o familia, como el domicilio, las comunicaciones, las creencias, la sexualidad, la disposición del propio cuerpo, etc. -

## ALCANCES

B. Ahora bien, precisando una faceta concreta de la intimidad y que adquiere el carácter de un derecho fundamental autónomo —aunque siempre de naturaleza relacional con la intimidad y otros derechos personales— aparece la inviolabilidad de las comunicaciones consagrada en el art. 24 Cn. Y conforme al texto reformado, se prohíben tanto los actos de "intervención" como los de "interferencia" en las comunicaciones; en otras palabras, que personas ajenas a la comunicación telefónica —independientemente de los medios tecnológicos utilizados— puedan interrumpir, cortar o conocer el contenido de la misma.

Con base en ello, bajo la cobertura de la referida norma constitucional, se salvaguarda al emisor y al receptor para que puedan comunicar libremente su pensamiento y, además, puedan hacerlo reservadamente en relación con destinatarios específicos; sin que otras personas distintas de los comunicantes conozcan el contenido de la comunicación o puedan interrumpirla por medio de la inclusión de una señal perturbadora (Así, sentencia de 11-II-2002 pronunciada en el proceso de HC 145-2001).

Empero, aunque la inviolabilidad de las comunicaciones se erige como una barrera frente a las actuaciones de los poderes públicos y frente a los particulares, cabe aclarar que, como todo derecho fundamental, no tiene un carácter absoluto, pues su ejercicio está sujeto a los límites contenidos en la misma Constitución, así como en normativas de carácter secundario que pueda fijar exclusivamente la Asamblea Legislativa para preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.

En otras palabras, "...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" (sentencia dictada el 23-III-2002, Inc. 8-97).

#### EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE INTERVENCIÓN A LAS TELECOMUNICACIONES

Desde dicha perspectiva y en cuanto al secreto de las comunicaciones, el mismo artículo 24 de la Ley Suprema —reformado— establece una excepción al irrestricto ejercicio del mismo por

los particulares y que habilitará la intervención por el Estado conforme a la salvaguarda de los intereses generales: la investigación de un hecho delictivo de los que se encuentren enumerados en una ley secundaria —como en la actualidad lo hace el art. 5 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones (LEIT)—.

Por ello, es que el inc. 2° del art. 24 Cn. —en su nueva redacción— es claro en afirmar como regla general que "se prohíbe la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones". Pero claramente establece que "de manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una información ilegal carecerá de valor".

Por otra parte, es el mismo texto fundamental el que establece claramente que una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse judicialmente dicha autorización. Y dicho desarrollo normativo secundario ha tenido lugar mediante la LEIT, la cual fue aprobada por medio del D. L. n° 285, de 18-II-2010.

[...] En conclusión, tanto desde la misma redacción actual del art. 24 Cn. como de la regulación secundaria realizada en la LEIT, hemos de reconocer que el ámbito íntimo de la persona —y en particular el relativo al secreto de las comunicaciones— puede ser objeto de regulaciones o limitaciones en el curso de un procedimiento penal, particularmente en el ámbito de los actos de investigación; y es donde puede ser flexibilizado en función del ejercicio de otro derecho fundamental o de aquellas exigencias públicas como la búsqueda de la verdad material, cuando ésta no pueda ser obtenida de otro modo más que con la afectación de la esfera privada del imputado.

GRABACIONES CONSENTIDAS SON MANIFESTACIONES DE LA CAPACIDAD DE CONTROL DE LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN

[...] C. El ciudadano [...] impugna el inc. 2° del art. 302 del C. Pn. y los arts. 42-B, 42-C, 42-D y 42-H de la LT, por estimar que vulneran la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas consagrada en la parte final del art. 24 Cn.

a. En el primer caso, el legislador ha querido excluir de la tipicidad al consentimiento cuando "la víctima, el ofendido o su representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha y grabación de las conversaciones o acciones" mediante las cuales se reciban amenazas o exigencias relativas al rescate de una persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de crimen organizado.

Con relación a esta primera argumentación, conviene dejar claro que el derecho a la intimidad y particularmente el relativo al secreto de las comunicaciones supone un poder de control de las informaciones que son relevantes para cada persona y donde ella dispone voluntariamente qué hechos puedan trascender al conocimiento de los demás. De ahí que, el consentimiento se presente, no como un límite a su ejercicio, sino como la manifestación más característica del ejercicio de esta capacidad de control vinculada a la libre autodeterminación del individuo en este ámbito.

De ahí que, en el supuesto descrito por el licenciado [...], no se trata de la intervención de terceros ajenos a la comunicación sin conocimiento alguno de quienes resulten escuchados, sino de la grabación consentida por uno de los comunicantes —emisor o receptor— que la efectúa directamente o autoriza a un tercero para que lo haga. Por ello, no resulta conculcado tal derecho fundamental en la medida que el "secreto" no existe al ser divulgado por uno de los intervinientes y quien voluntariamente decide ponerlo en conocimiento de terceros, más aún cuando pende sobre él o su familia una amenaza a sus bienes jurídicos.

[...] Como trasfondo de esa decisión legislativa de dar plena relevancia al consentimiento con relación a la grabación de un interlocutor que expone un plan delictivo o amenazante hacia una real o potencial víctima, conviene tener en cuenta que quien mantiene un diálogo abierto con

otra persona —y en la cual manifiesta actividades delictivas como las señaladas en el inc. 2° del art. 302 C. Pn.— se expone voluntariamente a que su interlocutor pueda delatarlo. Por tanto, quien realiza una conversación extorsiva o intimidante, asume la posibilidad que pueda efectuarse una grabación subrepticia de la comunicación por parte del otro interlocutor, y ello supone para el hechor una tácita renuncia a su propia intimidad.

Por todo lo anterior, no existe violación constitucional al art. 24 Cn., cuando se autoriza o consiente la grabación magnetofónica, audiovisual o por otro medio de quien es víctima de un delito o de quien la represente en los supuestos contemplados en el inciso segundo del art. 302 del C. Pn., pues cuando un individuo le revela a otro la comisión de un delito o amenaza de cometerlo contra su interlocutor, se desborda la esfera de la intimidad del emisor dejando de constituir un secreto, y se justifica la recepción consentida de tal información para los efectos investigativos y probatorios pertinentes.

#### LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL PARA SOLICITAR INFORMES A OPERADORES DE TELEFONÍA

b. Otro de los argumentos esgrimidos por el licenciado [...], consiste en que los arts. 42-B, 42-C y 42-D de la LT, desconocen la garantía de "inviolabilidad de la defensa" en la medida que los operadores de redes comerciales de telecomunicación pueden brindar información sobre los usuarios que se encuentren bajo investigación. Aunado a lo anterior, señala que tal disposición no se refiere al tipo de investigación que esté en curso o qué tipo de autoridad lo avalará, y más aún establece que a tales compañías se les puede ordenar la develación de alguna comunicación.

Es evidente que el motivo que esgrime el demandante, no se relaciona sobre la forma que tal pesquisa indagatoria afecta a la defensa técnica o material de una persona, ya que no aporta argumentación alguna sobre este contraste, ni de forma mínima relaciona alguna disposición constitucional que sirva como parámetro de control. Sino que su disconformidad se plantea sobre la legitimidad constitucional de solicitar informes a las empresas comerciales operadoras

de la telefonía y otros servicios análogos por cualquier autoridad.

Ahora bien, conforme lo dicho en los párrafos que anteceden, debe reiterarse nuevamente que toda restricción en mayor o menor grado del secreto de las comunicaciones, tanto desde la captación del contenido como en relación con la identidad personal de quienes hablan o su número telefónico, puede ser restringida en el marco de una investigación penal en curso por quienes constitucionalmente tienen el rol de controlar y autorizar las restricciones a los derechos fundamentales que puedan resultar afectados en la actividad persecutoria del Estado, es decir, los jueces con competencia penal.

#### DEBER DE COLABORACIÓN DE AUTORIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Pero también la ley secundaria puede habilitar al Ministerio Público Fiscal la realización de ciertas actividades de indagación como la petición a los operadores de redes de los datos de registro de líneas telefónicas, registros de llamadas, correos electrónicos u otro tipo de comunicaciones telemáticas.. Así, el art. 43 de la LEIT prescribe claramente el deber de colaboración que tienen funcionarios, autoridades, empleados públicos, agentes de autoridad y particularmente operadores de redes comerciales de telecomunicaciones con la Fiscalía General de la República en orden a la persecución del delito. Y es el mismo art. 47 de la LEIT el que habilita a los miembros de dicha .institución a requerir los informes relativos tanto a registros de línea como a los registros de llamadas y datos de origen de las comunicaciones, correos electrónicos u otro tipo de comunicación.

Lo anteriormente reseñado, aún antes de la vigencia de LEIT, ya podía ser resuelto mediante una interpretación sistemática con lo estipulado en el art. 42-E de la referida ley especial cuando señalaba: "...los operadores de redes Comerciales se asegurarán que la solicitud de información de identificación de llamadas y acceso a información de resguardo sea emitida mediante la correspondiente orden judicial o del Ministerio Público".

Por ende, de lo dispuesto por la LT y la LEIT se advierte claramente que tanto el juez penal como el fiscal del caso pueden perfectamente requerir informes a los operadores de las redes comerciales de telecomunicaciones, como un acto de investigación dentro del respectivo proceso penal.

#### PARÁMETROS OBLIGATORIOS PARA REQUERIR INTERVENCIONES A LAS COMUNICACIONES

Ahora bien, establecida la facultad legal para solicitarlos tanto por, unos como por otros, existen ciertos parámetros que deben ser respetados en orden a mantener el desarrollo de tal actividad dentro de los cauces del estricto control constitucional y legal, los cuales genéricamente se encuentran estipulados en el art. 2 LEIT, entre ellos su posterior ingreso al proceso jurisdiccional, el irrestricto respeto al principio de proporcionalidad, la temporalidad, reserva y confidencialidad.

Pero también otros parámetros que se revelan de la simple lectura del art. 47 LEIT: (a) existir una investigación penal en curso; (b) indicios claros de la comisión de un delito de los contemplados en el art. 5 LEIT; (c) dichos requerimientos e informes han de tener una finalidad exclusivamente probatoria, y por ende, deben ser incorporados a la mayor brevedad posible al informativo penal; y (d) de forma previa a la petición, una resolución suficientemente motivada en los puntos anteriormente detallados.

#### POSIBILIDAD DE LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES VÍA NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL

c. Por último, el demandante del proceso 10-2001 señala que el art. 42-H de la LT violenta el art. 24 Cn., ya que esta última norma prohíbe la afectación a la "intimidad "y "dignidad de las personas".

Desde esta perspectiva, el actor argumenta que la disposición constitucional propuesta como

parámetro de control contiene una prohibición que no admite excepciones; por lo que el legislador secundario no está autorizado para regular exclusiones por medio de una ley. Así, si el constituyente hubiera querido establecer restricciones a la referida garantía —sostuvo— las hubiera enunciado en el mismo texto, tal como lo hizo con la inviolabilidad de la morada.

Al respecto, se vuelve a reiterar que no existe impedimento en la Constitución para el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales, pues el mismo art. 246 inc. 1° Cn. habilita al Órgano Legislativo para que, por medio de una ley en sentido formal, pueda establecer limitaciones o restricciones a los mismos, o igualmente pueda crear una regulación especial en el Código Penal a fin de darle relevancia al consentimiento de uno de los comunicantes que permita escuchar a terceros o grabar el contenido de la comunicación. Esto ha sido soslayado en el particular caso de la inviolabilidad de las comunicaciones conforme lo estipulan los incs. 2°, 3° y 4° del art. 24 Cn. donde la excepcionalidad ahora cuenta con rango constitucional.

Consecuentemente, los derechos constitucionales, cuando han sido regulados o limitados por la misma Constitución y aún en los casos en que no haya sido así, pueden serlo por disposiciones infraconstitucionales, lo cual no es inconstitucional. Y ello es lo que se ha hecho por medio del D. L. n° 285/2010, por el cual la Asamblea Legislativa emitió la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, actualmente en vigencia.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **DERECHO DE DEFENSA**

### **DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA**

“A. En relación con el inc. 5° del art. 254 del C. Pr. Pn., el ciudadano [...] sostiene que esta disposición violenta la garantía constitucional de defensa contemplada en el art. 12 Cn., ya que permite transitar desde el Juzgado de Paz a la fase subsecuente del proceso penal sin que el imputado haya sido oído y vencido en juicio.

De acuerdo con la jurisprudencia emitida por esta Sala, la garantía de defensa puede entenderse como la oportunidad procesal de configurar una contienda inter-partes que les permita argüir los elementos tendentes al desvanecimiento de las alegatos incoados por la contraparte, a fin de hacer valer sus derechos y demás intereses jurídicos. Dicha garantía existe en su aspecto material y técnico, ya sea que lo ejerza la persona que puede verse afectada en sus derechos o un profesional del derecho respectivamente.

En su aspecto material, la defensa consiste en la facultad que posee el imputado de intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba, así como realizar todas las peticiones y observaciones que considere necesarias para la refutación de las tesis contrarias o que se arguyen en su contra.

Por su parte, la defensa técnica consiste en la garantía del imputado de ser asistido en el transcurso de todo el proceso por un defensor que, en igualdad de condiciones, enfrente tanto las alegaciones como las pruebas de cargo, presentadas por la parte acusadora (Sentencia de 10-11-2004 del proceso de HC, 34-2003).

#### EJERCICIO DE LA DEFENSA TÉCNICA REQUIERE QUE EL PROCESADO TENGA CONOCIMIENTO DE LA IMPUTACIÓN

Sin embargo, la misma noción de "asistencia" indica que la efectividad de la defensa técnica sólo puede predicarse con referencia a una persona determinada o de alguien que ha tenido la oportunidad de conocer la imputación en su contra y de decidir que un abogado lo represente

en el proceso como su defensor, para garantizar una intervención profesional compatible con sus intereses.

El imputado también puede hacer una valoración sobre lo que se le imputa y la oportunidad o la conveniencia de intervenir mediante un defensor técnico desde el inicio del procedimiento. En esta etapa inicial, incluso, las decisiones que pueden incidir sobre los derechos del imputado son provisionales y pueden ser modificadas con base en las peticiones o actuaciones que se realicen en las fases posteriores del proceso.

En estas circunstancias, si el imputado ha tenido la oportunidad de conocer la imputación y de nombrar un defensor, pero ha elegido abstenerse de intervenir en esa fase, la opción legislativa de potenciar el avance procesal mediante la resolución "con la vista del requerimiento" es aceptable desde la perspectiva del derecho de defensa.

#### AL IMPUTADO AUSENTE DEBE NOTIFICÁRSELE LA FASE INICIAL DEL PROCESO PENAL

De igual manera ocurre si los órganos de persecución penal carecen de los datos necesarios para localizar al imputado y facilitar su intimación, pues el eventual desarrollo de la instrucción se dirigirá precisamente, entre otros objetivos, a la obtención de esa información y a la realización de dicho acto o, en su defecto, a la comunicación procesal aplicable en los casos de personas de paradero desconocido, que por cierto implica unos lapsos incompatibles con la extensión temporal de la fase inicial del proceso.

Además, la resolución con vista del requerimiento puede consistir en decisiones que modulen o terminen la persecución penal o que de otro modo favorezcan al imputado, por lo que esa forma de resolución en sí misma carece del efecto necesariamente -perjudicial del que parece partir el planteamiento del demandante.

Si se toma en cuenta lo expresado anteriormente, puede aceptarse que, en la fase inicial del

proceso ante el Juez de Paz, el respeto al derecho de defensa y a la igualdad procesal del imputado ausente deben ser asegurados por medio de las citaciones y notificaciones legales respectivas, para garantizar que éste tenga la oportunidad de conocer la imputación y decidir si nombra o no un defensor que lo represente en la primera audiencia del proceso, donde las afectaciones a sus derecho aun no son definitivas —dado el carácter inicial y de apertura de la fase de instrucción de la audiencia inicial—.

En ese sentido, el art. 254 inc. 5° del C. Pr. Pn. es compatible con esta comprensión de los derechos mencionados y por ello debe desestimarse la pretensión de inconstitucionalidad.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **AFECTACIÓN NEGATIVA**

"2. La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto de control constitucional es, en efecto, un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerada como una limitación a ese derecho.

La idea de afectación negativa tiene una extensión destacable, pues comprende todo tipo de desventajas que una norma pueda producir en un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar el ejercicio del mismo. Para que se produzca esa desventaja resulta necesario que entre la norma legal y la afectación del elemento fundamental al derecho, medie

un nexo de causalidad o de idoneidad negativa –jurídica o fáctica–.

En otros términos, es pertinente que la norma sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la posición o elemento esencial en el derecho afectado –afectación normativa–, o bien, que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones que habilita el derecho o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado –afectación fáctica–.

Una disposición guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental, si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma que le afecta.

#### DIFERENCIA ENTRE REGULACIÓN Y LIMITACIÓN NORMATIVA

3. Ahora bien, la catalogación de una disposición como una intervención negativa en un derecho fundamental no implica automáticamente su inconstitucionalidad, sino sólo presupone que contra dicha norma pueden hacerse valer las garantías y los mecanismos de protección materiales de los derechos fundamentales. Por ello es importante señalar las diferencias entre regulación y limitación de derechos.

A. 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.

El establecimiento de condiciones para el ejercicio de un derecho forma parte de la libertad de configuración del legislador, y no crea derechos, así como tampoco es el cumplimiento de tales condiciones en un caso concreto lo que hace surgir el derecho en la práctica. El derecho existe independientemente de tales condiciones ya que éstas lo único que hacen es regular las formas para su ejercicio.

B. La limitación de un derecho fundamental es un caso específico de regulación que se caracteriza por las siguientes propiedades: es directa, instituye una disciplina general del derecho o, aún siendo parcial, afecta alguno de sus elementos sustanciales o de sus aspectos esenciales. La limitación o restricción de un derecho, 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 su ejercicio, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional.

A diferencia 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.

C. La simple regulación –por el contrario– afecta elementos no necesarios al derecho y no incide directamente sobre su ámbito y límites, o se refiere sólo a algunas de sus modalidades de ejercicio. La simple regulación se presenta en aquellos casos que resulta palmario que el legislador ha disciplinado sólo algunos aspectos parciales del derecho, de manera poco intensa o ha afectado sólo algunas acciones habilitadas por el derecho poco fundamentales.

#### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

[...] el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de

constitucionalidad de las leyes.

1. Dicho principio, a diferencia de otros países, no ha recibido una tipificación expresa en la Constitución salvadoreña, es decir, no existe en el texto constitucional declaración previa sobre la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo legislativo. Sin embargo, ello no implica que se trate de un concepto vacío u oscuro, por el contrario, el principio de proporcionalidad está dotado de una racionalidad lógico-operacional.

A tales efectos, el art. 246 Cn. establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales: no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales se realicen.

Y es que, la disposición constitucional en comento, si bien habilita el desarrollo legislativo –regular el ejercicio– de los derechos, principios y obligaciones constitucionales, también tiene el cuidado de prohibir su alteración, es decir, la perturbación o trastorno de la esencia de un concepto jurídico, en tanto que su desarrollo no desnaturalice la disposición constitucional que lo contiene.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad es una herramienta argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales –de poca densidad normativa– y las concreciones sobre las mismas. Dicho principio irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos –el Legislativo, principalmente– que exige que la limitación de derechos no sea desproporcionada, de lo contrario se debe declarar su inconstitucionalidad.

2. En efecto, a este principio se alude, sobre todo, en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito

de los derechos fundamentales. Y aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

[...] 3. Ahora bien, el principio de proporcionalidad no tiene la capacidad de operar sin una disposición constitucional que le sirva de base; en consecuencia, no parece plausible sostener que este principio impone al Legislador un límite adicional a aquel que dimana de las propias cláusulas constitucionales. Más bien, el principio en comento debe ser considerado como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 17-2006 de fecha 13/10/2010)**

## **EQUIDAD TRIBUTARIA**

### INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO "EMPRESAS DE SEGURIDAD" EN EL ARTÍCULO 9 DE LA LEGCRAF

B. Dicho artículo habla de "empresas de seguridad" sin más. Desde el punto de vista mercantil, una empresa es una "cosa" (art. 5.1 del Código de Comercio) constituida por un conjunto coordinado de elementos materiales y valores incorpóreos, con el objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios (art. 553 del mismo Código). Pero una "cosa", desde el punto de vista jurídico, no puede ser sujeto de obligaciones; puede serlo sólo la persona titular de la cosa.

En ese sentido, es claro que el art. 9 letra e) de la LEGCRAF utiliza el término "empresa"

impropiamente, pero a lo que se refiere realmente es a las personas naturales o jurídicas que, siendo propietarias o poseedoras legítimas de armas de fuego u otros artículos similares (sujetos pasivos, según el art. 3 letra a) de la misma ley), se dediquen a la prestación de servicios de seguridad.

Y una persona jurídica es todo sujeto de derechos y obligaciones distinto de la persona natural. Así, tanto una sociedad mercantil como una asociación —por ejemplo— son personas jurídicas. Por lo tanto, contrario a lo que sostiene el ciudadano, el art. 9 letra e) de la LEGCRAF, en relación con el art. 3 letra a) de la misma ley, al gravar a las empresas de seguridad, está afectando a toda persona natural o jurídica, independientemente de la forma jurídica, que se dedique a ese rubro. En otras palabras, el término "empresa de seguridad" tiene en la disposición impugnada un sentido amplio, no restrictivo.

En virtud de lo anterior, la diferenciación arbitraria, contraria al principio de igualdad que se deduce de la equidad tributaria (art. 131 ord. 6° Cn.), que el actor advertía en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF se desvanece, pues ni siquiera existe un trato desigual; en consecuencia, debe desestimarse este punto de la pretensión.

## DERECHOS FISCALES

2. En segundo lugar, el ciudadano considera que el hecho imponible del tributo contemplado en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF es el mismo que el del art. 8 letra a) de la LSPS, por lo cual existe doble tributación. Por ende, a las empresas de seguridad se les impone una carga que les dificulta mantener su patrimonio, lo cual es contrario al principio de equidad tributaria (art. 131 ord. 6° Cn.).

Antes de emitir cualquier juicio al respecto, es indispensable determinar qué clase de tributo es el que contempla la disposición impugnada.

A. El art. 9 de la LEGCRAF, según su propia rúbrica, establece los "derechos fiscales" que debe pagar toda persona natural o jurídica titular de una empresa de seguridad para la obtención de un "permiso especial", el cual otorga el Ministerio de la Defensa Nacional (art. 5 LEGCRAF). Habría que entender que el legislador consideró pertinente hacer destinatarias de esta ley a las empresas de seguridad, en primer lugar, porque la prestación del servicio de seguridad presupone la propiedad o posesión legítima de armas de fuego u otros artículos similares (art. 3 letra a) LEGCRAF), y en segundo lugar, porque dicho servicio implica el uso y la portación o tenencia de armas de fuego, que son actividades que forman parte del objeto de regulación de la ley (art. 1 inc. 1° LEGCRAF).

Pues bien, como se reseñó en la Sentencia de 16-V-2007, Amp. 101-2006, algunos tratadistas del Derecho Tributario y en los códigos fiscales de ciertos países se denomina "derechos fiscales" a las tasas. En nuestro ordenamiento jurídico —se explica en la misma resolución— es usual denominar "derechos fiscales" a las tasas por servicios jurídicos o administrativos —por ejemplo, permisos para construcción o para circulación de vehículos, matrículas, certificaciones, constancias, expedición de títulos, registros, etc.— que solamente pueden ser prestados por el Estado o el municipio y que se particularizan en el contribuyente.

En la sentencia precitada, que precisamente versaba sobre la aplicación del art. 9 letra e) de la LEGCRAF, se determinó —criterio que se sigue en esta oportunidad— que este tributo es una tasa y no un impuesto, ya que la ley establece que, para realizar las actividades relacionadas con armas de fuego u otros artículos similares, el Ministerio de la Defensa Nacional extiende permisos especiales (autorizaciones) y las personas a quienes se extienden tales permisos deben pagar los "derechos fiscales" establecidos. Es decir —dijo esta Sala—, existe un servicio público que presta el Estado a través del referido ministerio, el cual se individualiza en cada persona natural o jurídica que solicita el permiso especial, según la actividad relacionada con armas de fuego u otros artículos similares que vaya a realizar.

PRINCIPIO DEL BENEFICIO

B. En virtud de lo anterior, el tributo contemplado en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF se rige principalmente por el principio del beneficio. Ahora bien, ello no obsta —como se expuso en el apartado IV.2 de esta sentencia— a que el legislador tome en cuenta la capacidad económica para "corregir" los efectos del principio del beneficio, así como fines extrafiscales, y eso es lo que ha sucedido en el presente caso.

En relación con este punto, es necesario aclarar que la equidad tributaria (art. 131 ord. 6° Cn.), en el caso de las tasas, no se reduce a la proporcionalidad que debe existir entre el monto de la tasa y el costo del servicio (Sentencias de 8-VIII-2002, 14-1-2003 y 14-XII-2004, Amp. 123-2001 e Incs. 23-99 y 20-2003 respectivamente), sino que —como reiteradamente se ha dicho en esta sentencia— consiste en la optimización de los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscación, sin perjuicio de que se atienda a otros fines constitucionales legítimos dentro del sistema coherente que representa la Constitución.

Establecido lo anterior, y tal como se desprende del informe de la Asamblea Legislativa, la tasa prevista en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF se fundamenta —por la estructura de su hecho imponible— en el principio de beneficio, y su monto se justifica por la capacidad económica de los titulares de empresas de seguridad, así como para la consecución de fines extrafiscales (la financiación del FOSALUD [art. 65 Cn.] y desincentivar el uso de armas de fuego para proteger la seguridad [art. 2 inc. 1° Cn.]).

#### DOBRE TRIBUTACIÓN POR HECHOS IMPONIBLES IDÉNTICOS

a. Se explicó anteriormente que la doble tributación podría consistir —caso raro, pero posible— en que los hechos imponibles de dos tributos sean idénticos, lo que implica que el mismo tributo está tipificado en dos disposiciones diferentes. Tenemos que analizar primeramente si la situación planteada encaja en este supuesto.

El hecho imponible del tributo previsto en el art. 8 letra a) de la LSPS es la autorización a una persona natural o jurídica para funcionar como empresa de seguridad privada, la cual constituye un beneficio para el contribuyente. Por lo tanto, dicho tributo es una tasa, ya que su destinatario recibe una contrapartida. Ahora bien, en este caso el legislador —para corregir los efectos del principio de beneficio— ha tenido en cuenta la capacidad económica de los contribuyentes, pues el monto de la tasa se eleva a medida que aumenta el número de empleados de la empresa de la que el sujeto obligado es titular (sin tomar en cuenta alguna manifestación líquida de riqueza, pues no es exigido constitucionalmente para el caso de las tasas).

En cuanto al hecho imponible de la tasa contemplada en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF, su identificación requiere de un mayor esfuerzo de interpretación, ya que la disposición respectiva es oscura en ese punto. En efecto, ésta se limita a decir: "Los derechos fiscales para toda clase de permiso especial están sujetos a la actividad que se vaya a realizar así: [...] Empresa de Seguridad. [...] \$1,142.86".

Pues bien, esta Sala ha entendido en esta sentencia que las personas naturales o jurídicas que prestan servicios de seguridad privada son sujetos pasivos de esta ley por dos razones: (i) son personas naturales o jurídicas propietarias o poseedoras legítimas de armas de fuego (art. 3 letra a) LEGCRAF), y (ii) el servicio de seguridad implica el uso y tenencia o portación de armas de fuego (art. 1 inc. 1° LEGCRAF).

Ahora bien, lo anterior no basta para que la tasa impugnada sea constitucionalmente admisible. Es necesario enjuiciarla a la luz de alguno o algunos de los principios que concretan la equidad tributaria (art. 131 ord. 6° Cn.). Dado que este Tribunal debe circunscribirse al objeto del presente proceso, se partirá del alegato de doble tributación por parte del art. 9 letra e) de la LEGCRAF, en relación con el art. 8 letra a) de la LSPS. De existir dicha doble imposición, habría que determinar si la misma es inconstitucional por violar alguna concreción de la equidad tributaria.

Habiendo precisado el hecho imponible del tributo que contempla la LSPS, a efecto de apreciar la supuesta doble tributación, debemos dirigir la mirada a la tasa tipificada en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF, el cual —como ya se decía— es oscuro. Su sentido, empero, se puede descifrar con auxilio del art. 2 de la LEGCRAF, que reza: "[c]onstituyen hechos generadores de los derechos fiscales establecidos en la presente ley, la tramitación, expedición y registro de licencias, matrículas, permisos especiales y traspasos" (cursivas suplidas).

Así, se concluye sin equívocos que el hecho imponible de la tasa impugnada es la tramitación, expedición y registro de un "permiso especial" que emite el Ministerio de la Defensa Nacional. Ahora bien, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿permiso especial para qué? Inicialmente, podría pensarse que es un permiso para que las empresas de seguridad privada "usen" y "tengan" o "porten" armas, ya que estas son actividades objeto de la LEGCRAF, según su art. 1 inc. 1°.

Usar un arma de fuego significa dispararla. Para que una persona esté legalmente autorizada para disparar un arma de fuego debe, en primer lugar, poseer licencia para su uso (art. 3 letra a] de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares [LCR]), y en segundo lugar, poseer matrícula para tenencia y conducción —que le permite tenerla lista para el uso dentro de los límites de su propiedad, negocio, oficina o dependencia (art. 4 letra a] LCR)— o matrícula para portación —que le permite llevarla consigo, aprovisionada, cargada y lista para el uso (art. 4 letra b] LCR)—.

Ninguna persona que pretenda usar legítimamente un arma de fuego puede obviar la obtención de una licencia para su uso ni de matricular la misma. De la misma forma, una empresa de seguridad deberá acreditar que todo su personal está en posesión de la licencia respectiva y deberá matricular para portación todas las armas de fuego de que disponga (véase el art. 28 inc. 2° de la LCR).

Entonces, si toda empresa de seguridad privada debe matricular para portación las armas de fuego de las que es propietaria o poseedora legítima y en dicha matrícula va implícito el uso de las referidas armas, debe descartarse la hipótesis inicial de que el permiso especial contemplado en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF es para que una empresa de seguridad privada pueda usar armas de fuego, pues no tiene sentido alguno —y sería, por ello, arbitrario— que se cobre por el mismo beneficio con dos nombres diferentes ("matrícula" y "permiso especial").

Por lo anterior, la mirada debe desviarse hacia el propio art. 9 letra e) de la LEGCRAF, y es particularmente llamativo que en éste el monto del "derecho fiscal" a cobrar al contribuyente depende de la "actividad" correspondiente. Por ejemplo, el permiso especial para fabricación de armas, municiones y explosivos se grava con \$1,142.86; mientras que el permiso para ingreso temporal de armamento al país se grava con \$11.43.

Si se presta atención a la norma en comento, además de las actividades mencionadas —y de la del tributo impugnado—, se tasan: la exportación de armas, municiones y explosivos; la comercialización de armas, municiones y explosivos; el funcionamiento de armerías; la detonación de explosivos con fines comerciales; la importación de pólvora o fulminantes para munición; el funcionamiento de polígonos de tiro abiertos o cerrados; los instructores de tiro, y los conductores dedicados a transportar materias peligrosas.

Lo que diferencia unas tasas de otras es precisamente la actividad sobre la que recaen. Se trata de supuestos fácticos que no encajan ni en las licencias (art. 6 LEGCRAF) ni en las matrículas (art. 7 LEGCRAF), pero que sí, en la medida en que caen dentro del objeto de la ley (art. 1 LEGCRAF), deben ser regulados por ésta, y en vista de que son actividades en principio prohibidas para los particulares —debido a su peligrosidad— deben necesariamente ser objeto de autorización estatal. De ahí que el legislador las haya agrupado y hecho objeto del respectivo "permiso especial" que debe extender el Ministerio de la Defensa Nacional.

En el caso de la actividad consistente en la prestación de servicios de seguridad por parte de

empresas, si bien ésta implica la portación de armas de fuego y, por ello, en principio, se justifica que esté regulada en la LEGCRAF, dado que la portación ya es objeto de matrícula, se concluye que realmente el hecho imponible del art. 9 letra e) de la LEGCRAF es un "permiso especial" para que una empresa se pueda dedicar a prestar servicios de seguridad, o sea, el mismo hecho imponible de la tasa contemplada en el art. 8 letra a) de la LSPS.

b. Por ende, la situación planteada a esta Sala cae dentro de la hipótesis antes enunciada: dos tributos idénticos (tasas, en el presente caso) tipificados en dos disposiciones diferentes.

#### INEXISTENCIA DE BENEFICIO QUE JUSTIFIQUE LAS TASAS DE LA LEGCRAF

[...] Las tasas —se ha explicado— se justifican por el principio del beneficio: la contrapartida que recibe el contribuyente. Dicho beneficio en la tasa impugnada no existe, ya que el supuesto beneficio (según lo que el legislador plasmó en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF) el contribuyente ya lo ha recibido al ser autorizado como empresa de seguridad y haber pagado los "derechos" correspondientes, de conformidad con el art. 8 letra a) de la LSPS. Entonces, si no existe un beneficio —que es lo que justifica a las tasas—, el cobro de los "derechos fiscales" previsto en el art. 9 letra e) de la LEGCRAF representa una exacción arbitraria del patrimonio de los contribuyentes, lo cual es contrario al principio de capacidad económica, ya que ésta —como se expuso— es una cualidad del sistema tributario globalmente considerado, lo que incluye a las tasas.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas 35-2009 de fecha 09/07/2010)**

#### IMPOSIBILIDAD DE INICIAR PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

## CUANDO SE FUNDAMENTE EN MOTIVOS QUE YA FUERON OBJETO DE SENTENCIA DESESTIMATORIA

"[...] el art. 10 de la L. Pr. Cn. establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de un cuerpo normativo o disposición impugnada, tiene efectos erga omnes, es decir, plenos efectos frente a funcionarios y particulares. En el caso que el pronunciamiento definitivo sea desestimatorio – que declare la no existencia de la inconstitucionalidad alegada–, la incidencia sobre la realidad jurídica preexistente al pronunciamiento se manifiesta de manera similar, pues no cabría la posibilidad de examinar en un nuevo proceso la constitucionalidad del cuerpo normativo o disposición impugnada por los mismos motivos desestimados.

[...] el pronunciamiento que verifique la no existencia de la inconstitucionalidad alegada, no implica per se una imposibilidad de realizar un nuevo examen en la normativa infraconstitucional bajo parámetros de control constitucional distintos a los que sirvieron de fundamento en la decisión desestimatoria, pues el examen de constitucionalidad anterior no vuelve inexpugnable a la disposición impugnada por otros argumentos de control constitucional.

[...] En conclusión, carece de sentido iniciar un proceso de inconstitucionalidad cuyo fundamento de la pretensión radique en la inconstitucionalidad de una disposición infraconstitucional que ya fue objeto de decisión por parte de este Tribunal, en relación con los mismos motivos y parámetros de control; pues implicaría un dispendio procesal que, al final, conducirá a una sentencia definitiva igual a la ya existente".

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Sobreseimientos, 44-2009 de fecha 19/07/2010)**

## **IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **POR INEXISTENCIA DEL OBJETO DE CONTROL**

“II. 1. El juicio de inconstitucionalidad se desenvuelve, fundamentalmente, con la finalidad de verificar la confrontación normativa entre las disposiciones inaplicadas y el texto constitucional, a fin de invalidar la primera. Por ello, la identificación y permanencia en el sistema jurídico de ambos elementos -objeto y parámetro de control- siempre son necesarias para seguir con la normal tramitación y conclusión del proceso de inconstitucionalidad.

En ese sentido, la viabilidad del proceso depende de la existencia del objeto de control, es decir, de la disposición infraconstitucional sobre la cual realizar el examen de constitucionalidad; por el contrario, si la disposición objeto de control ha sido expulsada del ordenamiento jurídico, mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este tribunal, el objeto de control ha dejado de existir y, en consecuencia, el proceso carece de finalidad, y no habría sustrato material sobre el cual pronunciarse.

2. En ese sentido, se advierte por un lado, que mediante sentencia de 12-XI-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 40-2009, este tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 5 LEGPPRI por violación al art. 12 Cn., en la medida que el desalojo no constituye una medida cautelar, sino que anticipa una sentencia de condena vulnerando la presunción de inocencia; e interpretó conformes con la Constitución a los arts. 4, 6 y 7 LEGPPRI [...].

3. Dicha sentencia recae sobre las mismas disposiciones que constituyen el objeto de control en el presente proceso; situación que genera la imposibilidad de emitir pronunciamiento alguno sobre los motivos de inconstitucionalidad argüidos por los demandantes, pues los contrastes aludidos y advertidos en las disposiciones han sido ya resueltos por esta Sala -de manera estimatoria para los arts. 5 LEGPPRI y reinterpretados en el caso de los arts. 4, 6 Y 7 LEGPPRI-.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Improcedencias, 62-**

**2009 de fecha 19/11/2010)**

## **INASISTENCIA A AUDIENCIA**

**INCOMPARECENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES SANCIONADA COMO DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL**

"B. Trasladando las anteriores consideraciones al presente caso, se tiene que el inc. 2° del art. 313 del C. Pn. tipifica, como desobediencia a mandato judicial, la incomparecencia sin justa causa de las partes a cualquiera de las diligencias contempladas como anticipos de prueba, según el art. 270 del C. Pr. Pn.

Al respecto, los demandantes sostienen que para la configuración del delito de desobediencia se requiere que la conducta prohibida provoque ese entorpecimiento del proceso, y ello no acontece con la inasistencia de alguno de los sujetos procesales, pues la diligencia siempre se podrá efectuar. Por tanto, tal conducta delictiva carece de bien jurídico protegido, además de no respetar el principio de proporcionalidad.

**SANCIÓN A TRAVES DEL DERECHO PENAL ES LESIVA AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y DE MÍNIMA INTERVENCIÓN**

Para resolver dicha contradicción, debe tenerse en cuenta que el denominador común de los delitos contra la administración de justicia es su capacidad para afectar el normal y correcto funcionamiento de esta actividad estatal, por medio de conductas de suma gravedad como el prevaricato, el falso testimonio, el encubrimiento y otras. Por ello, el referido título del estatuto punitivo ofrece tan sólo una protección "relativa" y "fragmentaria" de algunos aspectos o

funciones del sistema jurisdiccional sumamente importantes.

Sin embargo, resulta incomprensible cómo el hecho de no ejercer un derecho de intervención en un determinado acto procesal por alguna .de las partes, pueda afectar su validez y particularmente en el caso de los anticipos de prueba, cuando el mismo inciso cuarto de dicha disposición establece que éstos puedan practicarse aún sin la asistencia de alguna de las "partes". Situación que debe ser matizada de acuerdo con lo expuesto en la sentencia de 29-X-2001, pronunciada en el proceso de HC 7-2001, en el sentido que la autoridad jurisdiccional debe asegurar hasta donde sea posible la necesaria presencia tanto del fiscal como del defensor, a fin de asegurar el respeto irrestricto del derecho constitucional de defensa, así como garantizar la incorporación óptima de aquellos elementos de convicción que permitan el esclarecimiento de los hechos.

Pero dejando de lado los efectos procesales de la norma en cuestión, se desprende de, su lectura que hace referencia al incumplimiento de obligaciones eminentemente profesionales, las cuales pueden resultar comprendidas y castigadas dentro del marco disciplinario institucional, sin necesidad de recurrir a un medio tan severo como el Derecho Penal. Es entonces, palpable la inobservancia del principio de "prohibición de exceso" al elevar comportamientos que pueden ser satisfactoriamente evitados por medio de la normativa disciplinaria pertinente.

Lo mismo vale para el severo marco de penalidad que está comprendido entre los dos y los cuatro años de prisión, a la que se adiciona la pena accesoria de inhabilitación profesional por igual periodo. Esto resulta más grave dentro de un plano comparativo, al delito de lesiones cuya pena oscila en uno a tres años (art. 142 del C. Pn.) e igual al del homicidio culposo (art. 132 del C. Pn.). Es así, que no es posible constitucionalmente castigar una inasistencia sin justa causa, con igual o mayor intensidad que un ataque a la vida o la integridad física de una persona.

En consecuencia, el inciso segundo del art. 313 C. Pn. debe ser declarado inconstitucional por

violación a los principios de lesividad y mínima intervención.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **INFILTRACIÓN POLICIAL**

### **ADMISIBILIDAD PARA EL ESCLARECIMIENTO DEL DELITO**

“A. En la demanda correspondiente al proceso 34-2002, los actores objetan la constitucionalidad de los incs. 5° y 6° del art. 15 del C. Pr. Pn., por estimar que vulnera el debido proceso concretado en los arts. 11 y 12 Cn. Sobre tal motivo de impugnación, los peticionarios sostienen que el debido proceso presupone que la prueba recabada —y que sustentará la acusación— deberá ser obtenida por medios lícitos y con un total respeto a los derechos y garantías constitucionales. Por ello, señalan que utilizar el engaño y la incitación como formas de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales atenta contra los derechos y garantías consagradas en la Constitución.

Por otra parte, en la demanda correspondiente al proceso 10-2003, los actores impugnan el inc. 6° del art. 15 del C. Pr. Pn., por considerar que vulnera la presunción de inocencia contenida en el art. 12 Cn., por cuanto el agente provocador o instigador crea la intencionalidad o dolo en la persona sujeta a una investigación.

Como se advierte en ambas pretensiones, el punto sometido a conocimiento de esta Sala concierne a la constitucionalidad de los denominados medios "extraordinarios" de investigación delictiva; particularmente, la "infiltración policial" en los ámbitos de la organización criminal por medio de agentes encubiertos y provocadores, los cuales aparecen regulados en las normas

impugnadas aunque de forma muy lacónica.

a. Es indiscutible el desarrollo cuantitativo y cualitativo de la criminalidad organizada, su poder corruptor dentro de las diferentes esferas sociales e institucionales de cualquier nación, así como el peligro que encierra para la seguridad en general de todos los ciudadanos.

Ante ella, los métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir tales formas de delincuencia y su represión únicamente puede llevarse a cabo con éxito en la medida que se pueda conocer interiormente tales estructuras organizativas. Por ello, los órganos de persecución penal recurren a las operaciones de "infiltración policial", logrando así conocer o descifrar dichas estructuras mediante la intervención en la preparación y ejecución del hecho delictivo, o mediante el establecimiento de relaciones con los previsibles partícipes del mismo.

De acuerdo con lo anterior, dichas operaciones resultan admisibles en tanto que el esclarecimiento del hecho delictuoso no podría efectuarse de otra forma o podría verse seriamente dificultado. Sin duda, estas técnicas policiales tienen una importancia material dentro del esquema de la persecución penal en la medida que permiten aportar una gran cantidad de información para la investigación que efectúan los órganos de persecución del delito; y por otra parte, se constituyen como medios de prueba de eventual producción y valoración en sede jurisdiccional.

#### AGENTE ENCUBIERTO, LÍMITES Y CONTROL JUDICIAL

b. Como se advierte en las anteriores consideraciones, el agente encubierto constituye sin discusión, el arquetipo básico de la infiltración policial. De tal caracterización, se desprende entonces que su finalidad es proporcionar "desde adentro" la información que permita el enjuiciamiento de los integrantes de la asociación ilícita y su posterior disolución.

En principio, tales actividades de indagación pueden en algún momento entrar en colisión con

algunos derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución (v. gr. entrada a domicilios privados, obtener conversaciones de contenido incriminatorio con los futuros procesados y grabarlas, etc.). Sin embargo, resulta posible conciliar la utilización de estos mecanismos de inteligencia policial, con los principios fundamentales que informan el proceso penal constitucionalmente configurado, por medio de la fijación de límites claros a su ejercicio y de un control judicial efectivo, así:

Deben utilizarse en el esclarecimiento de hechos delictivos relacionados con la criminalidad organizada. En consecuencia, no resulta posible su aplicación a la delincuencia de bagatela o de escasa complejidad.

Su uso ha de ser indispensable para superar las insalvables dificultades derivadas de la utilización de los medios convencionales de investigación y de prueba. En otras palabras, sólo podrá acudir a esta técnica de investigación cuando la utilización de otras vías resulten inútiles o cuando el esclarecimiento de los hechos resulte seriamente dificultado (principio de subsidiariedad).

Ha de existir autorización debidamente motivada por parte del Fiscal General de la República, o de quien —por delegación— ostente la referida competencia de parte del funcionario arriba citado (en consonancia con lo establecido en la sentencia de 19-XII-2003, pronunciada en el proceso de HC 236-2002). Entre otros requisitos, tal resolución debe indicar el plazo durante el cual se desarrollará la investigación.

La información obtenida por el agente encubierto debe ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación (información inmediata), y deberá ser aportada al proceso penal en su integridad. Conforme a ello, únicamente podrá ser utilizada con fines intra-procesales, con exclusión de otras causas criminales por otros hechos delictivos.

(v) La introducción al proceso penal de los datos obtenidos por el agente encubierto se

encuentra condicionada al irrestricto respeto de las garantías constitucionales de defensa y contradicción (como elementos probatorios sujetos a valoración judicial dentro del juicio oral).

De acuerdo con lo anterior, tanto el imputado como la defensa han de tener: la posibilidad de una percepción visual del testigo; el conocimiento de los datos y circunstancias que él haya aportado a la causa, aunque únicamente ello se refiera a su identidad "infiltrada" y no real; por último, la posibilidad de interrogarle debidamente y formularle las preguntas pertinentes.

(vi) Por último, y no por ello menos esencial, la legitimidad constitucional de tales prácticas se condiciona a que las actuaciones policiales no provoquen o generen la idea criminal; sino, únicamente se limiten a constatar la realización delictiva e identificar plenamente a cada uno de sus intervinientes.

#### DELITO PROVOCADO Y AGENTE PROVOCADOR

c. Es necesario referirse al delito provocado y al agente provocador. Por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de seguridad que, procurando la detención de una persona sospechosa, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en un supuesto concreto; es decir, de no haber existido provocación, el delito no se hubiese producido.

Dos son los elementos constitutivos del mismo: la acción del agente provocador de crear el designio criminal en él provocado —el cual no lo tenía— y, el control que el primero tiene a efectos de evitar el resultado criminal. La doctrina y la jurisprudencia comparada coinciden que la diferencia entre el provocador y el agente encubierto radica en que la intervención del último acontece cuando la actividad criminal se estaba produciendo con anterioridad, y su función tiene como finalidad obtener pruebas del delito. En cambio, el agente provocador busca instigar a fin de lograr cargos penales contra el provocado, excluyéndose de antemano cualquier

posibilidad de consumación del delito.

d. El sentido de esta decisión parte de la base de que existe una prohibición constitucional derivada de los diferentes fines y valores proclamados en la Constitución, principalmente desde el principio de legalidad de la actuación pública y la presunción de inocencia del imputado, que no permite que los organismos de persecución penal puedan valerse de medios desleales para el combate del crimen.

#### ACTUACIÓN DEL AGENTE PROVOCADOR ADMITE JUICIO DE COMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

[...] En relación con el inc. 6° del art. 15 del C. Pr. Pn. la situación es diferente, pues hay que distinguir entre la habilitación de la incitación delictiva y la provocación de conductas exclusivamente orientadas a comprobar o verificar hechos delictivos realizados por la persona investigada.

La primera supone una desnaturalización de la función básica del cuerpo policial, en la medida que pone en entredicho las funciones constitucionales establecidas en el art. 159 in fine Cn.: garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad públicas, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos. El poder público no puede generar de ninguna forma la idea criminal en sus propios ciudadanos, puesto que eso implicaría una ilicitud similar o más grave de que la que trata de castigar, con independencia de que ello parezca el único camino posible para desarticular un determinado tipo de delincuencia.

Por su parte, la figura del agente provocador admite un juicio de compatibilidad con la Constitución cuando su labor se limita a la imprescindible para obtener del sospechoso la conducta esperada que evidencie la comisión del delito preexistente, es decir, dentro del estricto y exclusivo marco de la comprobación, verificación o demostración de delitos realizados

por iniciativa propia de las personas indagadas. En este caso no se provoca el delito en sí mismo, sino la constatación de una conducta que pone de manifiesto su realización por determinación previa y personal del investigado.

En consecuencia, se declarará la inconstitucionalidad parcial del inc. 6° del art. 15 del C. Pr. Pn., en lo que respecta a la potestad fiscal para habilitar la incitación de conductas delictivas; y se desestimará la pretensión en cuanto a la figura del agente provocador, cuando este tiene el propósito exclusivo de comprobar delitos.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **INTERPRETACIÓN ANALÓGICA**

### **DIFERENCIA CON LA ANALOGÍA IN MALAM PARTEM**

“C. Corresponde ahora estudiar la pretensión sometida a conocimiento de esta Sala por el ciudadano [...], quien sostuvo que nuestro ordenamiento jurídico primario contempla como garantía de seguridad jurídica la exclusión de la analogía. Ello —afirmó— resulta inobservado por medio de la reforma de los num. 4) —"con escalamiento o valiéndose de cualquier otro medio para ingresar"— y 7) —"usando disfraz o valiéndose de cualquier otro medio para engañar"— del art. 208 del C. Pn., pues los mismos maximizan el uso de la analogía.

Sobre este punto conviene advertir que la descripción legal impugnada puede ser analizada en la medida que pueda o no permitir la analogía in malam partem, lo que conllevaría su cotejo con el presupuesto de lex stricta del principio de legalidad, y también puede serlo desde la perspectiva de la lex certa, en la medida de si este tipo de técnica legislativa es admisible

constitucionalmente en una materia tan delicada como el Derecho Penal material.

Sin duda, un correcto razonamiento jurídico indicaría que mientras más imprecisa se muestre la descripción del hecho punible, mayor cobertura y extensión tiene el juez penal para complementarlo por vía interpretativa y, en algunos casos dotarlo de un campo excesivamente amplio que se muestre incompatible con el principio de legalidad.

[...] En el presente caso, el num. 4° reformado del art. 208 del C. Pr., persigue castigar toda aquella forma de ingreso "anormal" a una vivienda, siendo el escalamiento una de ellas. De igual forma, el ingreso por medio de "engaño" puede adoptar multiplicidad de formas diferentes al uso de disfraz. En suma, la técnica legislativa busca comprender otras conductas de igual gravedad que las expresadas y cuyo casuismo en el texto de la ley no podría abarcarlas.

[...] b. Por último, vale la pena tratar la cuestión de si tal procedimiento constituye una analogía in malam partem la cual resulta inadmisibles conforme al principio de legalidad. Por analogía ha de entenderse, la aplicación de la ley a un caso no comprendido en la misma, pero similar a los contemplados en su tenor literal. Ello en materia penal resulta inadmisibles, en la medida que desborda la seguridad jurídica convirtiendo al juez en legislador.

De la misma forma, debe distinguirse la interpretación analógica, la cual se encuentra relacionada con los resultados a los que puede llegarse con la interpretación teleológica que puede convertirse en extensiva. Esta última es admisible en la medida que no traspase el sentido literal posible de la norma. Así, la diferencia radica en que la interpretación debe mantenerse dentro de tales límites, mientras que la analogía los traspasa creando incriminaciones absolutamente inconstitucionales.

En el presente caso, se advierte que se trata de un problema interpretativo cuyo ámbito no traspasa el sentido literal posible del tipo penal; por el contrario, los resultados propios de una interpretación teleológica se encuentran inmersos en su cobertura semántica. Por ende, no nos

encontramos ante un problema de analogía in malam partem, sino de lo que debe corresponder a un buen uso de los criterios de interpretación.

En virtud de lo expuesto en las consideraciones anteriores, debe concluirse que las circunstancias agravantes antes detalladas —según el motivo expuesto por el demandante— no son inconstitucionales. Por lo tanto, debe desestimarse la pretensión del ciudadano [...], y así debe consignarse en el fallo.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA**

VOTO DISCORDANTE DEL MAGISTRADO JOSÉ NÉSTOR MAURICIO CASTANEDA SOTO

INC. 3° DEL ART. 191 C. PN ADMITE INTERPRETACIÓN CONFORME

“[...] La exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc. 3° del art. 191 C. Pn. efectivamente se hace en "referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos" y para ello se utiliza la expresión lingüística siguiente: "En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores..." Si no se evade el análisis de esta frase puede afirmarse que, dentro de la tipología de los elementos normativos evocados en la sentencia, se trata de una condición de aplicación de la norma cuestionada. En otras palabras, la exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc. 3° aludido no es ni puede ser absoluta, sino que está condicionada a que se trate de "situaciones reguladas en los dos incisos anteriores". La fórmula "no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal" no debe interpretarse aisladamente,

sino que debe ponerse en relación con la cláusula condicional que le precede.

La condición de aplicación (o "las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores") de la exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc. 3° del art. 191 C. Pn. consiste en que se trate de una actividad comunicativa, informadora o expresiva que no demuestre un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en cuyo caso sí se desactiva la eximente de responsabilidad. Este es el contenido que la propia sentencia le reconoce a los incs. 1° y 2° del art. 191 C. Pn. y en vista de la interdependencia expresa que tienen los tres incisos de la disposición, la exclusión punitiva del inc. 3° debería recibir la misma interpretación condicional o condicionada que se le ha dado a los dos incisos previos. Este es justamente el mismo método de análisis que la sentencia realiza con el texto del inc. 2°, al expresar la mayoría del tribunal que: "cuando dice "[d]e igual manera", hace referencia directa al inc. 1°, con base en lo cual existe la necesidad de tomar éste (sic) en consideración al hacer el examen de constitucionalidad de aquél."

Es patente que el enunciado o la fórmula lingüística de la condición de aplicación del inc. 3° del art. 191 C. Pn. ("En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores...") es distinto del enunciado de la condición de aplicación del inc. 2° ("De igual manera..."), pero la proposición, o idea que comunica un determinado significado, es la misma: que las conductas referidas en ambos incisos están sujetas a los límites definidos en el inc. 1° del art. 191 C. Pn. Si respecto del inc. 2° se utilizó una especie de interpretación sistemática para salvar su constitucionalidad y el inc. 3° comparte lógicamente la misma proposición condicional, el resultado debería ser igual en ambos casos: afirmar que la eximente de responsabilidad está condicionada en los dos incisos (2° y 3°) y que no es absoluta en ninguno de ellos. Como lo dice la propia sentencia, esta forma de comprensión viene exigida por el principio de interpretación conforme a la Constitución, de modo que "el art. 191 del C. Pn. [todo él, sin exclusión de alguno de sus incisos —añado—] debe ser analizado e interpretado en su conjunto por la interrelación directa que tienen sus disposiciones."

El inexplicable abandono de esa forma de interpretación empleada respecto del inc. 2° del art. 191 C. Pn. al momento de interpretar el carácter y el contenido del inc. 3° de esa misma disposición origina, además del vicio lógico ya indicado, una grave inconsistencia en la sentencia como un todo, pues el uso de argumentos interpretativos deja de parecer objetivo e imparcial y se aproxima riesgosamente a un arbitrio incontrolado. Si es falso que el inc. 3° del art. 191 C. Pn. da un tratamiento diferenciado a los sujetos normativos a que se refiere (o, en otras palabras, si es falso que les reconoce una exclusión absoluta de responsabilidad penal), carece de sentido el resto del análisis efectuado por la sentencia, con relación a la razonabilidad y proporcionalidad (en su manifestación de prohibición de protección deficiente) de dicha distinción de trato. Al partir de una premisa falsa, la conclusión obtenida también es falsa.

En mi opinión, el inc. 3° del art. 191 C. Pn. también admite, igual que el inc. 2°, una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido de que la exclusión de responsabilidad penal de los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso también está condicionada a la ausencia de propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona. La fórmula "en ningún tipo de responsabilidad penal" —que por lo demás es equivalente al enunciado "no son punibles" de los incs. 1° y 2° del artículo en mención—interpretada en armonía con la cláusula condicional que le precede, significa exclusión de responsabilidad penal si y sólo si en la comunicación realizada está ausente el animus injuriandi. Cuando este propósito de dañar aparezca, la exclusión de responsabilidad penal se desactivará y corresponderá al juez en cada caso concreto verificar si los sujetos normativos del inc. 3° del art. 191 C. Pn. deben responder penalmente por las lesiones ocasionadas a otros derechos fundamentales, evitando en todo caso cualquier tipo de responsabilidad objetiva (art. 4 inc. 1° C.Pn.).

Por estas razones considero que se debió declarar que el inc. 3° del art. 191 C. Pn. admite la interpretación conforme a la Constitución antes expuesta y por ello no existe la inconstitucionalidad alegada.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 91-2007 de fecha 24/09/2010**

## **INTERPRETACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**

### **ARTÍCULO SEIS INCISO PRIMERO Y EL SENTIDO DEL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

“A. En el art. 6 inc. 1° Cn. no se advierte ninguna distinción entre los periodistas y quienes no lo son. Desde el principio de su enunciado, al decir "toda persona", la norma se refiere evidentemente a cualquier ciudadano, quien puede expresarse y difundir con toda libertad sus pensamientos, así como el derecho a informar y ser informado.

B. Dicha libertad no puede estar sometida en ningún caso a "previo examen, censura ni caución." De modo que, para verter opinión, expresar ideas o pensamientos e incluso para criticar a otros, nadie debe someterse a examen previo, censura o caución. Es decir, ninguna autoridad puede limitar u obstaculizar dicha libertad, ni aun bajo el pretexto de que lo que expresará o difundirá subvertirá el orden público o lesionará la moral, el honor o la vida privada de otro. En otros términos, la censura está prohibida, puesto que la Constitución garantiza el libre ejercicio del derecho a la expresión. El mandato constitucional está destinado a permitir que se deduzcan responsabilidades ulteriores.

[...] Ahora bien, en la disposición constitucional analizada se establece que todas las personas que, al hacer uso de la libertad de expresión y difusión del pensamiento "infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan". Dicho enunciado lingüístico constituye un mandato expreso para el legislador que requiere actuaciones concretas, es decir, implica la creación y

aplicación de sanciones penales para todas las personas, sin distinciones o privilegios, que realicen un ejercicio ilegítimo de los derechos establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn. y que vulneren otros derechos por ella protegidos.

[...] c. Como se ha dicho, el art. 6 inc. 1° Cn. establece un mandato expreso dirigido al legislador, por lo que se considera que, si bien es cierto que la determinación de las conductas objeto de tipificación penal —como parte de la definición de la política criminal—, generalmente, es un asunto propio de la configuración del legislador, en el caso en análisis tal competencia está sometida a límites, ya que, al regularse explícitamente que cualquier persona responderá penalmente al hacer uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, desbordaría el marco de configuración legislativa la decisión política de omitir la penalización de aquellos comportamientos que, conforme a la Constitución, deben ser objeto de sanción penal.

Ello implica que el Constituyente estableció en el art. 6 inc. 1° frase 2ª in fine Cn. la protección penal para los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo que deriva en que dicho tipo de protección forma parte del derecho fundamental mismo y, por lo cual, el legislador debe tipificar penalmente las formas lesivas que afecten a dichos derechos, con el fin de garantizar y respetar su efectividad (Sentencia de 26-IX-2000, Inc. 24-97).

Consecuentemente, de lo establecido en el art. 6 inc. 1° in fine Cn., se concluye que está ordenado que el legislador establezca sanciones penales a cualquier persona que, haciendo uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, infrinjan las leyes; y cuyo correlato es que está prohibido eximir de responsabilidad penal, anticipadamente por ley, a cualquier persona que haga uso ilegítimo de tales libertades.

## CONFRONTACIÓN INTERNORMATIVA ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL

2. A. El art. 191 del C. Pn. constituye una "disposición común" al Título VI de dicho Código, que

tipifica las conductas que atentan contra dos "bienes jurídicos" constitucionales —siguiendo la terminología penal—: el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar —art. 2 inc. 2° Cn.—. Aunque no lo menciona expresamente el epígrafe respectivo del código, también se protege el derecho a la propia imagen, consagrado en la disposición constitucional precitada. Pues bien, mientras que en los arts. 177 al 190 (excepto el 183) del C. Pn. se criminalizan un conjunto de comportamientos que vulneran los derechos fundamentales mencionados, en el art. 191 del C. Pn. se establecen ciertos supuestos en los cuales el sujeto activo no incurre en responsabilidad penal.

Concretamente, se despenalizan: (i) los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional y los conceptos desfavorables (en adelante, el término "crítica política", si se utiliza sólo, abarcará todos los demás supuestos) expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio de su libertad de expresión, cuando no exista un propósito calumnioso o injurioso o un ataque a la intimidad o propia imagen de una persona; (ii) los juicios desfavorables de la crítica política expresados o difundidos por cualquier medio de comunicación social por parte de periodistas; y (iii) la publicación o difusión de dichas críticas políticas por cualquier medio de comunicación social, atribuibles a los propietarios de dichos medios, directores, editores, gerentes o encargados del programa (en adelante, el término "propietarios de medios", si se utiliza solo, abarcará todos los demás supuestos).

Se observa, entonces, que la despenalización de los tipos penales respectivos obedece, por un lado, a aspectos objetivos: (i) la ausencia de un ánimo calumnioso o injurioso o de ataque al honor, a la intimidad o a la propia imagen del sujeto pasivo (aparentemente sólo el inc. 1°); y (ii) que la conducta la realiza el sujeto activo en ejercicio de su función, que es la de informar (inc. 2°), o como propietario de medios que tienen por objeto esa función (inc. 3°).

CLASIFICACIÓN ESTABLECE PRIVILEGIOS EN FUNCIÓN DE LOS SUJETOS CONFORME AL ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL

Por otro lado, la irresponsabilidad en cuestión se gradúa en función de aspectos subjetivos: (i) cuando el sujeto activo es un particular, incurre en responsabilidad si existe el ánimo al que se hizo antes referencia; (ii) cuando el sujeto activo es un periodista, no queda claro si incurre en responsabilidad penal o no cuando media aquél ánimo; y (iii) cuando el sujeto activo es el propietario de un medio, claramente no incurre en ningún caso en responsabilidad penal. En ese sentido, se va desde la responsabilidad penal de unos hasta la exclusión de todo tipo de responsabilidad de otros, con lo cual puede decirse que establece ciertos privilegios por la calidad de los sujetos, cuya justificación habrá que determinar. Al respecto cabe que aclarar lo siguiente:

a. La clasificación de los sujetos de exclusión de delitos que contempla el art. 191 del C. Pn. no está en consonancia con lo que a este respecto contempla el ordenamiento penal en general, ya que la disposición impugnada, al referirse a los "particulares", establece una diferencia entre los que no ejercen el periodismo y los que se dedican a dicha profesión en sus distintas áreas relacionadas. En cambio, para la tipología aceptada en el ámbito penal, tanto los periodistas que ejercen su profesión en el área privada, como los ciudadanos en general, entrarían en la categoría de "particulares".

El art. 191 del C. Pn. establece, entonces, una nueva forma de clasificar a los sujetos para efectos penales, al contemplar que por "particulares" se deberá entender a todos aquellos que no sean periodistas, propietarios, directores, gerentes, editores o encargados de programas de medios de comunicación, con lo cual se está introduciendo una distorsión en la legislación penal sustantiva. Si bien ello per se no constituye una causal o motivo de inconstitucionalidad, tal distorsión amerita ser subsanada por el legislador, a fin de garantizar la armonía y coherencia técnica en cuanto a los términos empleados, y garantizar así el tratamiento uniforme de los sujetos de la legislación penal.

b. El art. 191 del C. Pn. no constituye, desde el punto de vista penal, una norma que establezca la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los

intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal. Ello en virtud de que la estructura de aquél no la conforma la determinación de una conducta típica (descripción del aspecto externo de la conducta y de la voluntad consciente o no del sujeto), de los sujetos que intervienen (activo y pasivo), y de los objetos que afecta (la persona o cosa sobre la que recae la acción y el bien jurídico objeto de protección). Sin embargo, dicha disposición sí se relaciona prima facie con todos los tipos penales relativos al honor, a la intimidad y a la propia imagen —aras. 177-190 C. Pn., excepto el 183—. Es decir, existe una relación de conexión entre normas, la cual se produce cuando la descripción que figura como contenido o como condición de aplicación de una de las normas sólo puede ser satisfecha si existe otra norma distinta.

En ese sentido, al no estar en presencia de un verdadero tipo penal, de la expresión "inexistencia de delitos" —establecida como epígrafe de la disposición objeto de control—, se infiere que alude a la exclusión de responsabilidad penal de delitos previamente determinados y establecidos por el legislador.

Asimismo, de la inferencia anterior, así como del contenido del art. 191 del C. Pn., se concluye que, aunque el tenor de los incs. 2° y 3° de dicha disposición sugiera una causa de exclusión de la punibilidad, más parece que establece supuestos de exclusión de la antijuridicidad, entendida ésta como un concepto que sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal y que forma parte del injusto penal.

#### DIFERENCIA ENTRE JUICIOS Y CONCEPTOS DESFAVORABLES DE LA CRÍTICA: SUJETOS Y MEDIOS EMPLEADOS

B. Pasando ahora al inc. 1° del art. 191 del C. Pn., éste determina la falta de responsabilidad penal respecto a la emisión de, en primer lugar, los "juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional", y en segundo lugar, los "conceptos desfavorables".

Cabe preguntarse cuál es la diferencia existente entre los juicios y conceptos desfavorables. Haciendo una interpretación gramatical, se aprecia que no existe una diferencia sustancial entre los mismos, los cuales esencialmente consisten en la emisión de una opinión o un parecer negativo o perjudicial para la persona o cosa a la que se dirigen o refieren. En virtud de ello, ambos términos deben entenderse como sinónimos.

En cuanto a la crítica, por ésta se entiende el análisis o examen efectuado por una o varias personas, con determinada especialización o experiencia, acerca de alguien o algo. En ese sentido, lo que en realidad diferencia al primer supuesto (juicios desfavorables de la crítica) del segundo (conceptos desfavorables) es que éste se refiere a las opiniones expresadas por cualquier persona, sin mediar una especialización, en relación con cualquier tema.

Ahora bien, la especificación del inc. 1° del art. 191 del C. Pn. en general respecto a los incs. 2° y 3° del mismo artículo, obedece, primero, a los sujetos que emiten las opiniones desfavorables referidas, que son personas que no ejercen el periodismo. Segundo, a los medios empleados para expresar la opinión respectiva, que serían "cualquier medio". Esto le otorga — como es fácilmente comprensible— un carácter muy amplio, ya que no lo restringe a los medios de comunicación social.

**MANIFESTACIONES DE PENSAMIENTOS E IDEAS DESFAVORABLES SON LEGÍTIMAS MIENTRAS NO SE CONFIGURE OTRO DELITO PREVIAMENTE ESTABLECIDO**

Por otro lado, en virtud de que las opiniones desfavorables son emitidas en el ejercicio de la libertad de expresión, nos encontramos prima facie frente a un caso particular de la causa de justificación (de exclusión de la responsabilidad penal) que establece el art. 27 núm. 1 del C. Pn.: "Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita".

No obstante, no nos encontramos en presencia de una causa de justificación, como el legislador sugiere, ya que las manifestaciones de ideas o pensamientos se efectúan dentro de los propios parámetros establecidos en el art. 6 Cn. y en las demás leyes (el Código Penal, en este caso) para el ejercicio de las libertades de expresión e información. Ello en virtud de que las causas de justificación, además de impedir que se imponga una pena al autor de un hecho típico, convierten ese hecho en lícito, con las consecuencias que ello comporta. Por el contrario, las opiniones desfavorables se emiten en cumplimiento y ejercicio de un derecho fundamental, constituyendo acciones legítimas que no implican un hecho típico punible.

Consecuentemente, podría decirse que los supuestos establecidos en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. no se encuentran amparados por una causa de justificación, y que en el mismo lo que se dispone es un límite al ejercicio de la libertad de expresión: "siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona".

Este límite implica que el ejercicio de las libertades de expresión e información no es absoluto, por lo que las manifestaciones de pensamientos e ideas desfavorables serán legítimas siempre y cuando no se configure otro delito previamente establecido. Ello es concordante con lo establecido en el inc. 1° frase 2ª del art. 6 Cn., el cual establece in fine que "los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan". La Corte Interamericana ha afirmado categóricamente a este respecto que, "la libertad de expresión no es un derecho absoluto" (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 54; Caso Palamara Iribarne vis. Chile, párr. 79).

De esa manera, es posible concluir que el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. implica un desarrollo legislativo de las libertades de expresión e información establecidas en el art. 6 inc. 1° Cn. , confirmando la libre manifestación de ideas o pensamientos, favorables o desfavorables, pero los cuales no pueden subvertir el orden público ni lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás, pudiendo incurrir en delito quien lo haga. Sin que ello implique un uso abusivo del Derecho Penal pues, tal como lo ha sostenido la CrIDH (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr.

119): "En una sociedad democrática el poder punitivo —del Estado— sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado." Tal criterio jurisprudencial es compartido por esta Sala.

## TEORIZACIÓN SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DE LA CRÍTICA POLÍTICA POR PERIODISTAS Y PROPIETARIOS DE MEDIOS

[...] El problema jurídico planteado consiste básicamente en determinar si, en la medida en que el art. 191 incs. 2° y 3° del C. Pn. despenaliza la crítica política por parte de periodistas y de propietarios de medios, se viola la norma que establece la responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información —art. 6 inc. 1° Cn.—, concretamente cuando se afectan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —art. 2 inc. Cn.—; lo cual, dado que supone un trato diferenciado no justificado respecto a los particulares, genera una violación al principio de igualdad —art. 3 inc. 1° Cn.—, y puesto que los derechos afectados también se encuentran reconocidos en tratados internacionales, se viola el principio de prevalencia de éstos sobre las leyes internas —art. 144 inc. 2° Cn.—.

[...] A. Si bien la disposición impugnada es el inc. 2° del art. 191 del C. Pn., el examen de constitucionalidad no puede realizarse sin hacer referencia al inc. 1° de la disposición citada.

De la lectura de este último se colige que no cometen delito los que, en el ejercicio de las libertades de expresión e información, actúen sin intención de ocasionar daños a derechos de terceros (elemento especial del tipo subjetivo). Pero responderán por el delito que cometan quienes —tal como lo contempla el art. 6 inc. 1° Cn.— actúen con real malicia o con la intención manifiesta de causar un daño. En estos casos deberá probar el dolo quien lo alegue, y éste también deberá probar el daño o la amenaza producidos, en su caso, y operará para todos los efectos el principio de presunción de inocencia —art. 12 Cn.—.

Por lo tanto, nadie está obligado a probar que no ha cometido un delito contra el honor, la intimidad o la propia imagen o que ha obrado de mala fe, con mala intención o real malicia. La carga de la prueba recae, entonces, en el supuestamente afectado por el ejercicio de las libertades de expresión e información por otro. De la Constitución deriva que el onus probandi corresponde en todo caso a quien acusa.

[...] Lo anterior da lugar a esta Sala a interpretar y sostener que las libertades de expresión e información, así como la libertad de opinión, crítica pública y el derecho de emitir juicios de valor favorables o desfavorables —que derivan del art. 6 Cn.— no son justiciables ni punibles, a menos que se actúe con dolo, "real malicia" o intención manifiesta de ocasionar daños a derechos protegidos constitucionalmente, como los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas. En tal caso no estaríamos sino frente al ejercicio ilegal y arbitrario de libertades democráticas fundamentales —las de expresión e información—, en cuyo supuesto operaría para todas las personas, sin excepciones, la aplicación del Derecho punitivo o sancionador del Estado (*ius puniendi*).

También podría operar otro tipo de responsabilidad legal, como la responsabilidad civil, según sea el caso, o exigirse una rectificación o respuesta —como contempla el art. 6 inc. 5° Cn. —. El derecho de respuesta —de declaración o de rectificación— constituye un derecho fundamental y una acción que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social por alguna información desarrollada en él, a demandar que su declaración o rectificación sea difundida en forma análoga por dicho medio de comunicación social, con el objeto de prevenir o evitar un perjuicio que una información considerada inexacta, agravante u ofensiva pueda irrogarle en su honor o intimidad u otro derecho o interés legítimo.

[...] Consecuentemente, el derecho de respuesta permite que el público expuesto a la información considerada inexacta, agravante u ofensiva, pueda conocer a instancias de la persona afectada su propia versión de los hechos, como versión diferente que permita al público formarse su propio juicio sobre la materia —correcta formación de la opinión pública—,

pues constituye la presentación de otra perspectiva de los hechos o actos informados de parte de personas aludidas en ellos, las que se consideran afectadas por el enfoque que se juzga distorsionado, parcial, erróneo o injusto de la información transmitida por el medio de comunicación social, asegurándose también el honor y la intimidad posiblemente afectada de las personas injustamente aludidas.

#### DIFERENCIA ENTRE EL INCISO 1° Y EL 2° DEL ART. 191 DEL CÓDIGO PENAL: LAS PERSONAS QUE EJERCEN EL PERIODISMO

[...] B. Al igual que como se establece en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn., su inc. 2° determina la falta de responsabilidad penal por la emisión de juicios y conceptos desfavorables, siendo pertinente remitir, al respecto, a las consideraciones realizadas ut supra. Más bien, la diferencia entre el inc. 2° y el inc. 1° radica en el sujeto que los emite: aquí, las personas que ejercen el periodismo.

Ahora bien, cabe aclarar que los periodistas no tienen vedado el ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, no están ceñidos exclusivamente al deber de informar, aunque su trabajo discorra en el estar constantemente en apariciones públicas o creando información que saldrá al público. Así, quien ejerce el periodismo puede válidamente hacer críticas o emitir juicios desfavorables sobre la política, la literatura, el arte o algún servicio público o contra cierto funcionario público cuya gestión le parezca inconveniente o criticable, no en su condición de profesional, sino en su calidad de ciudadano, y por ello puede hacer uso del derecho constitucional a expresarse libremente.

Pero también los particulares, excepcionalmente, pueden realizar tareas que competen por excelencia a los periodistas: escribir artículos, emitir opiniones, escribir editoriales, etc., y difundir su publicación en algún medio de comunicación. Sin embargo, mientras que para los particulares no opera el deber de informar, ello sí ocurre con los periodistas.

En todo caso, el art. 191 inc. 2° del C. Pn. establece que los juicios y conceptos desfavorables pueden ser emitidos por los periodistas "mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos", es decir, por cualquier medio de comunicación en sus diversas modalidades de ejercicio.

#### CONTENIDO DEL ARTÍCULO 191 INCISO 2° DEL CÓDIGO PENAL POSEE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO FRENTE A LOS PARTICULARES

Pero lo más importante a resaltar es que el inciso en análisis es ambiguo, ya que de su redacción no es posible determinar claramente si establece que no serán punibles los juicios y conceptos desfavorables emitidos por periodistas (en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función) o si, al igual que en el caso del inc. 1°, pueden responder penalmente por vulneración a otros derechos fundamentales.

En todo caso, pareciera ser que el legislador, apartándose del mandato constitucional, en el art. 191 inc. 2° del C. Pn., lejos de amenazar con responsabilidad penal —como lo hace en el inc. 1° de dicha disposición (referida a los particulares)—, asume que, cuando quienes ejercen el periodismo formulan críticas o juicios desfavorables, necesariamente lo hacen "en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función".

En resumen, si bien considera el legislador secundario que toda persona tiene el derecho a expresarse y a difundir libremente sus pensamientos, las consecuencias asignadas al inc. 1° difieren de las prescritas en el inc. 2°. En aquél caso regula la limitante de que dicho ejercicio de la libertad de expresión no demuestre "un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona"; mientras que en el segundo supuesto presupone que el autor de la crítica o juicio desfavorable actúa amparado en causas que

excluyen de responsabilidad penal, tales como el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho, un cargo o una función.

Hay, sin duda, en la ley un tratamiento distinto al particular que, haciendo uso de la libertad de expresión, calumnia, injuria o ataca la intimidad o la propia imagen de una persona, respecto al periodista que, supuestamente haciendo uso del deber de informar, produce las mismas ofensas que el particular. En el primer caso, tratándose de particulares, el legislador penaliza el abuso de la libertad de expresión, mientras que en el segundo, cuando alude a periodistas, acude a causales que exoneran de responsabilidad penal: cumplimiento del deber o ejercicio de un derecho, un cargo o una función.

[...] Es cierto que las informaciones falsas, parciales o manipuladas no corresponden al ejercicio de un derecho sino a la violación del mismo; y además, debe tenerse en cuenta que "[l]os actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho puede desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero" (Corte Constitucional de Colombia [Sala Tercera de Revisión], Sentencia T626/07, de 15 de agosto de 2007).

De lo anterior se concluye que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. establece, o bien la falta de responsabilidad penal para las personas que ejercen el periodismo, o bien la posibilidad de responder penalmente por el incumplimiento de la responsabilidad ética que debe guiar en todo momento el ejercicio del periodismo y que puede generar afectaciones a los derechos fundamentales de los demás —conflicto que deberá ser resuelto en el caso concreto—.

#### LÍMITES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

[...] En conclusión, pues, las libertades de expresión y de información —derechos que dan sustento constitucional a la función periodística (la primera a las opiniones y la segunda a las

noticias)—, como los demás derechos fundamentales de la Constitución salvadoreña, no son absolutos, sino que, por el contrario, están sometidas a límites y restricciones en su ejercicio.

Por otro lado, conviene recalcar que las libertades de expresión e información representan casos en los que el Constituyente establece de modo expreso ciertos límites específicos a su ejercicio: el orden público, la moral, el honor y la vida privada de los demás. Los dos últimos se corresponden con los derechos fundamentales estatuidos en el art. 2 inc. 2° Cn. Pero, además, el art. 6 inc. 1° Cn. establece que "los que haciendo uso [de la libertad de expresión y sus manifestaciones] infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan". Esto significa que ya la Constitución ordena un medio específico para proteger los derechos fundamentales que por antonomasia se ven afectados por el ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión: la sanción penal.

En ese sentido, se advierte una preocupación especial del Constituyente por proteger los derechos personalísimos del individuo, ya que éstos cumplen un papel instrumental para la libre construcción y establecimiento de relaciones y vínculos sociales. Por supuesto, la consecuencia jurídica aludida siempre deberá constituir la ultima ratio del Estado, en virtud precisamente de otro derecho: la libertad personal de los individuos —art. 2 inc. 1° Cn.—.

Al mandato constitucional contenido en el art. 6 inc. 1° frase 2ª in fine Cn. obedece, entonces, que se tipifiquen como delitos, por ejemplo, la calumnia, la difamación y la injuria (artes. 177-179 C. Pn.). Pero también a otra norma constitucional, la que consagra la libertad de expresión —art. 6 inc. 1° Cn.—, se debe que el art. 191 del C. Pn. contemple causales de exclusión de responsabilidad penal. Lo que el legislador penal ha hecho es ponderar ambos derechos, pretendiendo establecer, bien un equilibrio entre ellos, bien ciertas reglas de prevalencia.

ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA QUE IMPIDE APLICAR LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE FORMA ABSOLUTA A QUIENES EJERCEN LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA

Pues bien, como antes se ha expresado, el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. no era claro en cuanto a si excluía o no la responsabilidad penal de los periodistas en caso de que exista un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad. Sin embargo, ello conduciría a un resultado inconstitucional: que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen quedarían completamente desprotegidos frente al ejercicio del periodismo desde el punto de vista penal. Y ello es irrazonable, puesto que tales derechos se ven especialmente amenazados y la violación —en caso de consumarse— se refuerza cuando la ofensa o los datos que se quieren resguardar se publicaban.

Para hacer un análisis adecuado, debe recordarse que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. se refiere al mismo supuesto contemplado en el inc. 1° relativo al ejercicio de las libertades de expresión e información, pero respecto a sujetos diferentes. Es más, el inc. 2°, cuando dice "[de igual manera]", hace referencia directa al inc. 1°, con base en lo cual existe la necesidad de tomar éste en consideración al hacer el examen de constitucionalidad de aquél.

Pues bien, de la lectura del inc. 2° se puede notar que el legislador omitió mencionar expresamente la salvedad o excepción que se contempla en el inc. 1° sobre el modo de proceder calumnioso o injurioso; omisión que no puede dar lugar a interpretar que la ley permite ejercer alusivamente las libertades de expresión e información, con afectación deliberada de derechos constitucionales de terceros, sin que ello haga incurrir a los autores en responsabilidad legal.

La exclusión de delitos a que se refiere el art. 191 inc. 1° del C. Pn. debe operar en todos los casos y para todas las personas por igual, siempre que estén sujetas a la legislación penal común y que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en cuyo caso, según el art. 6 inc. 1° frase 2ª Cn., "responderán por el delito que cometan".

En consecuencia, el art. 191 del C. Fn. debe ser analizado e interpretado en su conjunto por la intercalación directa que tienen sus disposiciones. En tal sentido, y aún cuando el legislador omitió en el inc. 2° hacer alusión explícita a la exigencia del elemento especial del tipo subjetivo como presupuesto para aplicar o no la exclusión de delitos, este inciso debe interpretarse de tal forma que permita aplicar la excluyente de responsabilidad a los periodistas cuando emitan juicios desfavorables contra una persona particular o un funcionario público, "siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona".

De lo contrario, al igual que cualquier persona sometida a la legislación penal sustantiva, responderán por el delito que cometan, tal como lo ordena el art. 6 inc. 1° frase 2ª Cn., ya que todas las personas por igual son titulares de las libertades de expresión e información y sujetos de responsabilidad penal. Y es que la Constitución no distingue ni es inferirle de su texto la condición de quien realiza la conducta de expresar o difundir el pensamiento, es decir, no formula modalidades diferentes para los que ejercen el periodismo, por un lado, y para los demás ciudadanos, por el otro. Eso significa que, tanto los derechos mencionados como sus límites, son aplicables a todas las personas, sin hacer ninguna clase de distinciones o tratamientos privilegiados.

[...] Por lo tanto, para que el inc. 2° guarde armonía y coherencia con la Constitución, debe interpretarse de tal manera que no dé lugar a una aplicación diferenciada de la ley penal en cuanto a los beneficios de la exclusión de responsabilidades penales, ya que, de lo contrario, estaríamos frente a una disposición inconstitucional, lesivo de los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn.

#### INTERPRETACIÓN CONFORME DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 191 DEL C. PN.

En definitiva, pues, el ejercicio de las libertades de expresión e Información, independientemente de quien las ejerza, no es merecedor de protección constitucional ni legal

cuando lo mueve el ánimo de menoscabar el honor, la intimidad o la propia imagen de otros. Ello porque en tales casos se estaría en presencia: o bien de un ejercicio abusivo de las libertades de expresión o información por parte de los particulares, en el sentido de hacer un empleo excesivo del derecho, con daño para terceros y sin beneficio propio; o bien de un ejercicio, además de abusivo, ilegítimo de las libertades de expresión e información por parte de los periodistas, en el sentido de utilizar el derecho de informar con un propósito diferente de aquél para el que está concebido.

Teniendo claro lo anterior, se concluye que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. permite una interpretación conforme con los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn., en el sentido de que, al rezar a su inicio "[d]e igual manera", el periodista también puede incurrir en responsabilidad penal cuando actúa con un ánimo calumnioso, difamante o de ataque a la intimidad o a la propia imagen, lo cual significa que la norma impugnada equipara a los periodistas a los particulares cuando se encuentran en el mismo supuesto de hecho.

De la misma manera, el precepto sometido a control puede interpretarse conforme al art. 144 inc. 2° Cm, pues, al no excluir la responsabilidad penal en los casos de ataque a los derechos a la "vida privada" y "familiar", y a la "honra" (arts. 17 y 19 párrafo 3 letra "a" PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra "a" y 14 párrafo 3 CADH) provenientes del ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información, no se advierte ninguna contradicción entre la ley interna y los tratados internacionales.

Por las razones anteriores, se concluye que el art. 191 inc. 2° del C. Pn., tal como se ha interpretado, no viola los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra "a" PPIDCF, y 11, 13 párrafo 2 letra "a" y 14 párrafo 3 CADH), todos de la Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

**PERSONAS JURÍDICAS NO PUEDEN SER OBJETO DE PERSECUCIÓN PENAL**

[...] A. El inc. 3° del art. 191 del C. Pn. hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos, pero, a diferencia de éstos, contempla una categoría de sujetos que no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal, a saber: los "medios" escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos desfavorables, y los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa. Es de resaltar que de la simple lectura de dicho inciso no se pueden deducir las razones por las cuales no incurrirán en absoluto en responsabilidad penal los mencionados sujetos.

Se hace notar que el legislador, utilizando una redacción técnico-legislativa impropia, considera dentro de los sujetos de aplicación del Derecho Penal, incluso, a los que no lo son ni pueden serlo, ya que no son personas naturales, quienes son los sujetos por excelencia de la aplicación de la ley penal. Así, el legislador, en el inc. 3° del art. 191 del C. Pn., considera a los "medios escritos, radiales, televisivos e informáticos" como sujetos del Derecho Penal al excluirlos expresamente y de manera innecesaria de toda responsabilidad penal, lo cual es incompatible con la doctrina penal que inspira nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Esta norma específica contenida en el inc. 3° es, por lo tanto, un equívoco jurídico-penal, técnicamente incongruente, ya que sólo las personas naturales pueden ser objeto de persecución penal y no las personas jurídicas ni los medios de comunicación social u otras entidades, instituciones o corporaciones.

#### EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL ABSOLUTA DEL ARTÍCULO 191 INCISO 3° DEL CÓDIGO PENAL

Aclarado lo anterior, se tiene que el legislador, en el inciso analizado, ha optado por efectuar una exclusión de la responsabilidad penal para determinados sujetos, sin tener en cuenta:

- a. Su responsabilidad social, ya que, de manera general, "los medios de comunicación gozan

de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no se vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado Social de Derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general. La responsabilidad de los medios surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información, durante el cual los principios de la imparcialidad y la veracidad deben prevalecer, en orden a garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin que por ello se desconozca el derecho de aquellos de informar libremente, pero siempre dentro de los límites del bien común, del orden justo y del respeto de la dignidad y de los demás derechos de las personas" (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-094/00, del 2 de febrero de 2000).

En cuanto a los deberes y responsabilidades que acarrea el ejercicio de la libertad de expresión, en particular respecto de los periodistas, el TEDH ha enfatizado que, "cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume "deberes y responsabilidades", cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado." (Caso *The Sunday Times vrs. el Reino Unido*, 1979).

b. La posibilidad de incurrir en responsabilidad penal, según lo establecido en el art. 6 inc. 1° Cn., por vulneración a derechos fundamentales.

c. La posibilidad de aplicación del art. 38 inc. 1° del C. Pn. —máxime cuando no se ha justificado la exclusión de responsabilidad penal—, el cual establece lo siguiente: "Actuar por otro. El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieron en la persona en cuyo

nombre o representación obrare".

De lo anterior se concluye, que el inc. 3° del art. 191 del C. Pn. realiza una exclusión de responsabilidad penal absoluta y en abstracto, sin permitir el contraste y análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

#### EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD

[...] El análisis del arte. 191 inc. 3° del C. Pn., desde la perspectiva de la igualdad, se circunscribe a determinar si su configuración vulnera o no el principio de igualdad en la ley, dado el privilegio a una determinada situación jurídica que realiza el legislador para la exclusión de responsabilidad penal.

[...] La igualdad es un concepto relaciona, no una cualidad que acompañe a sujetos, objetos o situaciones, y cuya existencia no puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada. Más bien, surge de una relación que se da, al menos, entre dos personas, objetos o situaciones. Por tanto, no protege ningún ámbito concreto de la actividad humana, sino que es alegable frente a cualquier diferenciación o equiparación normativas que carezcan de justificación suficiente. En ese sentido, el principio de igualdad no necesariamente postula la paridad en el trato entre las situaciones normadas, sino que sólo exige que, mediante pautas objetivas y razonables, se justifique la diferencia.

Debido a la anterior característica, la igualdad normativa presupone una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, los cuales constituyen el término de comparación (*tertium comparationis*). Y es que —se insiste— el marco normativo aplicable a determinado sector de la sociedad no es discriminatorio en sí mismo, sino en relación con otro régimen.

[...] Una categorización se convierte en irrazonable y, por ende, en inconstitucional cuando los parámetros bajo los cuales se realizó la clasificación normativa de determinadas situaciones,

carecen de un fundamento racional proveniente de la naturaleza de los sujetos, objetos o situaciones. También la clasificación será inconstitucional cuando es inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto a un derecho fundamental.

Por tanto, el principio de igualdad en la ley se vulnera cuando un sector destinatario de una norma, en comparación con otro que posee las mismas características y sin que existan diferencias relevantes que así lo justifiquen, es tratado de manera distinta, o bien cuando un sector, en comparación con otro que posee distintas características, injustificadamente es tratado de manera igual.

El Constituyente consagró las libertades de expresión e información —art. 6 Cn.— con la finalidad de que toda persona se encuentre lo suficientemente informada —para poder tomar decisiones teniendo en cuenta todos los datos y perspectivas posibles— y de crear una opinión pública libre. Al advertirse la posibilidad de que su ejercicio lesione derechos constitucionales, el legislador tipificó una serie de conductas como delitos contra el honor, la intimidad y la propia imagen. Sin embargo, también aprobó el art. 191 inc. 3° del C. Pn., en virtud del cual ciertos sujetos pueden ejercer las libertades de expresión e información sin posibilidad alguna de persecución penal por las opiniones o informaciones publicadas o difundidas, aun cuando se emitan con el ánimo de injuriar o difamar.

#### EXCLUSIÓN EXPRESA DE RESPONSABILIDAD PENAL CONTENIDA EN EL INCISO 3° DEL ARTÍCULO 191 DEL C. PN.

b. Se tiene que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. realiza una exclusión absoluta de responsabilidad penal, dejando sin efecto los límites a las libertades de expresión e información establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn., y desarrollados en el art. 191 incs. 1° y 2° del C. Pn. Es decir, se establece un ejercicio irrestricto de las libertades de expresión e información, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, para los sujetos que se encuentran comprendidos en el supuesto de hecho del inc. 3° de la disposición impugnada.

Cabe acotar que una discriminación normativa puede adoptar las siguientes formas: regulación explícita, exclusión tácita o exclusión expresa. El art. 191 inc. 3° del C. Pn. realiza una exclusión expresa de responsabilidad penal.

Por otro lado, debe aclararse que la formulación lingüística de dicho inc. 3°, cerrada, impide interpretar que, al igual que para los miles. 1° y 2°, el ánimo injurioso desactiva la eximente de responsabilidad. Lo confirma el Considerando VI del Decreto Legislativo que contiene la disposición impugnada: "es necesario reformar el Código Penal con el objetivo de garantizar la libre expresión y difusión del pensamiento en beneficio de la colectividad, sin restricción alguna, en sus dos dimensiones antes expresadas".

#### DIFERENCIACIÓN GENERADA POR EL INC. 3° DEL ART. 191 C. PN. DESPROTEGE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN

[...] Entonces, debe analizarse si la referida despenalización es acorde con la Constitución, en la medida en que protege las libertades de expresión e información o, por el contrario, mediante una diferenciación arbitraria, lesiona los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

[...] El Derecho Penal, en relación con los derechos fundamentales, ofrece dos facetas. Por una parte, constituye una limitación a los mismos, particularmente, a la libertad personal. Pero, por otra parte, paradójicamente el Derecho Penal también protege derechos fundamentales, en la medida en que busca prevenir violaciones a los mismos, concretamente, los ataques más fuertes.

En esa línea, el Constituyente salvadoreño creyó necesario proteger mediante el Derecho Penal los ataques más graves al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 6 inc. 1° frase 2ª in fine Cn.). Esto obligaría a preguntarse si la despenalización de determinadas conductas

potencialmente lesivas de esos derechos es conforme con la protección que ex Constitutione se espera del legislador ordinario.

[...] Partiendo de lo anterior, se infiere que los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, incluyen un derecho a protección penal adscrito al art. 6 inc. 1° frase 2a in fine Cn. Por el contrario, el Órgano Legislativo, sin perjuicio de darle algún cumplimiento a este derecho, ha adscrito al art. 6 inc. 1° frase 1ª Cn. un supuesto derecho de los propietarios de los medios de comunicación social a publicar y a difundir crítica política, etc. y conceptos desfavorables, sin que en ningún caso (o sea, ni siquiera cuando exista un propósito calumnioso o injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen) incurran en responsabilidad penal; una suerte de derecho absoluto (al menos en su colisión con ciertos derechos).

#### PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE COMO VERTIENTE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Cabe aquí recordar lo dicho respecto a las ponderaciones del Órgano Legislativo: son admisibles siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad —art. 246 inc. 1° Cn.—. Éste tiene dos vertientes: la prohibición de exceso y la prohibición de protección deficiente. Nos interesa en esta oportunidad referirnos a la segunda.

Podemos definir la prohibición de protección deficiente (del alemán "Untermabverbot", Tribunal Constitucional Federal Alemán, Caso Aborto II, BVerfGE, 88, 203, 254), como un criterio de interpretación iusfundamental, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal vulnera el derecho fundamental a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional. Se parte, pues, de que el legislador debe garantizar éste en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. No cumpliría el legislador dicho mandato cuando las medidas que haya adoptado fueran insuficientes para alcanzar una protección adecuada y eficaz del derecho a recibir protección.

Corresponde determinar, entonces, en este caso concreto, si el legislador penal salvadoreño, mediante la emisión del inc. 3° del art. 191 del C. Pn., violó la prohibición aludida —art. 6 inc. 1° frase 2ª in fine Cn.— en relación con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen —art. 2 inc. 2° Cn.-

Lo primero que procede —al igual que en el juicio de proporcionalidad en su vertiente de prohibición de exceso— es dilucidar si la finalidad de la omisión legislativa es constitucionalmente legítima, o sea, que no está prohibida de modo definitivo por la Constitución (Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004).

Como ya se había dicho, la finalidad de la omisión del inc. 3° del art. 191 del C. Pn. (no penalizar ciertas conductas) es, según los Considerandos del Decreto Legislativo impugnado la de garantizar la libre expresión y difusión del pensamiento en beneficio de la colectividad, y ésta es constitucionalmente legítima.

Establecido el fin, debe analizarse, a efecto de verificar el respeto a la prohibición de protección deficiente, que la omisión legislativa en abstracto sea idónea para satisfacer de alguna manera aquél fin. En el presente caso, sin embargo, se advierte que la despenalización no es idónea para fomentar de ninguna manera la finalidad perseguida con la misma, pues, cuando se ejercen las libertades de expresión e información con los propósitos de injuriar o calumniar, no se informa a los ciudadanos ni se contribuye a la formación de una opinión pública libre, en beneficio de la sociedad sino todo lo contrario: se proporcionan datos falsos, se desinforma y se afecta a ciertos miembros del colectivo, violándoles sus derechos fundamentales, desnaturalizándose, de esa manera, la libertad de información.

Habiendo determinado, entonces, que la medida legislativa que contiene el art. 191 inc. 3° del C. Pn. (la exclusión absoluta de responsabilidad penal para una categoría de sujetos) no es idónea para fomentar el fin que con la misma se persigue (garantizar las libertades de expresión e información), se concluye que la diferenciación que aquélla implica, con la consiguiente

desprotección para los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen —art. 2 inc. 2° Cn.—, es desproporcionada a la luz del art. 6 inc. 1° Cn. y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley —art. 3 inc. 1° Ca. —. Por lo que así deberá declararse en esta sentencia.

## FUERZA PASIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

C. Por último, el demandante alegó que el art. 191 inc. 3° del C. Pn., en la medida en que es contrario a los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra "a" del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra "a" y 14 párrafo 3 de la CADH, viola por acción refleja el criterio de ordenación de las fuentes del Derecho salvadoreño establecido en el art. 144 inc. 2° Cn., en cuya virtud las leyes internas no pueden contradecir el contenido de los tratados internacionales, a lo que esta Sala también le ha llamado "fuerza pasiva" de los tratados internacionales (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, Considerando V 3).

[...] La CADH, su art. 11 consagra —de manera casi idéntica al PIDCP— los derechos a la honra (párr. 1), a la vida privada y familiar (párr. 2) y a la protección legal contra injerencias o ataques contra los mismos (párr. 3). Por su parte, el art. 13 párr. 2 letra "a" de la CADH establece que el ejercicio de la libertad de expresión y de información no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Finalmente, el art. 14 párr. 3 de la CADH dispone que, para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

En cuanto a las restricciones y a las responsabilidades ulteriores que implica el ejercicio de la libertad de expresión, la CrIDH ha expresado que: "el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales

de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas", y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa" (Caso Palamara vrs. Chile, párr. 79).

Teniendo en cuenta las disposiciones internacionales citadas, así como los precedentes y jurisprudencia de los órganos respectivos, se concluye que en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos los derechos al honor e intimidad en un extremo, y la libertad de expresión y de información, en el otro, se encuentran recíprocamente limitados, debiéndose garantizar legalmente la protección de ambos, por lo que es en casos concretos donde se debe establecer qué derecho prevalecerá en determinadas condiciones, en cuanto a su ejercicio práctico.

Ahora bien, se ha establecido que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn., ya que excluye de toda responsabilidad penal a una categoría de sujetos, aun cuando actúen con un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de otras personas. Dicha exclusión también es contraria a las normas internacionales citadas, ya que éstas no dan cobertura alguna al ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión y de información. Por el contrario, claramente ordenan a los Estados que protejan legalmente los derechos a la vida privada y familiar y a la honra de todo ataque proveniente de particulares, con independencia de la condición personal de éstos.

Por las razones anteriores, se concluye que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola por acción refleja el art. 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra "a" del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra "a" y 14 párrafo 3 de la CADH), y así deberá declararse en esta sentencia."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 91-2007 de fecha 24/09/2010**

## **INTERVENCIONES CORPORALES**

### **ACTOS IRREPRODUCIBLES Y DEFINITIVOS**

“a. Las investigaciones corporales son actos definitivos e irreproducibles sobre el cuerpo de una persona producto de una investigación penal, respetuosos de los límites constitucionales, y que cumplen determinados requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal, de manera coactiva, si fuese necesario, y con diferentes grados de intensidad, que tienen por finalidad inmediata la búsqueda de elementos necesarios para la averiguación y prueba de un hecho delictivo.

Dentro del curso del proceso penal es posible encontrar al menos dos formas de intervenciones corporales:

Las inspecciones o registros corporales, consistentes en la búsqueda de huellas, vestigios u objetos relacionados con el delito, mediante la observación directa o facilitada por medios técnicos, que requieren una injerencia que excede la mera requisa o cacheo (v. gr., si es sobre las aberturas naturales del cuerpo, se trata de una inspección corporal y no de una simple requisa). Esta última se distingue por ser un registro superficial, externo o mediante la palpación sobre la indumentaria de la persona, tanto con una finalidad de prevención como de indagación de un hecho delictivo.

Las intervenciones corporales propiamente dichas, consistentes en la extracción u obtención de elementos del cuerpo intervenido o muestras corporales, para ser sometidos a un análisis pericial (v. gr. análisis de sangre, orina, pelos, uñas, etc.) o en su exposición a radiaciones (v. gr. rayos X). El fin de estas prácticas es, igualmente, averiguar determinadas circunstancias relativas

a la comisión del hecho punible o a la participación del imputado.

Sin embargo, hay que advertir que se trata de una variedad tan plural y heterogénea de medidas que difícilmente pueden ser reconducidas a elementos comunes en forma tajante y definitiva, si no es por medio de un régimen jurídico que establezca los presupuestos que deben concurrir para su práctica.

#### CALIFICACIÓN DE LAS INSPECCIONES CORPORALES

b. Si bien, la práctica de la intervención corporal puede lesionar aparentemente derechos fundamentales como la dignidad de la persona o el principio procesal del nemo tenetur — prohibición de declarar contra sí mismo—, los derechos que pueden entrar en colisión en un mayor o menor grado al efectuarse tales actos procesales son la integridad física o psíquica de la persona, o su intimidad.

De acuerdo con ello, las inspecciones o registro corporales, si bien por lo general no suponen una lesión o menoscabo al cuerpo, pueden afectar el derecho fundamental a la intimidad personal si recaen sobre las partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad. Atendiendo al grado de sacrificio que impongan a la integridad física, las intervenciones corporales pueden ser calificadas como leves o graves: leves, cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud, ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada (v. gr. extracción de elementos como el pelo y las uñas, y la extracción de sangre), y graves, cuando acontezcan otras circunstancias más extremas (v. gr. la extracción de líquido cefalorraquídeo).

#### PRESUPUESTOS DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

c. Ciertamente, según el art. 19 Cn., sólo podrá practicarse el registro o la pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas; ello encuentra su inmediata justificación en la

medida que permite una incidencia legítima sobre los derechos a la integridad física y a la intimidad ante razones justificadas de interés general, entre las que sin duda se encuentra la actuación del *ius puniendi*.

Sin embargo, y aunque a priori resulten admisibles constitucionalmente, para que tales indagaciones alcancen una justificación constitucional objetiva y razonable, se requiere cumplir de forma completa con los siguientes presupuestos: (i) que tal medida esté prevista en la ley; (ii) la exigencia de exclusiva autorización jurisdiccional para su práctica; (iii) la providencia que la autoridad jurisdiccional emita debe encontrarse debidamente motivada, en el sentido de plasmar claramente el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la adopción de la medida; y por último, pero no por ello menos importante, (iv) la estricta observancia del principio de proporcionalidad, el cual irradia sus efectos en cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

En este último aspecto, para que una intervención corporal en la persona del imputado satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, será preciso que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyan el objeto del proceso penal. Además, que no existan otras medidas menos gravosas que sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, sin imponer sacrificio alguno —o imponer uno de menor grado— sobre los derechos fundamentales a la dignidad, a la integridad física y a la intimidad; y por último, que aún siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

Por otra parte, de los incs. 1° y 2° del art. 2 (integridad física y moral e intimidad), así como del art. 10 Cn., pueden extraerse otras limitantes constitucionales relativas a las inspecciones corporales, como son: (i) en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer objetiva o subjetivamente un riesgo o quebranto a la vida o la salud para quien tenga la obligación de soportarla; (ii) la ejecución de tales intervenciones

corporales habrá de efectuarlas personal médico o paramédico, y en el caso de intervenciones graves, únicamente personal médico especializado; y (iii) la práctica de la intervención corporal se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda consistir en un trato inhumano o degradante.

#### INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE NO DECLARAR CONTRA SI MISMO

[...] En cuanto al primer punto, es preciso recordar que los rastros de un hecho punible no únicamente pueden quedar en la escena del delito, sino también en el cuerpo de alguno de los sospechosos de su realización; y en esos casos, la única manera de llegar a conocimiento fehaciente de lo ocurrido, pasa por aprehender esos rastros que están en el imputado.

Ello no constituye una violación a la garantía constitucional de no ser obligado a aportar prueba contra sí mismo, en la medida que esta garantía solamente ampara la transmisión del conocimiento directo de los hechos por parte del imputado. En efecto, el procesado se encuentra facultado para decidir si desea dar información o no mediante su palabra oral, escrita o por signos equivalentes que sean comprensibles.

Pero tal garantía no ampara los casos en los que se requiere su participación pasiva dentro de una práctica procesal como objeto de prueba, como acontece por ejemplo en el reconocimiento de rueda de reos o toma de cabello para efectuar alguna pericia; lo anterior tiene como límite el respeto de la dignidad y la integridad física del imputado.

Vale la pena recordar en este punto, que el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de los hechos relevantes, son las causas legítimas para justificar una intervención corporal en contra de la negativa del imputado, pero siempre y cuando se respeten los presupuestos supra detallados.

En relación con lo anterior, uno de los límites más importantes a que se encuentra sujeto

estos actos de investigación y de prueba, lo constituye el hecho de que no pueden convertirse en actos que afecten la dignidad de la persona. Y ello acontece cuando en sí misma o por la forma de realizarse determinen un trato inhumano o degradante, aspectos sobre los que pesa una prohibición absoluta.

De acuerdo con ello, su práctica no es, prima facie, contrario a la dignidad personal, a menos que impliquen padecimientos físicos o psicológicos ilícitos u ocasionados de modo vejatorio para quien los sufre. Sólo en éstos últimos supuestos serán abiertamente nulos e inconstitucionales.

De lo anterior puede concluirse que, el art. 167 del C. Pr. Pn. no contraviene la prohibición de no declararse culpable contenida en el art. 12 Cn., ni tampoco constituye una afectación a la dignidad humana que se oponga al art. 10 Cn.; debiendo, consecuentemente, desestimarse la pretensión de los actores en ambos puntos.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **INVESTIGACIÓN DEL DELITO**

### **OBLIGACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

“1. En las demandas correspondientes a los números 12-2003, 14-2003, 10-2003 y 7-2004, las pretensiones de inconstitucionalidad sometidas a conocimiento de este Tribunal controvierten diferentes potestades otorgadas por el Órgano Legislativo a los jueces con competencia penal, las cuales según repercuten en desmedro de la actividad del Ministerio Público Fiscal y en desmedro de los principios de independencia e imparcialidad judicial, contemplados en los arts.

86, 186 inc. 5° y 193 ord. 3° Cn.

[...], puede afirmarse que el poder público del Estado se distribuye en una serie de órganos constitucionales: Así, de acuerdo al inc. 2° del art. 86 Cn., los órganos fundamentales del gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Sin embargo, dicha disposición contempla que existen otros órganos que, si bien no ostentan el carácter de fundamentales, también forman parte del gobierno y participan en la dirección jurídica y política del Estado. Uno de esos órganos es el Ministerio Público, el cual está constituido por la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos —art. 191 Cn.-

[...] a. La participación del Fiscal General de la República ante un hecho punible, consiste en dirigir la investigación del mismo y promover la acción penal ante la autoridad judicial competente. De ahí que, siempre ante una imputación, surge el derecho de defensa a favor del inculcado, así como el derecho de las víctimas de acceso a la justicia y a la protección o tutela jurisdiccional.

El rol penal que nuestra Constitución prescribe al Fiscal General de la República implica ejercer —entre otras— las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y la acción penal, así como dirigir la investigación del delito (ords. 3° y 4° del art. 193 Cn.). Estas atribuciones, que son complementarias entre sí, se encuentran supeditadas al cumplimiento de los principios de legalidad —la sujeción a la Constitución y a las leyes— y de imparcialidad —la actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados—.

Para cumplir adecuadamente con las obligaciones prescritas por la Constitución, tanto en la dirección de la investigación del delito como las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y la acción penal, el Fiscal General de la República requiere

ineludiblemente la colaboración y la dependencia funcional de la Policía Nacional Civil, aspecto sobre el cual se insiste en el art. 193 ord. 3° de la Ley Suprema. Así, en los actos de investigación de delitos debe, en todo momento, verificar y garantizar la efectiva observancia de la legalidad en la pesquisa de los hechos delictivos y la pureza constitucional del proceso penal desde su fase administrativa.

## POTESTAD JURISDICCIONAL

b. Por su parte, el art. 172 Cn. prescribe que corresponde a los Jueces y Magistrados que integran el Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En relación con esta atribución constitucional la jurisprudencia ha sostenido que: "Cuando se afirma que la función jurisdiccional consiste en la aplicación judicial del derecho, se hace referencia a una aplicación en la cual concurre la característica de la irrevocabilidad de la decisión. Ese carácter irrevocable y vinculante de los actos jurisdiccionales deriva, principalmente, del propio ordenamiento jurídico; pues la decisión jurisdiccional no es el resultado de un poder ajeno al derecho, sino de la ley misma, y no está presidido por más criterios y procedimientos que los previamente reglados." (Inc. 19-2006, del 5-XII-2006).

Ahora bien, continúa la sentencia antes citada, "la aproximación constitucional al concepto de jurisdicción ha de dar cuenta de las razones por las cuales la Ley Suprema somete dicha función —juzgar y hacer ejecutar lo juzgado— a un determinado órgano, excluyendo que puedan ejercerla otros que no reúnan las mismas características que concurren en el Judicial (...). La función jurisdiccional, para calificarse como tal, requiere ser ejercida por órganos sujetos tan sólo al Derecho en cuanto tal, sin vinculación a intereses específicos, e independientes. Y es que, si la jurisdicción se encomienda al Órgano Judicial no es por ninguna característica esencial de aquélla, sino por ciertas cualidades que se garantizan a los Jueces y Magistrados".

## PRINCIPIOS QUE RIGEN LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Ciertamente, debido a la peculiar función que cumplen consistente en la aplicación del derecho con criterio técnico—jurídico, mediante resoluciones que ostentan la nota de irrevocabilidad por los otros órganos estatales, el Órgano Judicial recibe en la Constitución una conformación especial.

En primer lugar, su estatuto está constituido por el principio de exclusividad prescrito en el art. 172 inc. 1° Cn.; el cual, por un lado, implica que la autodefensa se encuentra proscrita en el Estado de Derecho; y por otro, que los tribunales no deben realizar otra función que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A su vez, dicho principio conlleva a que la potestad jurisdiccional, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva ("juzgar"), como en la ejecutiva ("hacer ejecutar lo juzgado"), así como la producción de cosa juzgada, sea atribuida como monopolio a los miembros que integran el Órgano Judicial; vedando a los demás órganos del Gobierno la asunción de las funciones jurisdiccionales —el principio de monopolio de la jurisdicción—.

Por otra parte, según lo prescrito en el art. 172 inc. 3° Cn., los magistrados y jueces están regidos por el principio de independencia, la cual persigue la finalidad de asegurar la pureza de los criterios técnicos —especialmente el sometimiento al derecho— que van a incidir en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable. Tal característica ha de entenderse como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley. Y ello se manifiesta frente a otros órganos estatales, poderes sociales, las partes del litigio y aún dentro del mismo Órgano Judicial, todo ello en la forma específica de la imparcialidad consagrada en el art. 186 inc. 5° Cn.

#### COLABORACIÓN ENTRE LA JUDICATURA Y EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

[...] C. Específicamente, dentro del proceso penal, los roles tanto del Ministerio Público Fiscal como de la Judicatura se encuentran sujetos -de alguna manera- al sistema de enjuiciamiento escogido (dentro de su libertad de configuración) por el legislador, y cuya inspiración ha de

provenir de las líneas normativas señaladas por la Constitución.

[...] Sin duda, la opción por un modelo complejo responde a valoraciones político-criminales que buscan un progresivo desarrollo organizativo de la capacidad del Ministerio Público Fiscal en su rol investigativo y judicial, del cual adolecía en el Código —ya derogado— de 1973.

Por otra parte, debe reconocerse que, en la fase preparatoria del sistema vigente, la actividad de jueces y de fiscales —cada quien según sus respectivas competencias—convergen en una única finalidad, cual es la de determinar si existe fundamento suficiente para llevar el caso a la etapa del juicio. Este objetivo se muestra constitucionalmente válido en la medida que permite proteger de forma más eficaz los bienes jurídicos y derechos fundamentales afectados por la acción delictuosa.

[...] En la sentencia de 24-X-2005 (Inc. 2-2005), esta Sala ha señalado que el proceso penal salvadoreño actualmente configurado —de acuerdo con las disposiciones citadas—supone una relación triangular entre tres sujetos procesales: el acusador, el defensor y el juez. Se trata entonces de una estructura triádica propia de los modelos de enjuiciamiento acusatorio, o próximos a dicho modelo, donde el juez se encuentra distanciado de las partes y su decisión está sujeta a un contradictorio oral y público.

Esta consideración del constituyente, establece una nítida separación entre las funciones institucionales de perseguir y acusar, de las de juzgar y sancionar; poniendo cada una de ellas a cargo de distintos órganos diferenciados entre sí. Consecuentemente, el legislador secundario acogió tal planteamiento en el ordenamiento procesal penal vigente, en la medida que tanto el requerimiento, la investigación preliminar y la acusación corresponden al Ministerio Público Fiscal, y al juez queda reservada una función de control y dirección del proceso, que se acentúa en la fase de instrucción.

Ello resulta claramente establecido en el inciso primero del art. 267 del C. Pr. Pn. que dispone:

"el Juez de Instrucción coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales".

Para determinar el significado de esta atribución judicial de "coordinación" de la investigación, es útil acudir al tratamiento que este término ha recibido dentro de los llamados principios de la organización administrativa, toda vez que en el presente caso se trata, en efecto, de una fórmula legislativa para definir la relación entre dos órganos de carácter público, que convergen en el desarrollo de una función también pública, como es la administración de justicia en el ámbito penal.

Es claro que no se parte de una asimilación plena entre la sede original de dicho principio (la organización administrativa) y el contexto al que pertenece la cuestión presente (la potestad jurisdiccional y la potestad de persecución penal). Pero sí estamos en presencia de una forma de articular las competencias constitucionales de dos entes diversos (el juez y el fiscal) en el cumplimiento de una función pública, dentro de la cual el legislador ha determinado que uno de ellos realice la "coordinación".

En ese sentido, la coordinación pretende conjuntar diversas actividades en el logro de una misma finalidad, evitando la duplicidad de esfuerzos y las acciones divergentes e, incluso, contradictorias. Coordinación es —por tanto— el presupuesto indispensable para el cumplimiento eficaz de los objetivos.

#### IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN

Aunque se reconoce la dificultad de caracterizar con precisión las implicaciones de dicho principio, existen dos formas predominantes de entenderlo: (a) como una manifestación de la potestad organizadora, equivalente a la suma total de los poderes de dirección, que resulta de la posición de supra-subordinación en que se encuentra el que coordina con respecto al

coordinado, donde el principio de coordinación no solamente no excluye, sino que aparece como una facultad más, entre otras, del mando o jerarquía; y (b) como una actuación coherente y armoniosa, orientada hacia un objetivo común, o como integración de comportamientos distintos en una acción de conjunto, operante en determinada dirección.

En este último caso, se busca la integración de la diversidad de las partes, evitando contradicciones y reduciendo las disfunciones que, de otro modo, se producirían, impidiendo o dificultando la satisfacción de los intereses generales, en función del principio de eficacia.

La primera de las modalidades mencionadas es típica en las relaciones que se establecen entre dependencias de una misma organización o entidad, regidas en consecuencia por el principio de jerarquía. La segunda, por su parte, resulta más apropiada para aplicarse a las relaciones entre organizaciones diversas, que carecen de vínculos jerárquicos. Muy próxima a esta segunda perspectiva es la definición de "coordinar" que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, cuando dice que se trata de: "concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común".

Parece claro que una comprensión del inc. 1° del art. 267 del C. Pr. Pn., desde la primera de las perspectivas reseñadas, con sus implicaciones de dirección, jerarquía y subordinación competencial del órgano coordinado, se opone al principio regulado en el art. 86 inc. 1° Cn., a las directrices constitucionales sobre la función del Fiscal en el proceso penal —en especial, la de dirección de la investigación del delito— y a las notas esenciales que la Constitución vincula con la potestad jurisdiccional —principalmente, la imparcialidad (art.186 inc. 5° Cn.)—. Dicha opción interpretativa es la que parece sustentar la impugnación contenida en las demandas relacionadas con este punto.

Sin embargo, si se opta por la segunda idea de "coordinación" mencionada y se retorna lo antes expuesto en relación con el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir —entre otras— la protección de los derechos de las personas y el control del poder público desde

la perspectiva de la legalidad, es posible interpretar, conforme con la Constitución que el rol judicial durante la investigación consiste en la armonización o integración, por una parte, de los poderes de investigación del Fiscal y la policía y, por otra, de los derechos de la víctima, el imputado y los demás sujetos intervinientes, en cuanto puedan generar conflictos que requieran ser resueltos para conseguir la eficacia del proceso.

De este modo, dicha función "coordinadora" no sólo es compatible, sino que es inherente al desempeño de la potestad jurisdiccional. En síntesis, debe entenderse que el art. 267 inc. 1° Pr. Pn. contiene una formulación implícita de la previsión legislativa en el sentido de que "el Juez de Instrucción coordinará la actuación de poderes y el ejercicio de derechos durante la investigación".

[...] En conclusión, puede acotarse que, en virtud del art. 86 Cn. relacionado con los arts. 193 ord. 3°, 172 incs. 1° y 3°, así como con el art. 186 inc. 5° Cn., en el proceso penal corresponde a la Fiscalía General de la República la investigación de los hechos delictivos y la promoción —no monopolio— de la acción penal, con la colaboración de la Policía Nacional Civil; mientras que, los jueces y magistrados deben ejercer la potestad jurisdiccional, la cual debe entenderse, en la fase preparatoria, de acuerdo con lo establecido en esta sentencia.

#### CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DILIGENCIAS ENCOMENDADAS POR EL JUEZ A LA FISCALÍA

E. A partir de las premisas contenidas en los acápites anteriores, debe enjuiciarse la constitucionalidad de los arts. 84, 142, 162 inc. 2°, 261 inc. 2°, 266 ords. 3° y 4°, 267 inc. 1°, 268, 273 inc. 2°, 309, 318 inc. 1°, 320 ords. 10° y 13°, y 352 del C. Pr. Pn.

[...] es pertinente proceder al examen del reproche de inconstitucionalidad unificando las disposiciones impugnadas en dos grupos: (i) las referidas a las diligencias de investigación encomendadas por los jueces al Fiscal General de la República —arts. 84, 142, 162 inc. 2°, 266 ord. 3°, 267 inc. 1°, 273 inc. 2°, 268 y 309 del C. Pr. Pn.—; y (ii) la permisión legal conferida a los

Jueces de practicar prueba de oficio e interrogar a los peritos y testigos —arts. 162 inc. 2°, 266 ord. 4°, 318 inc. 1°, 320 ords. 10° y 13°, 348 inc. último, 352 y 355 del C. Pr. Pn.-

a. En cuanto a las primeras, de conformidad con el principio acusatorio que establece la Constitución y el Código Procesal Penal, debe señalarse que el juez, como director del proceso penal, debe coordinar la participación procesal de todas las partes en relación con el ejercicio de los derechos vinculados con la investigación fiscal, para garantizar el cumplimiento del principio de colaboración ya citado y balancear el interés de realizar una persecución penal eficaz y los derechos del imputado, la víctima y los demás intervinientes.

En ese sentido, el juez es receptor de las peticiones que las partes hagan respecto de la indagación del ilícito penal, debiendo trasladarlas al ente constitucionalmente facultado para investigarlas. Así, cuando la ley establece que el juez encargará a la Fiscalía actos de investigación, debe entenderse que aquél actúa instado por las partes, o excepcionalmente de oficio.

En ese orden de ideas, debe concluirse que en el proceso penal el juez no asume un papel de investigador, sino —como se ha repetido anteriormente— de director y controlador de todas las actividades encaminadas a la investigación del ilícito penal.

Finalmente, debe aclararse que el papel de la Fiscalía General de la República como ente encargado de la investigación criminal no se ve menguado por la potestad del juez de ordenarle la práctica de ciertas indagaciones, solicitadas por otros intervinientes o de oficio, ni por el control judicial al que se encuentra sometido, siendo que lleva a cabo principalmente las que estime relevantes en procura de todos los elementos necesarios para fundar la acusación. Es decir, que su actividad no se limita sólo a las diligencias encomendadas.

En perspectiva con lo anterior, puede afirmarse que el estatuto de independencia e imparcialidad del juez se mantiene incólume -arts. 172 y 186 inc. 5° Cn.-; así como también la

competencia conferida por la Constitución a la Fiscalía General de la República de investigar los hechos delictivos con la colaboración de la Policía Nacional Civil, en la medida en que las facultades examinadas se entiendan en la forma expresada en esta sentencia. Consecuentemente, procede desestimar la pretensión de los actores respecto de la alegada inconstitucionalidad de los arts. arts. 84, 142, 162 inc. 2°, 266 ord. 3°, 267 inc. 1°, 273 inc. 2°, 268 y 309 del C. Pr. Pn.

#### ORDENAR PRUEBA DE OFICIO NO QUEBRANTA EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

b. En cuanto a la facultad de ordenar prueba de oficio, es conveniente precisar uno de los aspectos que caracterizan el ejercicio de la potestad jurisdiccional —en el presente caso, en el campo del Derecho Penal—.

Como se dijo, dicha potestad comprende la aplicación judicial del derecho, en la cual concurre la característica de la irrevocabilidad de la decisión, junto con las notas esenciales de independencia e imparcialidad que deben concurrir en el juzgador. Pues bien, esta "aplicación del Derecho" que se concretiza mediante una decisión judicial, no puede justificarse con base en cualquier criterio (como podrían ser la utilidad o el consenso), en particular cuando se trata de aplicar normas jurídicas que hacen depender su efecto jurídico en una premisa fáctica, como sucede con las normas penales.

También se ha destacado que una de las funciones principales del Derecho y, por tanto, de su aplicación judicial, es dirigir la conducta de sus destinatarios (que éstos realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas). Para que ello resulte efectivo, se espera que los jueces determinen la ocurrencia de los hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas y que impongan esas consecuencias a los responsables. Si no existiera vinculación entre las conductas de cada miembro de la sociedad y la probabilidad de que se le apliquen las consecuencias previstas por el Derecho, no habría razón para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas.

[...] Hay que precisar, entonces, que la operatividad de este principio, mediante las facultades probatorias del juez en el proceso penal, se encuentra fuertemente moderada por la atribución constitucional del Fiscal como director de la investigación del delito, de modo que tales facultades únicamente pueden reconocerse y aplicarse de manera excepcional y necesaria, después de que el Fiscal haya tenido la oportunidad de cumplir con su competencia investigadora y, en todo caso, con sujeción al control de las partes mediante el sistema de recursos.

Se trata de que las facultades del juez en la actividad probatoria permitan suplir la información indispensable para resolver conforme a derecho, pero sin que llegue a suplantar al fiscal en su papel de acusador. La mera incorporación de prueba de oficio no determina un quebranto a la imparcialidad del juzgador, toda vez que el resultado de la actividad probatoria también podría favorecer al imputado, y en todo caso tales elementos de prueba quedan expuestos a control y contradicción de las partes.

En consecuencia, si bien corresponde a la acusación delimitar los hechos objeto de la imputación y las personas contra las que se dirige, nada se opone a que el juzgador acuerde de oficio y de forma excepcional la práctica de medios concretos de prueba, como acontece con los denominados "hechos nuevos" contemplados tanto en el art. 352 y 355 del C. Pr. Pn. Así, la práctica de prueba de oficio en aras de la búsqueda de la verdad real, está dirigida a esclarecer los hechos que han sido objeto de argumentación por los sujetos procesales y que, por ende, se constituyen en objeto de enjuiciamiento.

#### NECESIDAD Y EXCEPCIONALIDAD COMO MARCOS INTERPRETATIVOS VÁLIDOS PARA ADMITIR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO

Sin embargo, debe entenderse que esta facultad está reservada para aquellos casos en los que sea indispensable clarificar determinados extremos fácticos que versen exclusivamente

sobre la imputación y donde sea absolutamente necesario. Y esta última característica, da lugar a una interpretación sumamente restrictiva de tales facultades, las cuales únicamente pueden ser utilizadas con relación a situaciones "ex novo" que aparezcan dentro del debate, y que derivan exclusivamente de la actividad probatoria producida en el juicio. De ahí que, la necesidad y la excepcionalidad sean los marcos interpretativos válidos para admitir su constitucionalidad.

Por otra parte, toda prueba de oficio —ya sea de cargo o de descargo— debe ordenarse con conocimiento de las partes para salvaguardar sus derechos. Asimismo, debe señalarse que la facultad conferida al juez de ordenar prueba de oficio no afecta el papel de la Fiscalía General de la República con su exclusivo monopolio respecto de la investigación criminal; pues éste, como ha quedado reseñado, puede realizar cualquier diligencia que estime relevante para esclarecer los hechos necesitados de prueba. En suma, la Fiscalía General de la República y el juez se desenvuelven dentro del ámbito de sus respectivas competencias; por tanto, no existe trasgresión al art. 86 Cn.

Consecuentemente, procede desestimar la pretensión de los actores de acuerdo a los parámetros establecidos anteriormente, respecto de la alegada inconstitucionalidad de los arts. 162 inc. 2°, 266 ord. 4°, 318 inc. 1°, 320 ords. 10° y 13°, 352 y 355 del C. Pr. Pn.—

#### POTESTAD PARA INTERROGAR AL IMPUTADO NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

c. Por otra parte, el ciudadano [...] ha argumentado que la potestad conferida al juez para interrogar al imputado contenida en el inc. 2° del art. 261 del C. Pr. Pn. atenta contra su estatuto de imparcialidad. Tal argumentación es similar a la vertida para la impugnación del art. 348 C. Pr. Pn in fine e igualmente para las facultades que tienen los miembros del jurado para interrogar a los testigos, peritos e incluso al imputado, contemplada en el art. 372 inc. 2° del C. Pr. Pn.

Al respecto, debe recordarse que la búsqueda de la verdad real obliga al juez a intervenir dentro del proceso penal; sin embargo, esta intervención se encuentra sujeta a los preceptos constitucionales que rigen al Órgano Judicial, especialmente los de independencia e imparcialidad.

[...] Así que, en armonía con las implicaciones de la imparcialidad judicial, la intervención del juez en el interrogatorio del imputado por medio de preguntas de carácter aclaratorio, no busca suplir las deficiencias de las partes, sino precisar puntos oscuros o confusos, que han sido advertidos en el transcurso de la deposición. Además de ello, de acuerdo con lo establecido en el inc. penúltimo del art. 348 del C. Pr. Pn., dentro de las facultades que tienen el acusador y la defensa, se encuentran la de objetar las preguntas, y en particular, cuando éstas provengan del Juez o de algún miembro del jurado. Es decir, que incluso las formuladas por el Juez, se encuentran sujetas a control por las partes.

De lo anterior, es imperativo concluir que el interrogatorio judicial del imputado no atenta contra la imparcialidad del juzgador; ya que es de carácter excepcional, destinado a esclarecer hechos vertidos por el imputado durante el interrogatorio realizado por las partes y donde ello claramente sea necesario. Consecuentemente, procede desestimar la pretensión del actor en este punto en relación con los artículos relacionados.

#### INEXISTENTE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE INDELEGABILIDAD DE FUNCIONES

Por último, y dentro de la presente línea argumental, conviene referirse a las argumentaciones sostenidas en el análisis de los arts. 237 y 287 del C. Pr. Pn., expuestas por el demandante [...], quien de igual manera que en las disposiciones anteriores, recalca respecto de las mismas una violación al art. 86 Cn., en razón de que, al encomendársele la facultad al Juez de Paz para que reciba denuncias o querellas, puedan realizar actos irreproducibles urgentes; recibir al procesado detenido o decretar la detención por el término legal de inquirir, conlleva invadir funciones que le corresponden a la Policía Nacional Civil y a la Fiscalía General de la

República, violando con ello el principio de indelegabilidad de funciones.

Nuevamente, es preciso señalar, que dentro del modelo procesal penal vigente el carácter cognoscitivo de la función jurisdiccional debe balancearse con las atribuciones del Fiscal, en aras de un descubrimiento efectivo de la verdad histórica que ha dado origen al inicio y tramitación de la causa criminal.

En efecto, es por la naturaleza de los intereses en juego (bienes jurídicos afectados, derechos vulnerados, tranquilidad y seguridad de los ciudadanos), que el juez penal no puede tener una postura rígidamente estática respecto de los actos de averiguación del ilícito penal, sino que excepcionalmente, además de poder encomendar diligencias —de conformidad con el principio acusatorio— que permitan una mayor precisión del objeto sometido a su conocimiento, y con ello decidir con mejores condiciones y un mayor grado de certeza, también se encuentra autorizado para recibir denuncias o querellas, las cuales habrá de remitir inmediatamente al Fiscal para la elaboración del requerimiento respectivo.

De igual forma, el principio de búsqueda de la verdad material lo faculta a prevención, para realizar actos urgentes o irreproducibles que permitan conservar las posteriores fuentes de pruebas o detener por el término de inquirir a aquellas personas que considere de forma presunta como autores o partícipes del ilícito penal, hasta realizar las pesquisas correspondientes y en el tiempo límite de setenta y dos horas.

Aunado a ello, y al efectuar una detenida lectura de las disposiciones legales analizadas, se advierte claramente que las competencias de los órganos de persecución penal no se desplazan al Juez, pues éste es el único competente para decretar la detención por el término de inquirir (arts. 13 inc. 3° Cn., y 291 C. Pr. Pn.), o para efectuar la audiencia inicial —previo requerimiento Fiscal— (253 del C. Pr. Pn.).

Además, por el estado de urgencia que determina el ejercicio de estas atribuciones, debe

entenderse que su aplicación debe realizarse únicamente durante el tiempo necesario para posibilitar la intervención del Fiscal, como director de la investigación. Por tanto, tales actos se encuentran dentro de su ámbito legal de competencia.

En consecuencia, y no existiendo el vicio de inconstitucionalidad alegado en ambas disposiciones, deben desestimarse tales pretensiones."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **JUICIO POR FALTAS**

### **EJERCICIO DE LA DEFENSA MATERIAL EN EL PROCESO**

"B. En el proceso penal, una de las principales manifestaciones del referido derecho es la asistencia técnica de un defensor. La razón de ser de la asistencia letrada radica en la necesidad de restablecer la plena igualdad entre las partes y asegurar la vigencia efectiva del principio de contradicción. Y es que, el ejercicio de la defensa técnica constituye una exigencia objetiva del proceso y una condición de validez del mismo.

Como regla general, corresponde al imputado la designación del abogado encargado de defender sus intereses en el proceso; y, cuando éste no pueda nombrar un abogado que lo asesore por falta de recursos económicos o por cualquier otro motivo, es el Estado quien debe encargarse de proveer un defensor público.

En el proceso penal, dada la importancia de los intereses y derechos en juego, se busca evitar que el sujeto pasivo de la pretensión punitiva se vea privado de la asistencia letrada, pues la

intervención del abogado condiciona la legitimidad del proceso. De ahí que, el ord. 2° del art. 194.II Cn. establezca como obligación del Procurador General de la República representar judicialmente a las personas en la defensa de su libertad individual:

La idea expuesta en el acápite precedente significó —como ineludible derivación— que la asistencia letrada es indispensable en todo procedimiento cuya finalidad sea deducir la posible responsabilidad por la comisión de infracciones penales para la imposición de la correspondiente sanción. Y es que, el vocablo "delito" consignado en el art. 12 inc. 1° Cn. no debe entenderse en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico; esto es, conducta humana que en virtud de mandato legal se hace reprochable a efecto de su sanción, incluyéndose en este concepto las faltas.

C. Ahora bien, cabe señalar que el derecho de defensa presenta un carácter dual, en el sentido que no solamente se limita a amparar un derecho a la defensa técnica, sino también comprende el derecho a la autodefensa o defensa privada; es decir que la defensa es considerada como una función procesal que, como oponente a la acusación, corresponde al procesado, quien podrá defenderse personalmente —autodefensa o defensa material— siempre que ello no perjudique su eficacia y no obste a la normal sustanciación del proceso o fuera de ese caso, a cargo de un abogado particular de su confianza o un defensor público —defensa técnica—.

En ese sentido, el derecho de defensa material en el proceso penal se hace efectivo en la audiencia con la declaración del inculpado. Así, la deposición del procesado es su principal medio de defensa, permitiéndole refutar la acusación o exponer circunstancias que atenúen o excluyan una posible responsabilidad. Para que dicha declaración represente la concreción del derecho de defensa, la Constitución y la ley de la materia prohíben cualquier forma de coerción que elimine la voluntad del imputado en el momento de declarar o restrinja su libertad sobre lo que le conviene o no expresar —art. 12 inc.3° Cn. y 262 del C. Pr. Pn.— Además, se prohíben las preguntas capciosas o sugestivas —art. 263 del C. Pr. Pn.—; y por último, se garantiza

siempre la asistencia de un defensor.

Por otra parte, el derecho de defensa material puede ser pasivo; es decir que incorpora la facultad del inculpado de abstenerse de declarar, sin que el silencio pueda ser considerado prueba o indicio de culpabilidad. De ahí deriva la voluntariedad de la declaración del imputado y su libertad de decisión durante la declaración, que no puede ser coartada por cualquier medio ilegítimo. Y es que, la protección frente a la auto-incriminación no se concibe sin la libertad del procesado para prestar su declaración.

D. Finalmente, el derecho de defensa se completa con la facultad del imputado de controlar la prueba de la acusación y producir pruebas de descargo; facultad que se vincula al carácter contradictorio del proceso y a la exigencia de preservar el principio de igualdad de armas dentro del mismo.

[...] En definitiva, el derecho de defensa es la garantía que posibilita a las partes ser escuchadas ante el juez de la causa; aportar las pruebas que tengan por convenientes, siempre que sean pertinentes, de lícita obtención y útiles para la averiguación de la verdad; participar activamente en las actuaciones procesales que lo ameriten; y argumentar lo que estimen necesario en defensa de su pretensión procesal.

Así, el derecho de defensa conlleva a la existencia de una verdadera situación procesal de contradicción dialéctica entre las partes. Consecuentemente, habrá vulneración al citado derecho cuando haya una ilegítima privación o limitación de medios de defensa —esto es, de alegación y/o de prueba— producida en el seno de un proceso en cualquiera de sus fases o incidentes, que acarrea al justiciable, sin que le sea imputable un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos.

VALIDEZ DE LA CONFESIÓN NO EXIME DE LA PRÁCTICA DE OTRAS DILIGENCIAS PARA COMPROBAR LA PARTICIPACIÓN DEL PROCESADO

E. En el presente caso, el ciudadano [...] ha señalado que el procedimiento por faltas regulado en los arts. 392, 393, 394 incs. 1°, 3°, 4° y 396 inc. 2° del C. Pr. Pn., vulnera el derecho de defensa contenido en el art. 12 Cn.

a. Así, en cuanto a los arts. 392 y 393 del C. Pr. Pn., estima que condenar a una persona por la simple admisión de culpabilidad, sin desfile de prueba en juicio vulnera el derecho de defensa.

Al respecto, debe señalarse que el derecho de defensa material se hace efectivo con la declaración del inculpado, rendida dentro del proceso. En ejercicio del derecho de defensa material el procesado puede aceptar su responsabilidad, confesándose autor del hecho punible. Dicha aceptación debe ser resultado de una conducta libre; es decir, debe ser espontánea y voluntaria.

En ese sentido, es evidente que el expreso reconocimiento de la participación en la actuación delictiva es prueba que los jueces deben valorar conforme a las reglas de la sana crítica —art. 221 del C. Pr. Pn.—. La valoración de la confesión debe realizarse ponderando las circunstancias que la han condicionado en conjunción con los demás hechos que rodean el caso y que contribuyen a formar la convicción en el juzgador. Es claro, entonces, que la confesión judicial no dispensa al tribunal de practicar otras diligencias para comprobar el hecho delictivo y la participación del procesado, siempre que éstas sean necesarias para descubrir la verdad material.

Por otra parte, cabe recordar que el juzgamiento por faltas se caracteriza por constituir un proceso breve y ágil en razón de la levedad de las figuras delictivas que afectan bienes jurídicos no merecedores de una protección tan intensa porque los actos no representan una extrema gravedad que amerite una represión en la que el Estado invierta demasiados recursos en su persecución. Empero, el procedimiento debe regirse por iguales principios y garantías establecidos para el procedimiento común.

## FALTA DE CELEBRACIÓN DEL JUICIO POR LA ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO NO VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA

[...] En ese sentido, si bien es cierto que las citadas disposiciones no prescriben la celebración de juicio en los casos en que el imputado acepte su responsabilidad, debido al interés de abreviar la actividad jurisdiccional por la escasa entidad de la lesión a bienes jurídicos, nada impide al juzgador recabar otra prueba para robustecer la confesión y los elementos de prueba que acompañan la solicitud inicial.

Y es que, la confesión como prueba debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que serán los jueces los encargados de determinar los casos en que ésta deba ser reforzada con otros medios de prueba.

En tal virtud, no puede estimarse que la regulación contenida en los arts. 392 y 393 del C. Pr. Pn. atente contra el derecho de defensa, por cuanto la falta de celebración de juicio en los casos en que el procesado admita su participación en la comisión de la falta, no impide al juzgador ordenar la práctica de otras diligencias probatorias cuando las estime necesarias para descubrir la verdad real. Por lo tanto, procede desestimar la pretensión del ciudadano Sánchez Bernal en este punto; y así debe consignarse en el fallo.

## NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL COMO ENTE ACUSADOR

b. En cuanto al art. 394 incs. 1° y 4° del C. Pr. Pn., afirma el demandante que condenar al imputado, sin un mínimo desfile de prueba y únicamente con las diligencias iniciales de investigación, constituye un grave desconocimiento del derecho de defensa. Asimismo, señala que el inciso tercero de la citada disposición vulnera de igual forma el referido derecho.

El derecho de defensa conlleva a la existencia de una situación de contradicción dialéctica

entre las partes particularmente en el acto del juicio. Así, para que en el proceso penal se dé una verdadera confrontación entre las partes es indispensable la presencia de ambas partes. Y es que, es necesario que la parte acusadora pruebe los hechos constitutivos de la infracción penal, pues sólo de esta manera el imputado estará en condiciones de ejercer su derecho de defensa.

[...] En el juicio por faltas, debe ser el representante del Ministerio Público Fiscal quien tenga que representar dicho rol. Ello se relaciona con lo sostenido por esta Sala en la sentencia emitida el 6-III-2007 —Inc. 23-2006— cuando se afirmó que: "...si nos encontramos ante la aplicación del Derecho Penal (...) requiere al menos la existencia de una imputación legal y el ofrecimiento de determinados medios probatorios para su comprobación (...). Por tanto, la necesidad de fijar un contenido técnico a una imputación de carácter netamente penal, corresponde efectuarla a la Fiscalía General de la República, quien está obligada constitucionalmente a ser garante de la legalidad".

Es evidente, entonces, que tanto la postulación escrita u oral como su sostenimiento en audiencia corresponde al ente público acusador, y ello siempre será necesario en virtud de la estructura trídica que impone un sistema de enjuiciamiento con clara tendencia acusatorio y que también en el juicio por faltas debe ser respetado. Por ende, tal párrafo admite una interpretación conforme tanto con lo dicho en líneas atrás sobre el binomio acusación-defensa, en el sentido que ha de reputarse siempre necesaria la asistencia de un acusador y que en el caso que ello no ocurra no pueda celebrarse el juicio por faltas.

En conclusión, al admitir una interpretación conforme el referido párrafo en el sentido de que siempre resultará necesaria la postulación acusatoria y por consiguiente su obligada notificación y citación para la referida audiencia, corresponde desestimar la pretensión enfilada en dicho punto.

ELEMENTOS DE PRUEBA EN EL JUICIO DE FALTAS

(ii) El segundo punto se relaciona con la incorporación de elementos de prueba en el juicio por faltas, y ello se vincula tanto con el inc. 1° —que establece que: "asimismo expedirá las órdenes indispensables para incorporar al juicio los elementos de prueba admitidos"—, como del inc. 3° —según el cual: "el Juez de Paz oirá brevemente, a los comparecientes y luego de recibir y analizar la prueba absolverá o condenará"—.

El ciudadano [...] ha sostenido que no puede condenarse al imputado sin un mínimo desfile probatorio y únicamente con las diligencias iniciales de investigación, pues ello supone un desmedro al derecho de defensa.

En este punto, conviene señalar que tales normas no pueden ser entendidas en un contexto aislado y mucho menos como una excepción al deber de probar los hechos, lo cual resulta obligado en el modelo constitucional del juicio penal. Al contrario, debe entenderse que una vez incoado el procedimiento, existe un ofrecimiento y recepción de los elementos probatorios que habrán de ser producidos en el juicio por faltas y valorados en la respectiva sentencia. Por ello, conviene tener en cuenta los términos utilizados en la redacción de ambos párrafos cuando disponen claramente la admisión, recepción, incorporación y valoración de la prueba.

Tales elementos se sujetan a las reglas general que rigen la actividad probatoria en el proceso penal contempladas en los arts. 15 y 162 del C. Pr. Pn.

Por ende, los informes que acompañen el atestado inculpatario requerirán un juicio de admisión por parte del Juez de Paz, teniendo en cuenta la imposibilidad de atribuirle valor probatorio a las diligencias realizadas en sede policial, a excepción de los actos irreproducibles y las actas cuya lectura está permitida en la vista pública —art. 276 del C. Pr.Pn.— y sin que tales diligencias le eximan de la obligación de acreditar los hechos que fundamenten la pretensión punitiva. En otras palabras, y teniendo en cuenta la supletoriedad de las reglas generales en esta materia, deben ser respetadas en el juicio por faltas las etapas de ofrecimiento, recepción,

producción y valoración de la prueba que rigen en -el procedimiento común.

Por lo anterior, las redacciones que realizan tanto el inc. 1° como el inc. 3° del art. 394 del C. Pr. Pn., admiten una interpretación conforme en lo relativo al modelo constitucional del juicio penal, en orden a lo que establece el art. 1 del C. Pr. Pn., el cual exige que la condena sea producto de sentencia firme precedida de una actividad probatoria regularmente obtenida en juicio oral y público. Conviene entonces por tales razones desestimar también esta pretensión.

#### EXPRESIÓN "AUTO" DEBE INTERPRETARSE COMO "SENTENCIA DEFINITIVA"

[...] Así, la expresión "auto" contenida la en disposición impugnada debe interpretarse como sentencia definitiva. Y es que, no puede llegarse a otra conclusión, si se examina la referida norma en conexión con el resto del ordenamiento procesal penal. Evidentemente, el empleo de la palabra "auto" en el precepto de mérito, se debe a una opción semántica del legislador secundario, que en ningún momento puede acarrear su inconstitucionalidad.

En ese sentido, el argumento del peticionario se basa en una interpretación aislada de la disposición impugnada; ya que del contexto de la normativa procesal penal puede inferirse que el procedimiento por faltas debe necesariamente concluir por medio de sentencia definitiva motivada para salvaguardar el derecho de defensa del inculpado. Consecuentemente, debe desestimarse la pretensión del ciudadano Sánchez Bernal en este punto.

#### ASISTENCIA LETRADA EN EL JUICIO DE FALTAS ES OBLIGATORIA

c. Acerca del inc. 2° del art. 396 del C. Pr. Pn., el mismo ciudadano alega que, dejar a discreción del imputado el ejercicio de la defensa técnica y procesar a una persona sin defensor, transgrede el derecho constitucional de defensa.

Como ha quedado consignado en párrafos que anteceden, una de las garantías principales del

derecho de defensa es la asistencia técnica de un defensor, por cuanto aquélla es necesaria para restablecer la plena igualdad entre las partes y asegurar la vigencia efectiva del principio de contradicción; aspectos que condicionan la legitimidad y validez del juicio. Por ello, el Estado está obligado a proveer los servicios de asistencia letrada por medio de la Procuraduría General de la República.

En perspectiva con lo expuesto en los párrafos que anteceden, se concluye que el ejercicio de la defensa técnica no puede quedar al arbitrio del inculpado, por cuanto aquélla trasciende al mero interés de la tutela de los intereses de parte, constituyendo una exigencia objetiva del proceso que encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar la realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción. De ahí el deber de los jueces penales de asegurar que el procesado cuente con un asistente letrado de su elección o un defensor público.

Por las razones expuestas, la regulación contenida en el inc. 2° del art. 396 del C. Pr. Pn. puede ser interpretada en el sentido que el imputado está facultado a nombrar al letrado profesional que vele por sus intereses dentro del procedimiento por faltas; pero en su defecto, el Estado debe proveerle la asistencia de un defensor público, a fin de salvaguardar el ejercicio de su defensa técnica. En este sentido, conviene efectuar una interpretación sistemática del párrafo controvertido con lo expuesto en el art. 87 num. 3 del C. Pr. Pn., el cual estipula claramente como un derecho del imputado: "ser asistido o defendido por el abogado que designe o por un defensor público, de acuerdo con este Código".

Así, según el principio constitucional de defensa técnica desarrollado en el ord. 2° del art. 194.11 Cn.; y a partir de una auto-integración de la misma normativa secundaria en que se inserta la disposición impugnada —art. 87 num. 3° del C. Pr. Pn.—, corresponde desestimar la pretensión sostenida en este punto por el ciudadano [...], y así debe declararse en esta sentencia."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **JURADO**

### **FACULTAD DEL LEGISLADOR PARA ESTABLECER LOS REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN**

“C. La intervención del jurado en el proceso penal está prevista en el art. 189 Cn. Sin embargo, el constituyente deja en manos del legislador secundario la regulación de su organización, la selección de procedimientos, modelo de jurado y la determinación de competencias. En ese sentido, debe recordarse que la decisión organizativa y política que del jurado adopte el legislador y que aparezca asumida por las normas jurídicas debe responder a las exigencias sociales imperantes en el momento de su desarrollo.

En perspectiva con lo anterior, cabe afirmar que si bien la Constitución es un marco que confiere al legislador un amplio margen para la configuración del jurado, éste debe ceñirse a determinados parámetros contenidos en la misma que limitan su actividad legislativa.

En primer lugar, la regulación que del jurado realice el legislador no debe volverlo impracticable; o lo que es lo mismo, no debe volver nugatoria la participación de los ciudadanos en los asuntos judiciales. Lo anterior se traduce en la necesidad de que los requerimientos para el acceso al ejercicio de jurado sean los menores posibles y que en la determinación de su competencia objetiva se arbitren criterios que viabilicen la referida participación.

Por otra parte, el legislador debe someterse al principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn. Consecuentemente, en la determinación de los requisitos para fungir como jurado, no deben establecerse discriminaciones injustificadas que impidan el efectivo acceso de todos los ciudadanos a formar parte integrante del jurado. Es decir, no deben establecerse exclusiones

por razón del sexo, raza, religión o condiciones sociales o económicas. Y es que, como se acotó anteriormente, la participación de los ciudadanos en la función jurisdiccional por medio del jurado, forma parte de su status cívico activo.

No obstante lo anterior, es perfectamente válido que el legislador ordinario pueda establecer requisitos que busquen asegurar un correcto funcionamiento de la institución del jurado.

## INCORPORACIÓN DE REQUISITOS ADICIONALES PARA DELITOS PUNTUALES NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN

D. En el presente caso, los demandantes del proceso 34-2002 alegan que las reformas realizadas a los arts. 53 y 367 del C. Pr. Pn. vulneran los arts. 83, 85 y 189 Cn., por cuanto al sustraer del conocimiento del jurado una serie de delitos y al establecer requisitos adicionales para acceder a ser jurado, vuelven impracticable la participación ciudadana a través del referido instituto. Es más, afirman que es obligación constitucional del legislador potenciar la apertura de espacios democráticos que posibiliten la intervención ciudadana en las diversas facetas de la Administración, especialmente en la justicia.

Al respecto, cabe afirmar que la regulación realizada por el legislador en el sentido de excluir del conocimiento del jurado una serie de delitos e imponer como requisito para fungir como jurado el poseer estudios de educación media, no impide la participación de los ciudadanos en la función jurisdiccional; o lo que es lo mismo, su operatividad no se ve afectada al grado de volverlo impracticable. Es más, las disposiciones impugnadas tienen por finalidad mejorar la funcionalidad del jurado, pues, por un lado, el legislador ha determinado la competencia objetiva del mismo seleccionando aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad; y por otro, busca que los jurados estén más capacitados para valorar la conducta de un semejante y decidir sobre su futuro.

Consecuentemente, no puede afirmarse que las disposiciones del C. Pr. Pn. impugnadas por

los peticionarios atenten contra los arts. 83, 85 y 189 Cn.; debiendo declararse sin lugar en este punto su pretensión.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **LEY GENERAL DEL PRESUPUESTO**

### ETAPAS DE ELABORACIÓN DEL PRESUPUESTO

“IV. 1. Interpretando sistemáticamente los arts. 131 ord. 8º y 167 ord. 3º Cn., se deduce que la elaboración del presupuesto se divide en dos etapas encomendadas a dos órganos diferentes: (i) la preparación del anteproyecto de la Ley de Presupuesto, a cargo del Consejo de Ministros (integrante del Órgano Ejecutivo, según el art. 166 Cn.); y (ii) la aprobación de dicha ley, a cargo de la Asamblea Legislativa. En materia presupuestaria puede afirmarse que no existe una zona de reserva exclusiva a favor de un órgano del Estado, sino que dos órganos estatales participan en la misma.

[...] La Ley de Presupuesto de cada año se erige como el cuerpo normativo que regula la actividad financiera pública, en concreto, los ingresos y gastos públicos. Sin embargo, a pesar de que el marco normativo base del presupuesto adquiere el rango de ley con la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, el Órgano Ejecutivo es el encargado de su elaboración y ejecución. En este punto se pone en evidencia la complejidad de la figura del presupuesto de un Estado, donde cada órgano tiene definido su rol a desempeñar y sus decisiones se encuentran estrechamente relacionadas, sin que puedan desligarse unas de otras.

### COORDINACIÓN DE ATRIBUCIONES

Es así que de la actuación coordinada del Legislativo y el Ejecutivo surge el presupuesto –que queda plasmado en la Ley General del Presupuesto de cada año–, lo que hace posible su ejecución y posterior control. El sentido de la coordinación de atribuciones entre el Legislativo y el Ejecutivo radica, por un lado, en la posibilidad de que este último realice los actos jurídicos necesarios en el marco de la organización presupuestaria de las políticas públicas a desarrollarse en un determinado gobierno, y por otro lado, en la intervención de la Asamblea Legislativa como un mecanismo de legitimación y control democrático de la actividad financiera –partiendo de que las potestades financieras del Ejecutivo no son absolutas–.

Es insostenible un criterio restrictivo respecto a la labor realizada por la Asamblea Legislativa en la elaboración del presupuesto, limitándola a autorizar el proyecto de gestión financiera presentado por el Órgano Ejecutivo con la sola finalidad de darle la categoría de ley formal. En nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto debe considerarse un documento único e indivisible, que emana de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de sus funciones propias y que, por tanto, es una ley con plenos efectos jurídicos. Pero la función legislativa no se reduce a “aprobar” la propuesta del Ejecutivo, pues ésta no es más que un proyecto de presupuesto a considerar. El Ejecutivo propone una ley y el Legislativo la hace suya, la rechaza o la modifica, teniendo como límites únicamente los plasmados en la Constitución.

## CONCEPTO

El presupuesto es una estimación de los gastos previstos por la Administración Pública para determinado período de tiempo; mediante la cual se busca distribuir eficientemente los recursos del Estado durante la implementación de las políticas públicas. Por ser el presupuesto una estimación, no se le debe petrificar al momento de elevarlo a rango de ley. Y es que la fase de ejecución es una etapa dinámica, en la cual es poco probable que el presupuesto asignado sea equivalente al presupuesto ejecutado.

## RESERVA DE LEY: APLICACIÓN

[...] 2. La reserva de ley, en ese sentido, es la técnica jurídica a través de la cual se plasma ese privilegio de la ley, como decisión central del propio Estado y forma primordial de creación del Derecho, pues está precedida de un proceso deliberativo, público y abierto, donde deben debatir las mayorías y minorías expresivas del pluralismo característico de una sociedad democrática, y llegar así a consensos sobre las decisiones fundamentales del Estado.

En términos normativos y respecto de ciertas materias, una “reserva” implica la conjunción de tres normas: (i) una atribución de potestades a un órgano determinado; (ii) el establecimiento de una prohibición dirigida a los restantes, que no deben dictar decisiones sobre la materia o área reservada; y (iii) la prohibición de que el órgano titular de la reserva la delegue en otro órgano (art. 86 Cn.).

El origen mismo de la técnica presupuestaria, así como los debates en torno a su sentido jurídico, se encuentran enraizados en la historia de la división del poder y la reserva de ley. Así, analizar las circunstancias concretas de la Ley de Presupuesto es la manera idónea para conocer la situación real de la división del poder entre órganos y el sistema constitucional que lo configura.

3. De acuerdo con el principio de reserva de ley aplicado al Derecho Presupuestario, el Legislativo tiene la responsabilidad de asegurar el financiamiento del Estado. En ese sentido, las decisiones normativas primordiales relativas a la actividad financiera del Estado son de exclusiva competencia del Legislativo.

## RESERVA DE LEY: EXTENSIÓN

A. Uno de los puntos clave para detectar la importancia que se le otorga al principio de reserva de ley consiste en dilucidar cuál es su extensión. Hay que precisar qué es lo que debe

decidir el Legislativo para sostener que ha tomado una decisión genuinamente presupuestaria. En otros términos, hay que determinar qué elementos de la norma presupuestaria deben ser creados por ley, para así dejar claro qué ámbito de regulación le queda al Ejecutivo en el ejercicio de su potestad de administración y ejecución.

En esta dinámica presupuestaria, la reserva de ley se expresa extensivamente mediante diversos principios, pues para satisfacer la reserva de ley no basta que la Asamblea Legislativa autorice gastar una suma global, sino que se requiere que la ley establezca una mayor cantidad de elementos, a fin de que cumpla con su doble sentido de instrumento y de control.

Así, los principios presupuestarios son reinterpretados como aspectos jurídicos de la reserva de ley y enfatizan la centralidad de ésta –dando una visión sistemática y unificadora del gasto público–; pues no se trata solamente de consejos para un buen presupuesto, sino de la caracterización constitucional de una ley presupuestaria.

#### PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL PRESUPUESTO

B. Entre otros principios no menos importantes, interesa destacar el de especialidad (a) y el de publicidad y transparencia (b).

a. (i) El primero se entiende como una exigencia de tipicidad, que complementa y especifica el contenido de la reserva de ley. El sentido de la tipicidad presupuestaria –elemento necesario para la eficacia de la reserva de ley– deriva de la función que tiene la Ley de Presupuesto de cada año y de la estructuración constitucional de la independencia entre órganos.

En efecto, la autorización legislativa no se da en forma global, sino que se concede específicamente para cada crédito. En ese sentido, el principio en referencia hace posible controlar el destino específico de los gastos predeterminados legislativamente.

Según el principio de especialidad, la Ley de Presupuesto debe especificar con precisión la cantidad, finalidad y entidad que ha de realizar los gastos públicos en sus aspectos cuantitativo y cualitativo. Así, para respetar el principio de reserva de ley, la Ley de Presupuesto debe autorizar la disponibilidad del gasto público y determinar ciertas sumas de dinero a todos y cada uno de los sujetos estatales para el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución.

Esta exigencia deja claro que ningún ente público puede tomar una decisión jurídica que implique un gasto no previsto en la Ley de Presupuesto. Tampoco, desde el punto de vista cualitativo de la especialidad, se pueden gastar las sumas autorizadas para una finalidad diferente a la establecida en la ley.

Este principio de especialidad –en sus dos vertientes– es decisivo para que el Legislativo pueda efectuar su tarea de control y predeterminación del gasto público. En efecto, la ley debe dar certeza en cuanto al objeto del gasto, esto es, su finalidad; por lo que las decisiones del Ejecutivo que pretendan modificarlas resultan contrarias a la Constitución.

Paralelamente, la misma ley debe respetar estos principios en las autorizaciones para gastar; es decir, que la predeterminación legal debe también respetar la garantía de reserva de ley y no autorizar su propia desvinculación en el cambio de los montos, sujetos y destinos.

## PRESUPUESTO SUJETO A VARIACIONES O MODIFICACIONES EN SU EJECUCIÓN SEGÚN NECESIDADES

[...] durante el año en que se ejecuta la Ley de Presupuesto pueden presentarse diversas necesidades que exijan modificar la ley, tales como: disminuir los gastos aprobados , ya sea por no haberse concretado una operación de crédito público o por haberse producido una recaudación menor a la estimada; aumentar los gastos de un determinado órgano o ente público; necesitar de una reforma al presupuesto ante situaciones sobrevenidas, como la creación de un organismo antes inexistente; aumentar los gastos ante la ocurrencia de eventos

extraordinarios o urgentes o ante la constatación de una recaudación mayor a la prevista; cambiar las finalidades de los gastos aprobados inicialmente; disponer qué destino asignarle a los recursos obtenidos, cuando éstos sean mayores a los estimados; etc.

Por otro lado, es razonable prever que una aplicación estricta del principio de especialidad puede provocar la rigidez del sistema. Y es que el presupuesto contiene nada más previsiones, que quedan sujetas a las variaciones que impone la realidad misma de su ejecución. Bien se ha dicho que “programar hoy para realizar mañana” encierra un margen de incertidumbre que el principio de especialidad debe reconocer. Pero no se trata de abandonar este principio, sino de aplicarlo equilibradamente, tomando siempre en cuenta la consecución de los fines fundamentales del Estado, que le impone la Constitución.

En ese sentido, para no crear obstáculos, el principio debe ser flexible respecto del gasto, siempre dentro de los parámetros legislativos. De esta manera, se tomarían como parámetro de legalidad los conceptos genéricos de gasto establecidos en la partida original, permitiéndole así al ejecutante el margen razonable de maniobra para concretarlas en una distribución que no implique su alteración o reforma.

La finalidad de matizar el principio de especialidad presupuestaria –respecto a gastos relativamente pequeños comparados con el monto global del presupuesto– es evitar la paralización de las actividades del Estado. Por ello, otorgarle al Ejecutivo cierta flexibilidad en la administración del presupuesto aprobado permite la continuidad de los servicios y tareas propios de la Administración, evitando que el retardo en la aprobación legislativa se convierta en un obstáculo para el accionar del Ejecutivo.

Entonces, ambos órganos del Estado deben sujetarse a un procedimiento –respetuoso de las competencias de cada uno– en el cual se reduzcan los márgenes de discrecionalidad en la distribución de los gastos por parte del Ejecutivo. Pero también debe otorgársele a éste último la flexibilidad y rapidez necesarias para que pueda hacerle frente a gastos urgentes,

especialmente en los casos de emergencia nacional.

Por otro lado, se deben regular técnicas que transparenten el cumplimiento de las políticas, los planes de acción, la administración de recursos y la prestación de servicios por parte de las entidades gubernamentales.

#### DEBER DE TRANSPARENCIA PRESUPUESTARIA

b. Por otra parte, es necesario destacar que en una sociedad democrática es deber del Estado garantizar la transparencia en la actuación de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones oficiales, así como la publicidad en la administración y destino de los recursos y fondos públicos. Este deber de transparencia está en íntima conexión de interdependencia con el derecho de acceso a la información de interés público.

La transparencia y la rendición de cuentas presupuestarias son necesarias para prevenir, combatir y erradicar toda manifestación o forma de corrupción en el manejo y destino de todos los fondos públicos, y son imprescindibles para fortalecer el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por lo tanto, el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental de la población a estar debidamente informada de los asuntos de interés colectivo, y a conocer la gestión pública y la forma en que se ejecuta y se rinde cuentas del presupuesto general del Estado; obligación que atañe a todos los órganos y dependencias del Estado, sin excepciones.

#### PARTIDAS SECRETAS NO SE AJUSTAN AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD PRESUPUESTARIA

La publicidad de la información presupuestaria constituye la regla que debe imperar y que vincula a todos los funcionarios e instituciones públicas, pudiendo mantenerse en reserva cierta información presupuestaria, de manera excepcional y restrictiva, y en casos debidamente

necesarios y justificados. Por ejemplo, aquellos datos cuya publicidad pudiera poner en riesgo o afectar intereses fundamentales del Estado que están legítimamente protegidos en una sociedad democrática, tales como la información referida a los gastos de la defensa nacional o de la seguridad pública. No obstante, dichos gastos públicos estarán siempre sujetos a fiscalización, control y rendición de cuentas por las instancias competentes, de conformidad con lo que ordena la Constitución (art. 227 inc. último).

La transparencia y la rendición de cuentas respectiva deben ser garantizadas por todas las dependencias del Estado, de manera que todas las cuentas del presupuesto puedan verificarse en su ejecución, transferencia y destino. Esto es, independientemente de que se disponga por ley, respecto de ciertos casos justificados, un manejo reservado de la información.

Con base en ello, se concluye que las denominadas “partidas secretas”, entendidas como aquellas que no están sujetas a control y rendición de cuentas, no tienen asidero constitucional.

#### APROBACIÓN COMPETE A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

[...] 1. El presupuesto general del Estado –instrumento que contempla todos los ingresos que se espera percibir, así como los gastos en que se incurrirá durante un año (art. 227 inc. 1° Cn.)– es materia reservada al Órgano Legislativo (art. 131 ord. 8° Cn.). Por tal razón, para cada ejercicio fiscal, la Asamblea Legislativa aprueba una “Ley de Presupuesto”, en ejercicio de su principal función constitucional, que es la de legislar (art. 121 Cn.); lo que puede hacer: decretando, interpretando auténticamente, reformando o derogando disposiciones jurídicas (art. 131 ord. 5° Cn.).

#### PREPARACIÓN DE PROYECTO COMPETE AL ÓRGANO EJECUTIVO

Ahora bien, aunque al Legislativo le compete principalmente la aprobación del presupuesto, éste es preparado en forma de proyecto por el Ejecutivo a través del Consejo de Ministros,

teniendo la obligación de someterlo a consideración del Legislativo, por lo menos tres meses antes del comienzo del nuevo año fiscal (art. 167 ord. 3° Cn.). [...] el presupuesto puede necesitar de algunos ajustes durante su ejecución. Al respecto, el Constituyente contempló expresamente dos supuestos: (i) las transferencias entre partidas del mismo Ramo; y (ii) las transferencias entre partidas de distintos Ramos de la Administración Pública.

#### TRANSFERENCIAS ENTRE PARTIDAS DEL MISMO RAMO NO AFECTA AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD PRESUPUESTARIA

El primer supuesto obedece a la necesidad de que la gestión del gasto público por parte del Ejecutivo sea eficaz y eficiente. Por ello, no toda modificación debe estar sometida a la aprobación del Legislativo, pues podría conducir virtualmente a la paralización de las labores de aquél. De tal suerte que al primer órgano mencionado se le reconoce la posibilidad de efectuar algunas modificaciones mínimas al presupuesto. Ya el

Constituyente lo habilita en tal sentido, precisamente a través de la figura de las transferencias entre partidas del mismo Ramo (art. 229 Cn.). Y es que, en efecto, éstas no generan afectación alguna al principio de especialidad (cualitativa y cuantitativa) del presupuesto.

Por su parte, el legislador secundario –en el art. 45 inc. 1º letra b) de la LOAFI– ha desarrollado esa posibilidad, lo que podría hacer con mayor o menor amplitud. Debe existir, pues, un ámbito racional y mínimo en el que se le reconozca potestad normativa al Órgano Ejecutivo en materia presupuestaria.

#### TRANSFERENCIAS ENTRE PARTIDAS DE DISTINTOS RAMOS COMPETEN A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Pero también existen modificaciones que forzosamente exigen el concurso del Legislativo. Al respecto, el Constituyente se decantó –como es usual en el Derecho Comparado– por una

limitación orgánica. Así, la Constitución prescribe que las transferencias entre partidas “de distintos ramos” deben ser aprobadas por la Asamblea Legislativa, por tratarse de reformas al presupuesto (arts. 167 ord. 3º párrafo 2º, en relación con el 131 ord. 8º, parte final).

Entonces, la Ley Suprema salvadoreña entiende que las transferencias de un Ramo a otro constituyen verdaderas modificaciones al presupuesto, es decir, que si el Ejecutivo las efectuara estaría “reformando” el presupuesto. Por ello, deja claro en el art. 131 ord. 8º Cn. que esa potestad le corresponde a la Asamblea Legislativa. Esto no es más que una confirmación del principio general del Derecho –recogido en el art. 142 Cn.– según el cual de la misma forma en que una disposición nace a la vida jurídica, así debe reformarse, interpretarse o derogarse; todo previo conocimiento y a iniciativa del Consejo de Ministros, conforme al art. 167 ord. 3º párrafo 2º Cn.

[...] 3. A. a. Se ha impugnado el inc. 2º del art. 45 de la LOAFI, por cuanto prescribe que en la Ley de Presupuesto de cada año se podrán regular genéricamente modificaciones al mismo para una gestión expedita del gasto público.

Se ha constatado que el presupuesto debe estar sujeto a la posibilidad de ser modificado. Una manera de variarlo es a través de las denominadas “transferencias” de una partida a otra. Éstas caen dentro del más amplio concepto de “reasignación presupuestaria”, el cual hace referencia a una modificación de los patrones del gasto público, la cual, como una forma de racionalizar la asignación de los recursos públicos en algunos de sus componentes, se vuelve prioritaria debido a la dinámica del ingreso y gasto público.

No es que el ahorro vaya a reducir el gasto público, más bien se aplica a materias prioritarias. Se consideran gastos reasignables aquellos que presentan una evaluación negativa a la luz de los instrumentos que componen el sistema de control de gestión o que han perdido prioridad en razón de modificaciones en los lineamientos programáticos del gobierno.

Desde el punto de vista del Derecho Financiero, las transferencias de créditos son mecanismos que alivian la aplicación rígida del principio de especialidad. Sin embargo, en cualquier caso debe evitarse que se afecten los fines del Estado.

Al analizar el art. 45 de la LOAFI, su inc. 2º establece que, para una “gestión expedita”, en la Ley de Presupuesto respectiva, podrá exceptuarse la aplicación de las letras a) y b) del inc. 1º del art. 45 de la LOAFI, que son concreciones legales del principio constitucional de reserva de ley presupuestaria (art. 131 ord. 8º Cn.).

En otras palabras, el legislador, en el inc 2º del art. 45 de la LOAFI, establece una excepción que deja sin aplicación los parámetros constitucionales para efectuar transferencias entre partidas presupuestarias de distintos Ramos.

En virtud de lo anterior, se concluye que el art. 45 inc. 2º de la LOAFI, contradice el principio de reserva de ley en materia presupuestaria, consagrado en el art. 131 ord. 8º Cn., en conexión con los arts. 86 inc. 1º, 167 ord. 3º párrafo 2º, 227 y 229 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

[...] B. a. El art. 2 de la LP 2010 desarrolla el art. 45 inc. 2º de la LOAFI, y constituye una manifestación de la técnica de la reasignación presupuestaria relativa a las transferencias entre partidas de distintos Ramos; mientras que el art. 6 de dicha ley –también en desarrollo del art. 45 inc. 2º de la LOAFI– contempla un refuerzo presupuestario a los gastos en general con los excedentes de las fuentes de ingreso que se perciban mensualmente. Tales modificaciones las ha dispuesto el legislador, cumpliéndose así desde un punto de vista meramente formal con el principio de reserva de ley en materia presupuestaria (art. 131 ord. 8º Cn.). Ahora bien, este concepto tiene un significado más amplio que se visibiliza a través de los principios presupuestarios.

Aquí hemos insistido en el de especialidad, el cual en el fondo lo que persigue es que no se

produzca el fenómeno de la “deslegalización”, esto es, que el legislador difiera al Órgano Ejecutivo la regulación de una materia reservada.

Los arts. 2 y 6 de la LP 2010 –siguiendo una costumbre legal– exoneran de la intervención y aprobación legislativa a las modificaciones del gasto público, específicamente, las transferencias entre partidas de distintos Ramos y las asignaciones, a que se refiere el art. 6 de la misma ley. Es decir que, si bien es el Legislativo el que “aprueba” dichas reformas, lo hace hacia futuro, o sea, sin saber qué es lo que está aprobando. Ello encaja perfectamente en la idea de “deslegalización”, que no sólo es una violación al principio de indelegabilidad de funciones (art. 86 inc. 1º Cn.), sino que vulnera el concepto de reserva de ley en su dimensión de principio de especialidad, que exige la determinación precisa de los montos asignados, el destino final de la transferencia y la finalidad de la misma, cuyas reformas solamente corresponde aprobar a la Asamblea Legislativa.

En razón de lo anterior, se concluye que los arts. 2 y 6 de la LP 2010, contradicen el art. 131 ord. 8º Cn., en conexión con los arts. 86 inc. 1º, 167 ord. 3º párrafo 2º, 227 y 229 Cn., en la medida en que autorizan la modificación de los montos predeterminados por la Asamblea Legislativa, el destino final de la transferencia y la finalidad de la misma, entre distintos Ramos de la Administración, así como la asignación de los excedentes de los ingresos previstos –con los que se aprobó inicialmente el presupuesto–, todo lo cual es atribución exclusiva del Órgano Legislativo.

Como consecuencia de los anteriores pronunciamientos, el legislador queda inhabilitado para replicar el contenido de los artículos declarados inconstitucionales en esta sentencia, en las leyes o disposiciones futuras sobre la materia.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 1-2010 Acum de fecha 25/08/2010)**

## **LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN**

### **FUNCIÓN ESENCIAL**

“1. Es indudable la función esencial que desempeñan las libertades de expresión e información en una sociedad democrática, pues la crítica al poder —entendida como cuestionamiento de las políticas públicas (económica, ambiental, educativa, de seguridad, exterior, etc.) y medidas estatales concretas (actos de la Administración Pública o decisiones judiciales)—, con el consiguiente planteamiento de alternativas, facilita que, en un proceso de ensayo y error, se busquen y encuentren las más adecuadas políticas y medidas que satisfagan las necesidades de los individuos o de la colectividad.

A partir de esa premisa se infiere, en primer lugar, que el fin inmediato buscado por la Constitución, al garantizar las libertades de expresión e información, es generar una opinión pública libre en la que se discutan —tan intensamente como sea posible— los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública que los ciudadanos apoyan o proponen modificar. Por ello, tales derechos también son el presupuesto de los derechos de participación: sufragio activo y pasivo y asociación política.

Pero es que, además, dejando de lado la función estrictamente política de las libertades de expresión e información, no puede ignorarse que estos derechos han acompañado siempre a las sociedades libres, plurales y abiertas, donde el conocimiento se adquiere y transmite de manera libre y no se considera nunca como algo fijo, sino sujeto a revisiones, matizaciones y actualizaciones.

[...] Por lo anterior, tanto la libertad de expresión como la de información se consideran componentes esenciales del gobierno democrático y representativo. Pero además, gracias a dichas libertades, el individuo se realiza, en la medida en que le permiten expresar sus

opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante, en la búsqueda de la verdad, y con ello manifestar su carácter racional.

En tal sentido, no cabe duda de que ambos derechos son manifestaciones de los valores que fundamentan los derechos del individuo: libertad, igualdad y, especialmente, dignidad, y por ello, lo expresado merece protección, incluso, cuando prima facie no se pueda calificar como de incidencia política (por ejemplo, ciertas creaciones artísticas), o lo informado no se refiera a la cosa pública. Privar al individuo del derecho de comunicarse libremente sería una limitación incongruente con su reconocimiento como miembro racional de la comunidad humana, pues le condena al aislamiento y al empobrecimiento intelectual y moral por la ausencia de debate y el flujo de las ideas.

[...] las libertades de expresión e información son, desde la perspectiva subjetiva, manifestaciones de la dignidad, libertad e igualdad de la persona humana, es decir, derechos fundamentales que integran, junto con otros derechos, el núcleo básico del estatus jurídico de la persona humana; mientras que, en su dimensión objetiva, son elementos estructurales de la democracia, del orden jurídico establecido en la Constitución.

#### DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE EL EJERCICIO DE AMBAS LIBERTADES

[...] Por otro lado, en general, tanto en el lenguaje jurídico como en el cotidiano, es más usual utilizar el término "libertad de expresión" para referirse a ambos derechos: tanto al de la simple expresión, como al que ya envuelve el aspecto de la información. Es decir, se utiliza el término aludido en un sentido amplio, abarcando los dos aspectos aludidos. Sin embargo —como se verá—, el que una conducta se considere realizada en ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información tiene consecuencias relevantes. Por ello, lo más acertado es que, a pesar de su común función, no sólo se distingan conceptualmente ambos derechos, sino que esto, además, se acompañe de una distinción terminológica.

A. En su formulación más sencilla y clara, la libertad de expresión es el derecho de toda persona a emitir, sin interferencia indebida del Estado o de los particulares, ideas, opiniones y juicios, ya sea de palabra, por escrito o a través de cualquier otro medio. A este concepto, sin embargo, conviene hacerle algunas precisiones:

a. En primer lugar, como se puede fácilmente deducir, la libertad de expresión tiene por objeto básicamente opiniones, o sea, las manifestaciones de un individuo, fruto de un proceso intelectual consistente en la percepción a través de los sentidos de ciertos hechos, a lo que sigue una deliberación interna, para culminar en una valoración racional de esos hechos.

b. En segundo lugar, la libertad de expresión implica el derecho de investigar o buscar, recibir (derecho de acceso a la información de interés público) y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro medio o procedimiento. Así se reconoce en el ámbito internacional, por ejemplo, en el art. 19 de la DUDH; en el art. 19.2 del PIDCP; y en el art. 13 de la CADH.

Para la CrIDH, la libertad de expresión, "como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada." (Caso Olmedo Bustos y otros vrs. Chile, párr. 68).

c. En tercer lugar, que la libertad en cuestión no sólo es un derecho de libertad, es decir, que se satisfaga con la mera abstención de los poderes públicos de interferir en su ejercicio, sino que también es un derecho a acciones positivas del Estado, en la medida en que, por ejemplo, el Estado debe expedir leyes para su mayor eficacia o protección (tales como las leyes relativas a la prensa, al derecho de acceso a la información, al espectro televisivo, a los espectáculos públicos, etc.), y llevar adelante una verdadera política de apertura al pluralismo de los medios radiales, escritos, televisivos e informáticos, para que los ciudadanos tengan acceso efectivo a fuentes alternativas de información.

d. En último y cuarto lugar, que la libertad de expresión no sólo debe proteger las expresiones lingüísticas, sino que su ámbito de protección debe extenderse, con las matizaciones correspondientes, a gestos, signos, dibujos, símbolos, e incluso a determinadas acciones u omisiones, en la medida en que contribuyan a la función a la que el derecho está orientado.

B. Por su parte, la libertad de información, en el marco de la función general a la que se ha hecho referencia anteriormente, pretende asegurar la publicación o divulgación, con respeto objetivo a la verdad, de hechos con relevancia pública, que permitan a las personas conocer la situación en la que se desarrolla su existencia, de manera que, en cuanto miembros de la colectividad, puedan tomar decisiones libres, debidamente informados. Esta noción también requiere algunas precisiones:

a. Que en la libertad de información la dimensión objetiva —que se funda en la convicción de que los seres humanos, para ser verdaderamente libres, han de vencer la desinformación— se presenta de manera más acentuada, ya que, para ejercer sus demás derechos, el individuo tiene que conocer la realidad que lo rodea.

b. Como fácilmente se observa, esta libertad tiene por objeto hechos, es decir, algo que sucede, que es real y verdadero. Entonces, los hechos pertenecen a la realidad exterior al individuo y son captados por éste a través de sus sentidos. Además, tales hechos deben poseer relevancia pública, o sea hechos que, en la medida en que son importantes para la vida en común, condicionan la participación de los individuos en la sociedad democrática y posibilitan el ejercicio efectivo de otros derechos.

c. Esta libertad, al igual que la de expresión, especialmente también comprende el derecho a recibir informaciones. En este caso, la posición del receptor es singularmente importante debido a su objeto, que son hechos dotados de trascendencia pública, necesarios para la real participación de los ciudadanos en la vida colectiva. En esa medida, existe un interés de los ciudadanos, en tanto que miembros de la sociedad, en conocer tales hechos. Por ello, incluso,

se afirma que el verdadero titular del interés jurídicamente protegido por esta libertad es el receptor de la información.

d. La libertad de información, al igual que la de expresión, no es sólo un derecho de libertad, sino también un derecho a acciones positivas del Estado.

#### DIFERENCIAS ENTRE AMBAS LIBERTADES SEGÚN SU OBJETO

[...] a. La libertad de expresión, como se ha dicho, recae en ideas, opiniones y juicios, los cuales no aspiran en principio a afirmar datos objetivos. En ese sentido, se podrá predicar de ellas su justicia o injusticia, pertinencia o impertinencia, carácter agravante o no, pero nunca su verdad o falsedad. En otras palabras, las opiniones, abstractas por naturaleza, no se prestan en principio para la demostración de su exactitud.

La libertad de información, por su parte, recae en hechos, los cuales, en la medida en que pertenecen a la realidad describable, externa al sujeto, sí son susceptibles de ser sometidos a comprobación empírica. Por eso, los hechos, en tanto que verdaderos, son individualizables, irrepetibles e históricos.

En El Salvador, la libertad de información se ha adscrito por vía de interpretación constitucional a la disposición que estatuye la libertad de expresión —el art. 6 inc. 1° Cn.—. Sin embargo, dichas libertades, a pesar de su estrecha conexión, son derechos autónomos, ya que protegen mensajes de distinta naturaleza: mientras que la libertad de expresión tutela mensajes en buena medida subjetivos, la libertad de información tutela mensajes principalmente factuales. Por tal razón, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no está condicionado a la verdad. En cambio, el ejercicio legítimo de la libertad de información sí está condicionado por el respeto a la verdad.

Ahora bien, conviene aclarar desde ya que, al hablar de "verdad" como requisito de la libertad

de información, no se trata de la "verdad material", pues ello obviamente desalentaría cualquier ejercicio de la libertad de información, ante la imposibilidad o el riesgo de no poder probar posteriormente una afirmación.

Según lo interpreta esta Sala, lo único que se prohíbe es el ejercicio de la libertad de información con conocimiento de la falsedad del hecho o con un temerario desprecio a la verdad, entendiendo por veracidad la verificación y contrastación de las fuentes de información; fuentes que gozan de protección en una sociedad democrática.

b. Aunque es cierto que en la práctica, a veces, puede ser difícil diferenciar hechos y opiniones, ello no justifica la confusión entre las libertades analizadas. Es decir, que no se pueda establecer una frontera precisa no significa que la frontera no exista. Y es que en ningún momento se sostiene que la exposición de hechos vaya a ser absolutamente imparcial y objetiva; no cabe duda que el sujeto emisor siempre analiza tales hechos desde sus propias valoraciones. Pero de eso a confundir los hechos con afirmaciones que si son esencialmente subjetivas (las opiniones) hay una gran distancia. Es decir, la Constitución protege la manifestación de hechos, pero no pretende prohibir que el sujeto, al transmitirlos, los afecte subjetivamente en alguna medida.

#### DIFERENCIACIÓN ENTRE AMBAS LIBERTADES SEGÚN EL SUJETO ACTIVO

c. Por último, es pertinente mencionar que alguna doctrina, aunque no confunde las libertades de expresión e información, las diferencia por el sujeto activo del derecho. Según este criterio, los titulares de la libertad de expresión serían los particulares, mientras que los titulares de la libertad de información serían los periodistas y/o dueños de los medios de comunicación. Cabe adelantar que este es el criterio que ha seguido el legislador salvadoreño en el art. 191 del C. Pn.

Esta distinción es rechazable por las siguientes razones: En primer lugar, la Constitución

atribuye la libertad de información a "toda persona", es decir, no hace distinción alguna. Y es que, tratándose de derechos fundamentales, éstos como regla general son de titularidad universal. En segundo lugar, si se considera que sólo los periodistas y/o dueños de los medios son titulares de la libertad de información, se llegaría al paradójico, injusto y desigual resultado de que los particulares, aunque transmitan hechos e informaciones (como se observa con los recientes desarrollos de las tecnologías de la información), nunca podrían alegar a su favor la veracidad; en cambio, los periodistas y/o dueños de medios, aunque sólo hayan emitido una opinión, podrían intentar justificar su conducta alegando la veracidad de lo expuesto.

#### PLURALIDAD DE FUENTES INFORMATIVAS

3. Dado que las libertades de expresión e información tienen como función la de formar una opinión pública libre, y que comprenden el derecho a recibir opiniones y hechos, respectivamente, la pluralidad de fuentes informativas contrapuestas y la apertura a las diversas corrientes de opiniones y hechos constituyen un requisito sine qua non de dichas libertades, pues garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, es decir, contribuyen a formar su opinión y Conocimiento, para su posterior manifestación o difusión.

Dicho pluralismo informativo debe ser entendido como la existencia de una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos heterogéneos (opiniones y hechos), a disposición del público, sin la cual la libre comunicación de opiniones y hechos no resultaría efectiva, ya que los receptores que se encuentran entre los destinatarios de las libertades de expresión e información, no estarían en condiciones de ejercitar la libre elección entre tendencias diversas, sin que los intereses privados y los poderes públicos intenten sustituirlos en sus propias decisiones.

En ese sentido, las libertades de expresión e información implican evitar la concentración de medios de comunicación, entendiendo que aquélla se presenta cuando una persona o grupo

empresarial, a través de cualquier medio, ejerce una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e, incluso, de impedir la entrada en el mercado de nuevos operadores. Por ello, es necesaria la regulación legal del Estado, debidamente justificada para lograr la preservación del pluralismo en la titularidad de medios, combatiendo los monopolios y las intromisiones de grupos de poder en la independencia de los medios de comunicación; todo lo anterior en el contexto de una sociedad democrática.

## CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

[...] En la actualidad, el derecho a la intimidad deja de ser una mera libertad —que se respeta con la abstención de los demás—, pasando a exigirle a su titular un papel activo —por ejemplo, el de tener el control de los datos personales a los que no desea que otros tengan acceso—, el cual a menudo es indispensable para que el individuo pueda mantener sus relaciones sociales y autonomía personal. Desde esta perspectiva, la protección de la intimidad va orientada tanto al libre desarrollo de la propia personalidad como a la libre construcción y mantenimiento de relaciones y vínculos sociales.

B. A fin de profundizar en el concepto de intimidad, cabe reseñar cierta postura que se puede calificar de "funcionalista", la cual parte de que el interés protegido por la intimidad es el de limitar el acceso de extraños a la vida privada, individual y familiar, en el sentido más amplio. Desde esta perspectiva, el concepto de intimidad estaría integrado por tres elementos: el secreto, el anonimato y la soledad. La intimidad, entonces, se podría afectar por una alteración de cualquiera de dichos elementos.

Con base en lo anterior, se afirma que la intimidad cumple las siguientes funciones: (i) restringe el acceso físico de otros; (ii) promueve la libertad de actuar, en la medida en que protege al individuo de reacciones hostiles de los demás; (iii) contribuye al aprendizaje,

creatividad y autonomía, al evitar que el individuo sea ridiculizado, censurado o recriminado; (iv) promueve la salud mental, ya que otorga a las personas un reducto exento de las presiones sociales; (v) favorece la autonomía moral, que sólo se puede desarrollar plenamente en la esfera íntima del sujeto; (vi) fomenta las relaciones humanas, pues la intimidad es el punto de partida para su establecimiento y mantenimiento; y (vii) permite a los individuos decidir en qué cantidad y en qué circunstancias exponen sus datos personales.

C. Pues bien, se puede entender que la intimidad afecta dos esferas: (i) la esfera íntima, que comprende la faceta sexual, mental y sentimental de las personas. Afectan esta esfera los datos relativos a la enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual y desnudez de los individuos. Como es natural, esta esfera debe gozar de la máxima protección legal; (ii) la esfera privada, que trasciende la interioridad del individuo, refiriéndose a su círculo de parientes, amigos y conocidos cercanos. Aquí evidentemente también debe existir tutela, aunque menos intensa que en el anterior ámbito. Pero una vez se ingresa al ámbito social o público, referido a las relaciones sociales de las personas, se cae fuera del campo del derecho a la intimidad.

En conclusión, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental estatuido directamente en el art. 2 inc. 2º Cn., del que son titulares todas las personas, consistente en la preservación de la esfera estrictamente interna y de la privada (que incluye a la familia) frente a intromisiones no consentidas del Estado o de otros particulares. Por lo tanto, la violación por excelencia —no la única—, en la dinámica de las sociedades actuales, al derecho a la intimidad, es la obtención y/o revelación indeseada por parte de terceros, de datos o informaciones comprendidas en dichas esferas.

## MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO AL HONOR

[...] A. El derecho al honor por su misma naturaleza, que lo vincula a determinadas coordenadas históricas, no se presta fácilmente para una conceptualización abstracta; es preferible, a la hora de describirlo, mantener viva esa maleabilidad social que lo caracteriza.

Dicho de otra manera, su definición habrá de considerar siempre las reglas culturales asumidas por el conjunto del cuerpo social. En ese sentido, incluso, se ha llegado a considerar que el honor es un concepto jurídico indeterminado que necesariamente obliga al intérprete a acudir a la valoración social.

Es usual en la doctrina la distinción entre una perspectiva subjetiva y una perspectiva objetiva para definir el derecho en análisis (Sentencias de Amparo 227-2000, 494-2001 y 743-2000). Desde la primera, el honor consiste en el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma. Desde la segunda, el honor consiste en la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los otros. Y es que —se dice, para fundamentar el derecho— todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad. Por ello se debe asegurar que toda persona en la sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas. En todo caso, no debe olvidarse que en cierto modo cada persona "construye" su honor ante los demás, a través de sus actuaciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 417/09 de 26 de junio, párr 83-85).

En términos más concretos, podría decirse que el honor es el derecho fundamental de toda persona a no ser humillada ante sí o ante los demás. La afectación típica al honor se produce cuando un sujeto se expresa de otro despectivamente (insulto), o le atribuye una cualidad (ridiculización) que afectan su estimación propia o aprecio público.

[...] Para la Constitución todas las personas son titulares de este derecho, y gozan de protección en toda circunstancia; lo cual implica que tienen derecho de estar protegidas contra cualquier ataque ilegal, arbitrario y abusivo, y sólo en casos de extrema necesidad y cuando exista un legítimo interés público o para proteger y garantizar otros derechos fundamentales, puede limitarse este derecho por disposición de la ley.

El derecho al honor es objeto de protección, tanto en lo que cada persona cree que vale frente a los demás, como respecto de lo que los demás consideran que vale una persona en

términos morales. El contenido esencial de este derecho fundamental está conformado precisamente por la dignidad humana. De ahí la importancia clave que le otorga la Constitución en el marco del catálogo de los derechos fundamentales.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO AL HONOR

[...] B. Aunque el derecho a la intimidad y el derecho al honor son próximos —ya que ambos se refieren a la personalidad—, no debe confundírseles, ya que se refieren a distintos momentos: mientras que el honor atañe a la participación del sujeto en la comunidad, la intimidad, contrariamente, persigue asegurar ciertas esferas de no participación en la vida social. En ese sentido, cuando se viola la intimidad se afecta el ámbito de la personalidad que su titular ha decidido ocultar del conocimiento de los demás; en cambio, con el honor se busca evitar que la personalidad de dicho sujeto sea objeto de menosprecio.

Ahora bien, en la práctica, en un ataque al honor puede estar implícito un ataque a la intimidad y viceversa, pero es conveniente tratarlos por separado. La asimilación llevaría a consecuencias indeseadas. Por ejemplo, si se subordina la agresión a la intimidad a la del honor, la primera quedaría impune si no concurre el animus injuriandi. Asimismo, si se produce esa equiparación, una invocación de la exceptio veritatis (excepción de veracidad) dejaría sin castigo la violación a la intimidad.

Pero no siempre una violación del honor supone una violación de la intimidad. Por ejemplo, podría ocurrir que a una persona se le viole su honor a través de la imputación de ciertos datos que, empero, fueron obtenidos legítimamente o ya eran conocidos por muchas personas y, en ese sentido, no se apreciaría una vulneración a la intimidad. Y, de la misma manera, es posible apreciar atentados contra la intimidad de una persona sin menoscabo de su honor, pues cuando un sujeto revela sin autorización datos personales de otro puede perfectamente hacerlo sin formular un juicio adverso o proponerse un rebajamiento moral de su víctima.

## MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

[...] A. Primeramente, por imagen debe entenderse la representación de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, en forma visible y reconocible. La importancia de la imagen radica en que, hasta cierto punto, es la primera pieza que compone la personalidad de cada uno, pues es el elemento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (Tribunal Constitucional Español, STC 231/1988 de 2 de diciembre).

A partir de ello, el derecho a la propia imagen, por un lado, atribuye a su titular el derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que podría ser publicitada (aspecto positivo) (Sentencia de 19-VIII-2009, H.C. 231-2006). Y, por otro lado, el mismo derecho impide la obtención, reproducción o publicación no consentidas de la propia imagen por parte de terceros, independientemente de la finalidad que éstos persigan (aspecto negativo).

B. El derecho a la propia imagen protege la imagen física de la persona, no su "imagen social", pues ésta se protege —como ya se vio— a través del derecho al honor. Por tanto, el derecho ahora analizado no pretende evitar que su titular sea objeto de menosprecio.

A su vez, se diferencia del derecho a la intimidad en que ésta —como se ha dicho— abarca todo lo que se quiere sustraer legítimamente del conocimiento público. Evidentemente, la propia imagen —al menos, el rostro— se expone inevitablemente a los demás. Así, pues, mientras que la intimidad tiene una dimensión interna, la propia imagen tiene una dimensión externa.

Asimismo, es importante precisar que el derecho a la propia imagen protege a su titular tanto en la vida privada como en la pública. En ese sentido, una imagen de una persona por el simple hecho de haber sido captada en un lugar público, no por ello permite su libre utilización. Es

decir, en los espacios públicos se renuncia a la privacidad hasta cierto punto, pero no al derecho a la propia imagen.

## PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN ANTE COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[...] B. Es importante señalar que el método de interpretación idóneo para resolver la colisión entre derechos fundamentales es la ponderación, que consiste en la determinación de, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico. Quiere decir que, en caso de conflicto de normas iusfundamentales, debe buscarse un equilibrio entre ellas o, si dicho equilibrio no es posible, decidirse en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de éste, cuál norma debe prevalecer. Solución que no se puede generalizar a casos futuros, a menos que sean idénticos.

De todo lo dicho se puede fácilmente colegir que las normas de derechos y, extensivamente, los derechos no pueden jerarquizarse en abstracto. Todos, en principio, poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Sólo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas condiciones y observables sí y sólo si éstas concurren.

Admitido todo lo anterior, cabe afirmar que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución salvadoreña poseen idéntico valor entre sí: el de supralegalidad. Los intérpretes y aplicadores (autoridades administrativas, jueces ordinarios, Sala de lo Constitucional, etc.), caso por caso, deberán establecer, en caso de conflicto, qué derecho tiene primacía sobre el otro en su ejercicio práctico.

## LIMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE SU PRETENDIDO CARÁCTER DE ABSOLUTOS

C. Entonces, los derechos fundamentales siempre, ante determinadas circunstancias, pueden ceder ante un derecho contrapuesto. De lo contrario, algunos derechos serían absolutos, o sea que todos los individuos tendrían título suficiente para ejercerlos en todas las condiciones, o dicho de otro modo, derechos que no tendrían concurrencia alguna de pretensiones competidoras.

Aunque una de las características histórica y usualmente atribuidas a los derechos fundamentales es la de un pretendido carácter absoluto, ello no obedece más que, por un lado, ese rasgo se atribuía a los derechos naturales (precedente histórico de los derechos fundamentales), y por otro, por un uso coloquial del término "absoluto", para resaltar su importancia, e incluso a un uso persuasivo o retórico del mismo. Sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales contemporánea se rechaza casi unánimemente ese carácter. Más bien, se postula que son derechos resistentes; un calificativo que admite graduaciones por parte del Derecho positivo.

Por lo tanto, el titular de un derecho fundamental lo puede ejercer en principio, es decir, sólo si no es superado por el ejercicio de ese o de otro derecho por parte de otro u otros individuos. Esto permite entender un conflicto de derechos fundamentales como la situación en la cual no pueden ser satisfechos simultáneamente dos de ellos o en la que el ejercicio de uno de ellos conlleva la limitación del otro.

D. Si admitimos que los derechos fundamentales no son absolutos, también estaríamos forzados a reconocer que todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites. Y si bien la formulación lingüística de las disposiciones que estatuyen derechos fundamentales en ocasiones puede dar la impresión de que el derecho se reconoce sin límite alguno, ello no es así: los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre.

Y es que los límites a los derechos no sólo poseen un fundamento teórico sólido; también tienen una explicación sociológica: el individuo no vive aislado, sino en sociedad. En esa medida, debe coordinar y armonizar el ejercicio de sus derechos con el ejercicio igualmente legítimo de ese mismo derecho u otros por parte de los demás individuos. El principio constitucional de igualdad —art. 3 Cn.— impide, prima facie, que el derecho de una persona, por su sola condición personal, deba prevalecer frente a los de los demás.

#### ÓRGANO LEGISLATIVO AUTORIZADO PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES CON RESPETO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

[...] Por otro lado, el legislador ordinario, por los principios procedimentales que lo rigen, está constitucionalmente habilitado —art. 246 inc. 1° Cn.—, no sólo para configurar los derechos fundamentales, sino también para establecer verdaderas limitaciones a los mismos. Y esta habilitación —debe aclararse— la posee respecto a todos los derechos, no sólo respecto a los derechos de configuración legal (Sentencia de 23-1E-2001, Inc. 8-97).

Sobre este último punto es importante recalcar que, si bien en algunos casos la Constitución establece los límites expresamente, ello no constituye más que una suerte de "guía" para el legislador. Éste puede derivar de la Constitución otros límites, con el fin de garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los demás, e incluso, para proteger intereses legítimos en una sociedad democrática, como la salud y moral pública, el orden público, la seguridad pública, el bien común y el bienestar general

Ahora bien, reconocido el amplio margen de actuación del Órgano Legislativo, es preciso decir que éste, a su vez, está limitado por la propia Constitución, pues, en definitiva, se trata de un Órgano constituido. La limitación a la que el legislador está sometido se condensa en el respeto al principio de proporcionalidad —art. 246 inc. 1° Cn.—: las limitaciones deben asegurar una relación de equilibrio entre, por un lado, el derecho limitado y, por el otro, el fin perseguido con la intervención legislativa.

En virtud de lo anterior, tenemos que el legislador está autorizado para limitar los derechos fundamentales, pero debe hacerlo respetando el principio de proporcionalidad. Ello se traduce en que el Órgano Legislativo también efectúa ponderaciones; éstas no sólo las hacen los Tribunales Constitucionales. Es más, el primer órgano estatal que pondera siempre es el Legislativo: cuando emite la regulación de los derechos correspondientes necesariamente debe armonizar los distintos mandatos constitucionales, muchos de los cuales contienen derechos fundamentales, que apuntan en diferentes y, a veces, contrarias direcciones.

La ponderación en manos del legislador, si logra el equilibrio deseado o justifica adecuadamente el desplazamiento de un derecho, no ofrece problema alguno. Sin embargo, sucede ocasionalmente que el Legislativo, o bien no pondera (no toma en cuenta uno u otros derechos que se ven afectados por la legislación respectiva), o bien no pondera adecuadamente, lo que se traduce en una violación al principio de proporcionalidad. En este caso, la Sala de lo Constitucional está habilitada para declarar inconstitucional la legislación respectiva, o los jueces ordinarios para declarar la inaplicabilidad de la ley, en su caso.

#### PONDERACIÓN DE DERECHOS COMO EQUILIBRIO ENTRE EL EJERCICIO DE UN DERECHO FRENTE AL DE OTROS

[...] B. En el caso sometido a control constitucional, el tratamiento y la solución del conflicto o colisión entre, por un lado, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y por otro, las libertades de expresión e información requerirá de un examen ponderado de los derechos, intereses y valores que están en juego, que permita, mediante las interpretaciones respectivas, fundamentar la necesidad de lograr un equilibrio entre el "ejercicio" de un derecho respecto del de otro u otros, viéndose todos los derechos afectados únicamente en su "ejercicio", mas no en su contenido esencial.

En tal sentido, y en el contexto democrático, no es posible resolver un conflicto de derechos

desconociendo o anulando un derecho fundamental en particular, para dar paso a otro de igual jerarquía constitucional, ya que ello supondría la jerarquización de los derechos constitucionales, lo cual no tiene fundamento en nuestra Ley Suprema. Por el contrario, la jerarquía entre los derechos fundamentales no es compatible con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, dada la naturaleza y el carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales.

De lo anterior se desprende la necesidad de brindar protección integral a todos los derechos fundamentales por igual, pudiendo sólo justificarse en determinados casos concretos de colisión que el ejercicio de unos ceda en favor del ejercicio de otros, sin que ello implique —como ya se ha dicho— la anulación o sacrificio del contenido esencial de uno de los derechos en conflicto.

#### PONDERACIÓN DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN ANTE UN CONFLICTO CON LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN

c. En relación con la demanda que se examina, la libertad de expresión no podría legítimamente anular los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de las personas, pues éstos son también derechos fundamentales de igual jerarquía constitucional.

Para esta Sala, bajo ninguna circunstancia se podría sacrificar, desconocer o anular el contenido esencial de un derecho para hacer prevalecer otro derecho fundamental. En todo caso, los derechos en conflicto deben ceder limitadamente en su "ejercicio" en la medida "estrictamente necesaria", mediante la ponderación de la autoridad judicial competente, que será la que en definitiva valore en cada caso concreto, entre otros factores: si la información que está en juego es o no de interés público o colectivo; si se trata o no de un funcionario o autoridad pública; si es o no una persona particular con vida pública o con vida privada sin ninguna relevancia pública; etc.

[...] Todos los anteriores factores habrán de tomarse en cuenta para ponderar, en los casos concretos, hasta dónde los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pueden ceder en su ejercicio frente a la libertad de expresión, y hasta dónde llega legítimamente el ejercicio de las libertades de expresión e información.

Será necesario, entonces, realizar un cuidadoso análisis constitucional del conflicto de derechos que se produce en las relaciones entre sujetos particulares cuando ejercen, por una parte, la libertad de expresión o información, y por otra, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En estos casos de relaciones intersubjetivas es el Estado el que tiene el deber de protección de los derechos fundamentales en juego, y es precisamente a través de la ley y de la interpretación judicial que deberá resolverse este tipo de conflictos de derechos.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 91-2007 de fecha 24/09/2010)**

## **LIBERTAD ECONÓMICA**

### **MANIFESTACIÓN DEL DERECHO GENERAL DE LIBERTAD**

“1. A. Desde una perspectiva constitucional, la libertad económica es una manifestación más del derecho general de libertad, entendido como la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos, que constituye lo que se conoce como libertad negativa –según se dijo en la sentencia del 14-XII-95, Inc. 17-95–.

En el ordenamiento constitucional salvadoreño el derecho general de libertad también comprende la situación en la que una persona tiene la real posibilidad de orientar su voluntad

hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado, denominada clásicamente libertad positiva.

En ese sentido, desde sus arts. 2, 8 y 102, la Constitución no sólo recalca la existencia de un derecho general de libertad de las personas, sino que, además, reconoce a éstas un derecho de libertad en lo propiamente económico, es decir, reconoce la llamada libre iniciativa privada, en donde el Estado es garante que las personas puedan dedicarse a la actividad económica que más les plazca, a fin de conseguir la realización o satisfacción de una necesidad, un interés o una utilidad social.

#### ETAPAS DE SU MANIFESTACIÓN

B. En cuanto a la connotación que tiene la manifestación de tal libertad en el orden económico, se advierte que la misma se encuentra en relación directa con el proceso económico que vive un país. De ahí que son tres las grandes etapas de manifestación: la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios.

La libertad económica manifestada en estas etapas, construye una gran red de personas partícipes en el proceso económico, dentro del cual los productores satisfacen las necesidades económicas de los consumidores y éstos retribuyen tal satisfacción de necesidades, lográndose así un círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido.

Cuando todo este proceso opera sin obstáculos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe libertad económica. Por el contrario, no existirá dicha libertad cuando el Estado posee un proceso económico centralizado, en el que es productor y distribuidor de todos o de la

mayoría de los bienes y servicios; en estos casos, se trata de un Estado que se caracteriza por limitar la iniciativa privada y la libre elección o preferencia de los consumidores” (Sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-92, Considerando III 2).

## LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

2. Ahora bien, la libertad económica, en cuanto libertad jurídica, únicamente puede existir y operar con sujeción a límites constitucionales y legales, encaminados a asegurar su ejercicio armónico y congruente con los derechos de los demás, con el interés y el bienestar de la comunidad, con el medio ambiente, así como con los derechos de los trabajadores y de los consumidores en general.

En efecto, la libertad económica –al igual que los restantes derechos fundamentales– no puede ser considerada como un derecho absoluto y por lo mismo puede y debe ser objeto de regulaciones y limitaciones legales que no afecten el contenido esencial del mismo. En ese sentido, es importante señalar que es un error confundir libertad económica con la licencia y el desenfreno y creer que únicamente existe un derecho general de libertad, en donde la iniciativa privada puede ser absoluta e ilimitada.

Por ello, cuando el art. 102 Cn., señala que el Estado fomentará los diversos sectores de la producción, no implica que la regulación de los sectores de la protección, sobre todo en atención a otros intereses igualmente constitucionales, obstaculice el fomento de un sector.

Y es que, la igualdad de oportunidades y la distribución razonablemente igualitaria de la libertad permiten inferir que el mercado irrestricto y la libre competencia absolutizada desvirtúan, en su aplicación y funcionamiento, el sentido humanista de los parámetros constitucionales que propugnan valores como la justicia, la igualdad, el bienestar general, y la misma libertad, que no queda en disponibilidad real de acceso para todos cuando una libertad económica sin limitaciones engendra marginalidad, desempleo, y condiciones indecorosas de

vida para muchos sectores de la sociedad.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 17-2006 de fecha 13/10/2010)**

## **ORDEN DE REGISTRO DOMICILIAR**

POSIBILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL DE SOLICITARLA POR RAZONES DE URGENCIA Y NECESIDAD

"D. Asimismo, sobre el otro punto sometido a discusión —relativo a si la Policía Nacional Civil puede solicitar la autorización judicial para efectuar un registro domiciliario sin la dirección funcional de la FGR— esta Sala ha sostenido el criterio de que tal posibilidad es válida a tenor del inc. 3° 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 16-I-2003 (HC 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 decisión de este Tribunal —la referida Inc. 59-2006—; 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.

Por tales motivos, 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 la demora pueda generar una pérdida inminente de objetos relevantes para los fines del proceso penal— u otras como pueden ser las derivadas de la distancia.

#### OBLIGACIÓN DE COMUNICAR A LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA CUANDO ES REALIZADA POR LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

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 la sentencia emitida por este Tribunal el 21-VI-2004 (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".

Por último, conviene resaltar que además del control Fiscal que puede operar a posteriori, se realiza inicialmente un control judicial relacionado con la autorización de la medida. En este sentido, la solicitud que en estos casos excepcionales 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 del registro, dentro de los cuales destaca plenamente la motivación de la solicitud.

Estos elementos han de ser estrictamente observados por parte del cuerpo policial, quien será supervisado por medio de la dirección funcional que ejerza el Ministerio Público Fiscal.

E. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, para esta Sala no son inconstitucionales las normas que facultan a la policía para que pueda ordenar el secuestro y solicitar la ratificación respectiva y las que la habilitan legalmente para que pueda solicitar la orden de registro y allanamiento, y así debe ser declarado en esta sentencia. Pero se advierte, conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, que la actuación de la policía es siempre una actividad en la que se prohíben los excesos y la arbitrariedad, en las que cada uno de sus miembros se obliga a observar las normas procesales respectivas, tal como lo prescribe el art. 245 del C. Pr. Pn.; por ejemplo, la obligación de informar al ente acusador dentro de un plazo máximo de ocho horas de cualquier hecho sobre el cual tenga conocimiento, incluyendo los supuestos aquí analizados (art. 244 inc. 1° del C. Pr. Pn.).”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **ORDEN DE REGISTRO Y SECUESTRO**

### **COLABORACIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO**

“3. En este apartado corresponde realizar la confrontación internormativa de los arts. 173 inc. 1° y 180 inc. 2° del C. Pr. Pn. con el art. 159 inc. final Cn.; alegatos que también guardan relación con el art. 193 ord. 4° Cn.

El ciudadano [...] ha argumentado que la atribución conferida a la Policía Nacional Civil para

solicitar al Órgano Jurisdiccional la orden de registro y secuestro transgrede la función de colaborador en la investigación del delito que la Constitución le concede. Según su argumentación, si la promoción de la acción penal corresponde al Ministerio Público Fiscal, éste también debe dirigir la investigación en todas sus fases.

A. Al respecto, debe acotarse que para que el proceso penal pueda cumplir con una de sus finalidades esenciales —la búsqueda de la verdad real— es indispensable que el Estado disponga de una institución que coadyuve con el Ministerio Público en la investigación del ilícito penal. Y es que, la efectividad de la persecución y el castigo estatal dependen de la recolección y aseguramiento de todos los elementos de convicción suficientes que fundamenten la acusación.

Así, la función de investigación que desempeña la Policía Nacional Civil se caracteriza por ser una actividad auxiliar e imparcial al servicio de la administración de justicia orientada a contribuir al esclarecimiento del hecho punible y al descubrimiento de sus autores o partícipes. Dicha actividad debe estar sometida al control del Ministerio Público Fiscal y de los jueces.

En ese contexto, la dirección funcional de la Fiscalía sobre la Policía se presenta como un mecanismo de orientación técnico jurídica y control sobre la legalidad de sus actuaciones en la fase de investigación. Los Fiscales deben decidir, en cada caso concreto, sobre las medidas de investigación que estimen pertinentes, emitir reglas precisas sobre los alcances de la acción policial y sus limitaciones. En fin, dirigir, supervisar y vigilar el procedimiento de investigación que será posteriormente evaluado judicialmente.

Ciertamente, la preparación de los presupuestos en que se funda la acusación del Estado corresponde a la Fiscalía General de la República, y ésta, por tanto, debe fijar las directivas de orden técnico-legal e intervenir en el diseño de las estrategias de investigación. De ahí la obligación de la Policía Nacional Civil de informar al Fiscal General del inicio de cualquier investigación dirigida a esclarecer un delito y de consultarle cualquier decisión que tenga relación con la privación de derechos fundamentales, como la detención, allanamiento y

secuestro. Para el caso, el art. 244 inc. 1° del C. Pr. Pn. establece un plazo máximo de ocho horas para informar al Ministerio Público Fiscal sobre los delitos que lleguen a su conocimiento, a la par de iniciar una investigación a la mayor brevedad posible.

Así, la Fiscalía dirige la investigación y la PNC recibe instrucciones de aquella. Ese direccionamiento funcional puede transmitirse por cualquier medio, tales como formularios que contengan las instrucciones, llamadas telefónicas, correos electrónicos e incluso a través de comunicaciones verbales. Por tal motivo es que el inc. 2° del art. 244 del C. Pr. Pn. obliga a que en la documentación del informativo policial, se deje constancia de las instrucciones recibidas tanto de jueces como de fiscales en su caso.

#### EXCEPCIONAL MARGEN DE ACCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

[...] En ese sentido, la normativa procesal penal sobre la investigación del delito, configura una interrelación entre la Fiscalía y la Policía que en lo pertinente, presenta los aspectos siguientes:

En primer lugar, la actividad o las funciones indagatorias de la policía se sujetan en todo caso al control del Fiscal —art. 240 del C. Pr. Pn.-

No obstante, en circunstancias excepcionales, algunas actuaciones o actos de la policía son reconocidas como parte de un margen de acción propia indispensable, en armonía con el interés constitucional que el delito sea investigado y la responsabilidad compartida por la FGR y la PNC, para que ello se cumpla —arts. 239 y 244 del C. Pr. Pn..

Este margen de acción propia indispensable que la ley reconoce a la Policía en la investigación del delito, no quebranta por sí mismo la función de dirección que el ord. 3° del art. 193 Cn. otorga a la Fiscalía.

Como puede observarse, respecto de dichas actuaciones policiales la ley exige el cumplimiento de supuestos concretos y excepcionales, que pueden identificarse esencialmente con una necesidad urgente de intervención, para evitar consecuencias ulteriores del delito o que se frustre su investigación. El contenido de ese supuesto denota por sí mismo el carácter interino o transitorio de la intervención policial autónoma.

Por otra parte, en tales actuaciones persiste la sujeción de la policía a un eventual control del Fiscal (si éste así lo determina) y, en todo caso, dichos actos se someten indefectiblemente a un control legal posterior, no sólo del Fiscal, sino también de los jueces.

#### RESPONSABILIDAD COMPARTIDA DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN CASOS URGENTES

C. Lo anterior es valedero en el caso del secuestro de objetos y esto no deriva de una aislada interpretación del inc. 2° del art. 180 del C. Pr. Pn., sino de su interpretación sistemática con los artículos relacionados.

Dicha disposición regula que: "El juez dispondrá que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenará su secuestro. En casos urgentes, esta medida podrá ser ordenada por la policía o la Fiscalía General de la República. En todo caso el secuestro deberá ser ratificado por el juez, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes."

Tal como se expuso en los considerandos anteriores, el artículo transcrito establece la jurisdiccionalidad como requisito general de validez del secuestro. Pero enseguida introduce una regulación excepcional, para que "en casos urgentes", las dos entidades que constitucionalmente comparten la responsabilidad por la investigación eficaz del delito, puedan ordenar dicha medida, la cual, en todo caso, se debe someter a ratificación judicial dentro de un plazo significativamente breve.

Esta posibilidad excepcional o condicionada de actuación propia de la Policía, en relación con el secuestro de objetos, es compatible con los lineamientos constitucionales sobre el nexo entre la FGR y la PNC en la investigación del delito. Es incuestionable el rol protagónico que el Ministerio Público Fiscal tiene en el proceso penal y que requiere su intervención activa y directa en cada una de las fases del mismo.

El inc. 2° del art. 180 del C. Pr. Pn. —sin embargo— no establece la ausencia o sustitución generalizada del Fiscal en la obtención de los objetos útiles para los fines del proceso, sino que únicamente reconoce un campo de intervención policial excepcional, transitoria y siempre controlable, para "colaborar" con una investigación y persecución penal eficaz del delito.

La importante función de "dirección" de la investigación, que la Constitución encarga al Fiscal, debe cumplirse con la razonable consideración de los supuestos, no precisamente extraordinarios, en que cualquier dilación pueda poner en riesgo la utilidad de la persecución penal, por ejemplo, ante el peligro de desaparecimiento, alteración o destrucción de los objetos relevantes para los fines procesales.; pues como ya se dijo, la recolección u obtención de objetos, que pueden servir como fuentes de prueba o asegurar los fines del proceso penal, tiene una relevancia capital en la averiguación de los hechos delictivos para un desarrollo técnico y científico de esa labor.

NECESARIA RATIFICACIÓN JUDICIAL AL SER REALIZADO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA O LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

Por ello, las actuaciones encaminadas a esa recolección u obtención de objetos constituyen manifestaciones típicas de la "función colaboradora" de la Policía, en la investigación del delito, cuando concurra el elemento justificador de "urgencia". Además, existen elementales razones de operatividad y eficacia (dotación de instalaciones y medios para una reacción inmediata en el aseguramiento de las fuentes de prueba) que respaldan esas posibilidades excepcionales de intervención policial directa, para un óptimo aprovechamiento de todos los recursos estatales

en el combate de la delincuencia.

En ese sentido, el juez debe determinar, en cada supuesto concreto, el cumplimiento de la condición excepcional que habilita la actuación autónoma de la Policía (es decir, que ésta actuó en "casos urgentes") y que se hayan respetado los demás límites fijados por el ordenamiento jurídico vigente.

La resolución judicial sobre la ratificación del secuestro —que puede ser favorable o desfavorable respecto de la solicitud policial o Fiscal— debe dar cuenta explícita de haberse verificado la concurrencia o no de circunstancias justificativas de la intervención urgente de la policía. Para ello, lógicamente, la solicitud policial de ratificación judicial debe proveer la información necesaria.

Tal exigencia no sólo deriva de la obligación general de motivar debidamente las resoluciones judiciales, sino también del hecho que, respecto de esas actuaciones autónomas de investigación de la policía, en supuestos concretos y determinados, el control judicial se convierte en pieza clave para la observancia de los lineamientos constitucionales sobre el procedimiento de investigación del delito.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **PARÁMETRO DE CONTROL**

**DEBE CIRCUNSCRIBIRSE A NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL**

“Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la posibilidad de realizar un control

de constitucionalidad sobre actos concretos que no reúnen las características de generalidad y abstracción -propias de las normas jurídicas impersonales-, sí son aplicación directa de la Constitución. (Proceso de Inconstitucionalidad 16-98 y el proceso de Inconstitucionalidad 2-99).

Asimismo, se ha sostenido, v.gr. en la inconstitucionalidad 6-93, que dicho criterio se fundamenta en la necesidad de no dejar zonas exentas de control, sobre aquellas actuaciones concretas de los funcionarios cuyo único fundamento normativo es la Constitución; en tales casos, el ejercicio de potestades públicas en la producción de dicho acto, sólo tiene como parámetro de control los límites formales, materiales y genérico-valorativos que establece la Ley Suprema.

2. Ahora bien, en el presente caso, el fundamento normativo de los actos concretos impugnados es la Ley de la Carrera Militar y su respectivo reglamento, los cuales establecen los requisitos, las autoridades competentes y el procedimiento instaurado para el ascenso de un integrante de la carrera militar al grado inmediato superior. Es decir, su parámetro en la cadena de validez de los actos impugnados no es la Constitución de forma directa, sino la legislación secundaria.

Puede apreciarse entonces, que el criterio de admisión para revisar la constitucionalidad de actos de contenido concreto, no resulta aplicable en el presente caso, pues solamente se puede hacer uso de él cuando el acto impugnado tiene como único parámetro a la Constitución, en aplicación directa de la misma (v.gr. un acuerdo de creación de una Comisión de Investigación de la Asamblea Legislativa; un decreto de elección de un funcionario del Ministerio Público; ambos objetos de control basados en los arts. 131 ordinales 32° y 19° Cn., respectivamente).”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Improcedencias, 65-2010 de fecha 17/12/2010)**

## **PENA DE PRISIÓN**

### ALCANCES DEL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

“3. A partir de lo anterior, de los incs. 2° y 3° del art. 27 Cn., podemos hacer 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 ende, no puede significar un obstáculo a la consecución de finalidades preventivo-generales tanto en el ámbito de la conminación legal como en la imposición judicial de la pena.

Sin embargo, el ideal resocializador es un principio que el legislador debe conjugar en su política penal y penitenciaria, a fin de evitar toda sanción penal con tendencia a producir sufrimiento físico o moral o que pueda contribuir a la degradación ético-espiritual de la persona.

Ahora bien, el proceso de ejecución penitenciaria debe tener como objetivo poner al interno en condiciones de 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.

C. Aunado a lo anterior, la resocialización —al igual que la consecución de fines preventivo-generales— 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 a la culpabilidad del autor, sin sobrepasar tales criterios de ninguna manera.

## PENAS PERPETUAS Y ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

[...] Puede concluirse entonces que las penas perpetuas chocan frontalmente con la función de la pena privativa de libertad propia de una concepción personalista o humanista del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en la medida que no permiten la reeducación y reinserción del condenado. Es más, el texto constitucional es sumamente claro en sus límites; pues, con una fácil intelección interpretativa, se advierte que las penas no pueden ser de una duración tan larga que haga ilusoria cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su entorno social.

En otras palabras, la duración temporal del encierro no debe imposibilitar el desarrollo de un tratamiento penitenciario que tenga como finalidad un posterior proceso de reinserción social del condenado.

Por ende, si bien entonces constituye una atribución del legislador secundario el establecimiento de las cuantías de las penas privativas de libertad, su determinación abstracta debe relacionarse con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y humanidad, a fin de no vulnerar la regulación constitucional contemplada en los incisos 2° y 3° del artículo 27, y los cuales están en plena consonancia con el preámbulo y el art. 1 Cn.

## AGRAVAMIENTO DE PENAS Y PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

B. En el presente caso, en las demandas correspondientes a los procesos 24-2001, 25-2001, 34-2002, 40-2002, 11-2003 y 22-2003, los peticionarios argumentan que el incremento de las penas prescritas en los arts. 45 n° 1, 71, 129 inc. final y 149 del C. Pn., contravienen el art. 27 Cn.

en dos sentidos: primero, desnaturaliza la función resocializadora de la pena privativa de libertad; y segundo, autoriza la imposición de penas perpetuas, prohibidas expresamente por la Constitución. Además, señalan que se lesiona el art. 1 Cn., pues bajo la tutela del interés general se desconoce que el Estado tiene por finalidad la realización de la persona humana.

Por su parte, el ciudadano [...] proceso de Inc. 25-2001—argumenta además que las disposiciones objetadas transgreden el inc. 2° del art. 144 Cn., por cuanto el PIDCP —art. 10.3— y la CADH —art. 5.6— disponen que las penas privativas de libertad tienen como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados; función que se desnaturaliza con la regulación establecida en las citadas disposiciones.

Evidentemente, el agravamiento de las penas —adoptado como medida para desmotivar la comisión de conductas antijurídicas— no se adecúa a la función de la pena prescrita en la Constitución, pues desnaturaliza su finalidad resocializadora y se le convierte en un mecanismo intrínsecamente represivo, desconociéndose con tal práctica que el individuo nunca puede ser instrumento para los fines del Estado en relación con la prevención del delito.

Por ello, el incremento de las penas privativas de libertad en las disposiciones impugnadas, vulnera la prohibición contenida en el inc. 2° del art. 27, pues penas de tales magnitudes — como se ha expuesto supra— dificultan evidentemente un sistema de ejecución de penas de carácter progresivo como el estipulado en la LP.

Como se repite, lo anterior no prohíbe al legislador que en el marco abstracto de formulación de las penas deba atender a criterios preventivo-generales en relación con la intensidad de la afectación a la libertad, particularmente la finalidad disuasiva que toda sanción deba tener. Sin embargo, no pueden existir penas que vuelvan imposible la ejecución de un tratamiento penitenciario, y mucho menos que supongan un encierro prolongado que razonablemente implique un encierro de por vida.

## PRESUPUESTOS DEL DISEÑO DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN PENITENCIARIO

[...] Por ende y retomando lo establecido en la sentencia de 25-111-2008, pronunciada en el proceso de Inc. 32-2006, si bien es cierto que este Tribunal reconoce que no puede sustituir al legislador en la determinación concreta o aritmética de la duración de la pena de prisión, en virtud de que este cuenta con un margen de apreciación en el que puede compaginar finalidades preventivo-generales o retributivas; este Tribunal constitucional sí se encuentra facultado para comparar si efectivamente tales ámbitos temporales de encierro pueden significar un serio y grave entorpecimiento a las finalidades reeducativas y de reinserción social al que debe aspirar un sistema de ejecución penitenciaria en El Salvador acorde a la Constitución, cuyo diseño debe tener en cuenta al menos cuatro presupuestos:

a. Del principio fundamental del respeto a la persona y su dignidad, se deriva que el uso de la pena de prisión se legitima constitucionalmente sólo en aquellos casos en que no sea posible imponer un castigo más humano; y limita su configuración de acuerdo a los estándares de humanidad consensuados internacionalmente en distintos instrumentos internacionales,[...].

b. 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 del encierro en prisión; lo cual permite cumplir con el ideal constitucional de la readaptación de los penados y evitar su posible reincidencia, garantizándose con ello la prevención de los delitos, principio que podríamos denominar de "regularización de la vida en prisión".

c. Al garantizar la norma fundamental, la educación y el trabajo, como parte esencial del tratamiento de las personas condenadas, se asegura que durante la ejecución de la pena privativa de libertad, puedan aquéllas participar en programas que busquen compensar las carencias del recluso frente a las personas libres, ofreciéndole posibilidades de acceso a la cultura, a actividades ocupacionales y educativas y, por ende, y al desarrollo integral de su personalidad. Así como también, opciones luego del cumplimiento de una parte de la pena que

puedan dar lugar a su liberación anticipada total o parcial (permisos de salida, ubicación en centros abiertos, libertad condicional, etc.).

d. La lógica rehabilitadora y de respeto a la dignidad humana que inspira el desarrollo constitucional, es incompatible con una lógica punitiva o retributiva que únicamente aspira a que la función de la pena de prisión sea un castigo de carácter aflictivo o expiatorio. Esto nos lleva a la conclusión que la finalidad del régimen y tratamiento penitenciarios, es el de hacer posible la vida futura en libertad del sentenciado evitando los efectos nocivos de la estancia en prisión. Lo anterior resulta entorpecido con penas que vuelven imposible un proceso gradual de reinserción o al menos lo retardan irrazonablemente.

#### LÍMITES AL LEGISLADOR EN LA FORMULACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA

Por ende, el criterio expuesto en la sentencia de 25-111-2008, Inc. 32-2006, debe ser matizado en el sentido de que ese margen de formulación abstracta de la pena que efectúe el legisferante: (a) no pueda traspasar más allá de lo que la dignidad humana permita; (b) no pueda impedir el proceso de reinserción gradual del condenado, cuando exista una prognosis positiva de éxito del tratamiento; (c) deba permitir la posibilidad de efectuar actividades esenciales del tratamiento como la educación y el trabajo penitenciario; y (d) deba evitar exacerbar al máximo el carácter aflictivo o expiatorio, que ya de por sí es inherente a la cárcel.

Ello resulta sobradamente inobservado en sanciones con tales topes máximos como las enjuiciadas, que vuelven nugatoria cualquier aspiración resocializadora, por lo que resulta imperativo concluir que las penas previstas en los arts. 45 núm. 1, 71 y 129 inc. final del C. Pn., contravienen lo dispuesto en los incs. 2° y 3° del art. 27 Cn. y por tal motivo deben declararse inconstitucionales. Por lo tanto, conviene modificar el criterio establecido sobre el mismo tópico en la referida sentencia del proceso de Inc. 32-2006, por las razones anteriormente señaladas.

Sin embargo, en el caso del 149 del C. Pn., debe advertirse que dicha penalidad se aparta de

las argumentaciones esgrimidas respecto a la pena máxima de setenta y cinco años, que por este Tribunal ha sido considerado pena perpetua; por tanto, respecto de este punto deberá desestimarse la pretensión de los demandantes.

#### INDICADOR ESPERANZA DE VIDA

[...] Si bien, en principio, la "esperanza de vida" es una medida hipotética y un indicador de las condiciones de salud del momento en que se nace (determinado por años), también mide la cantidad de años que en promedio se espera que viva una persona al nacer o a partir de determinada edad, bajo el supuesto de que las tasas de mortalidad específica permanezcan constantes. Es decir, la esperanza de vida al nacer refleja el promedio —potencial y contextual— de años de vida que una persona vivirá según las condiciones sociales y económicas de ese preciso año.

A partir de las consideraciones expuestas sobre el art. 27 Cn., puede derivarse la prohibición de cierto tipo de penas que no son coherentes con el grado de desarrollo del Derecho Penal y que es adoptado por la Constitución. En ese sentido, el carácter perpetuo de las penas debe hacerse coherente con el marco fáctico y de valores que clarifiquen cuándo estamos en presencia de un exceso que no podrá llegar a cumplirse ni siquiera en abstracto y mucho menos en concreto.

[...] Es cierto que, aun cuando los condenados a 75 años de prisión en un caso concreto, podrían aspirar a la aplicación de alguna causa de extinción de la pena, como el indulto; o disminución de la misma, como la conmutación; o a una forma sustitutiva de su ejecución, como la libertad condicional en sus diferentes formas (ordinaria o anticipada); también debe preverse la situación de aquellos que, por no adecuarse a ninguno de los supuestos favorables indicados, deban soportar íntegramente una pena máxima como la indicada.

Por todo lo dicho, considerando el criterio fáctico de la esperanza de vida (72 años según el

informe 2010 del PNUD) y la edad penal mínima de los destinatarios de la norma impugnada (18 años), la pena de 75 años que contempla la legislación vigente para los casos de concurso real de delitos, es una pena perpetua que no resiste un examen de razonabilidad y proporcionalidad tomando en cuenta los parámetros constitucionales.

## EFFECTOS PROSPECTIVOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

[...] a. El principal efecto del anterior pronunciamiento de inconstitucionalidad está determinado por la expulsión definitiva de dichas disposiciones del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no puede obviarse que, al tratarse de la penalidad de ciertos delitos de trascendencia, las conductas tipificadas no pueden quedar sin prescripción punitiva.

De esta manera, se pueden incorporar otros posibles efectos para la declaración de inconstitucionalidad, e incluso la posibilidad de no establecer, en principio, consecuencia jurídica alguna sobre la validez del precepto, a pesar de haber constatado su incompatibilidad constitucional.

En esta línea se encuentran las sentencias prospectivas, de inconstitucionalidad diferida o de mera inconstitucionalidad. Mediante este tipo de sentencias, esta Sala modula los efectos de su fallo pro futuro, es decir, los suspende por un periodo razonable de tiempo, con el fin de preservar la integridad y supremacía de la Constitución, respecto de otros bienes que pudieran ser afectados por el vacío que genera la inconstitucionalidad.

Con ello se pretende que el Legislador subsane en un tiempo prudencial las situaciones de inconstitucionalidad detectadas en las disposiciones o normas evaluadas, aun cuando éstas no hayan sido expulsadas del ordenamiento jurídico; es decir, este tipo de sentencias modula sus efectos normales en el tiempo, para alcanzar la solución considerada más justa, determinándose la fecha desde la que ella producirá efectos, y da la posibilidad al legislador para actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución.

Por lo anterior, puede decirse que la tipología de sentencias mencionada nace de la necesidad

que tienen los tribunales constitucionales de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una disposición o norma infraconstitucional, por los efectos perjudiciales o inconstitucionales que tendría esa decisión; pero tampoco es posible declarar su constitucionalidad, pues el tribunal ha constatado que aquella vulnera la Constitución.

Este tipo de decisiones son adoptadas cuando la inconstitucionalidad —con expulsión inmediata— no es el medio más adecuado para restablecer una situación contraria a la Constitución; pues podría conducir a una situación más inconstitucional que aquella que se pretende corregir.

[...] b. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso la expulsión inmediata de las disposiciones declaradas inconstitucionales —arts. 45 núm. 1, 71 y 129, todos del C. Pn.— puede generar efectos más perjudiciales que los que se pretenden solventar, pues implicaría una desprotección de bienes jurídicos considerados valiosos por la sociedad mediante dichas tipificaciones.

Por ello, es pertinente optar por la adopción de una sentencia prospectiva o de inconstitucionalidad diferida, con el fin de que el legislador pueda, en el corto plazo, adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución y solventar la inconstitucionalidad declarada.

[...] Por ello, este Tribunal considera necesario que a partir de la notificación de la presente sentencia, el legislador, en uso de su libertad de configuración, determine en el corto plazo un límite máximo de la sanción penal a imponer en relación con la pena de prisión (art. 45 del C. Pn.); la penalidad máxima del concurso real de delitos (art. 71 del C. Pn.); y la pena máxima de prisión en los delitos de homicidio agravado (art. 129 del C. Pn.), y cumplir, de esa manera, con las exigencias constitucionales expuestas en esta sentencia."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **PENA DE PRISIÓN**

VOTO DISIDENTE PARCIAL DEL MAGISTRADO JOSÉ NÉSTOR MAURICIO CASTANEDA SOTO

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE SETENTA Y CINCO AÑOS

“Mi opinión discrepante se limita exclusivamente a dos cuestiones específicas: a) el punto N° 1 del fallo, que declara inconstitucional el incremento de las penas de prisión previsto en los arts. 45 n° 1, 71 y 129 inc. final del C. Pn., que en definitiva establecen el límite máximo de la prisión en setenta y cinco años; y b) el párrafo tercero del punto N° 5 del fallo, en el que se exhorta a la Asamblea Legislativa para que regule el acceso directo de la víctima al proceso penal, mediante el inicio y la prosecución autónoma del enjuiciamiento de esa clase, en los casos de inactividad o desidia de la Fiscalía General de la República.

I. Sobre el primero de estos dos temas, tengo una opinión distinta sobre la constitucionalidad del incremento de las penas de prisión previsto en los arts. 45 n° 1, 71 y 129 inc. final del C. Pn. (límite máximo de la prisión en setenta y cinco años). Me parece que en esta oportunidad no se han encontrado mejores razones que las expuestas por la Sala en la Sentencia de Inconstitucionalidad 32-2006, del 25-III-2008, y por eso conservo y reafirmo mi criterio en el sentido de que las penas, prolongadas no son, desde una perspectiva de control abstracto, incompatibles con la Constitución. Enseguida: (1) recordaré los fundamentos del criterio que sostengo y (2) opinaré sobre la insuficiencia de los argumentos expuestos en la presente sentencia para abandonar el precedente aludido.

1. Argumentos a favor de la constitucionalidad de la pena de 75 años de prisión. La

Constitución no cierra el debate sobre la función de la pena en un sentido unívoco y excluyente, ni pretende orientar todas las cuestiones relativas a la configuración del Derecho Penal. Por el contrario, al reconocer tanto la finalidad de resocialización como la de prevención del delito, la Constitución otorga una amplia cobertura para las políticas públicas en materia criminal. Dentro de esta libertad de configuración, 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 ese contexto, la finalidad de prevención general puede ameritar una reevaluación del valor social del bien jurídico y de su forma de ataque para determinar así un incremento o disminución del marco penal.

Aunque para este tipo de formulaciones político-criminales, además de consideraciones de oportunidad se necesitan criterios criminológicos con base fáctica, el principio democrático garantiza al legislador un margen de acción respecto al conocimiento de hechos relevantes, a partir de sus propios conocimientos y estimaciones de la realidad, por ejemplo, sobre la eficacia de las penas prolongadas en la prevención del delito. Este Tribunal no puede sustituir esa determinación del legislador, porque precisamente en los casos en que existe algún margen de incertidumbre empírica es donde entra en juego el margen de apreciación y de acción cognitiva confiado al Órgano Legislativo. Además así ocurre 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 realizar la pena y, menos aún, los medios que están al alcance del Poder Legislativo para cumplirlos.

Por otra parte, 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, las medidas penitenciarias que permiten el contacto del recluso con su familia, la comunidad y la realidad social pueden cumplir esa función.

## CONSIDERACIONES SOBRE LA INSUFICIENCIA DE RAZONES PARA CAMBIAR PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

2. Insuficiencia de razones para el cambio de precedente. La decisión de la mayoría en esta sentencia se basa en la tesis de que las penas prolongadas a que se refieren los demandantes: excluyen las posibilidades de llevar una posterior vida en libertad sin reincidencia delictiva; hacen ilusoria cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su entorno social; imposibilitan un posterior proceso de reinserción social del condenado o al menos lo retardan irrazonablemente; desnaturalizan la finalidad resocializadora de la pena para convertirse en un mecanismo intrínsecamente represivo, aflictivo o expiatorio; y suponen un encierro que podría resultar en algunos casos de por vida.

Creo, con el mayor respeto hacia mis colegas, que estas ideas son insuficientes para cambiar el precedente contenido en la Sentencia de Inconstitucionalidad 32-2006. Primero, porque el tono radical y tajante que se utiliza para referirse a los efectos negativos de las penas prolongadas parece privilegiar la resocialización del delincuente sobre los otros fines de prevención del delito, que la Constitución también reconoce. Pienso que la prevención debe coordinarse con la resocialización en el régimen legal y en la ejecución real de las penas, pero dudo que alguno de estos fines constitucionales esté subordinado al otro. La solución a una cuestión tan compleja no debería basarse en una preferencia o prevalencia, aunque sea aparente o discursiva, ajena a la regulación constitucional que sirve como parámetro de control.

En segundo lugar, esa misma carga de rotundidad de los términos utilizados por la

argumentación que rechazo y la consecuente inexactitud que deriva de las ideas así expresadas apoyan buena parte de mi discrepancia. La determinación legislativa de una pena de prisión prolongada no basta para que se cumpla la infausta predicción contenida en la motivación de la mayoría —de que se excluirá, imposibilitará o hará ilusoria la resocialización del condenado—. Para esto harían falta por lo menos tres presupuestos, a los que se aludía en el criterio jurisprudencial que hoy se abandona: 1) que el juez tuviera que imponer esa pena, es decir que no existiera un margen de apreciación judicial para la concreción de la pena a una persona determinada; 2) que el funcionamiento real del sistema penitenciario fuera ineficaz o careciera de condiciones para lograr la resocialización; y 3) que estuviera vedada la oportunidad para que el recluso acceda a mecanismos penitenciarios que compensen las carencias del recluso frente al hombre libre (contactos familiares, comunitarios o sociales).

Ninguno de esos tres presupuestos deriva de la formulación legislativa impugnada, de modo que esta, en sí misma y desde la perspectiva de un control constitucional abstracto, no produce en forma necesaria los efectos que se le atribuyen. Las penas impugnadas no son fijas, sino que están sujetas a una individualización judicial. Incluso en el caso de que efectivamente se imponga el máximo de prisión a una persona, sus posibilidades de reinserción social dependen en mayor medida del funcionamiento real o de la ejecución concreta del sistema penitenciario, que del tiempo fijado por la ley con carácter general como límite máximo de dicha pena. Sobre todo, porque el régimen penitenciario comprende la posibilidad de acceso a medidas penitenciarias orientadas a disminuir la brecha entre las condiciones de la cárcel y la vida en sociedad (permisos de salida, contactos familiares, programas comunitarios de asistencia, actividades labores y educativas, etc.) y la pena fijada en la ley no excluye dichas oportunidades.

La ley puede considerar que existen casos en los que, por razones de prevención general y especial, se requiere de un período de encierro más amplio que en otros delitos o respecto de otros delincuentes. Ese tiempo de encierro, aunque sea más amplio, no tiene por qué ser exclusivamente aflictivo, expiatorio o represivo. También puede responder a las condiciones personales del delincuente, a la gravedad de su desadaptación social o a la profundidad de su

desprecio por las pautas de convivencia y participación en la comunidad, que se ponen de manifiesto en el delito cometido, pero que además pueden continuar reflejándose mediante el comportamiento del recluso durante la ejecución de la pena.

#### PERSECUCIÓN DEL DELITO: ACCESO DIRECTO DE LA VÍCTIMA FRENTE A LA INACTIVIDAD DEL ENTE FISCAL

[...] II. Respecto del segundo de los temas en que advertí mi disidencia, rechazo la decisión de exhortar o recomendar que la Asamblea Legislativa regule el acceso directo de la víctima al proceso penal, mediante el inicio y la prosecución autónoma del enjuiciamiento de esa clase, en los casos de inactividad o desidia de la Fiscalía General de la República (en adelante FGR o Fiscalía), por las razones siguientes:

1. Interpretación del art. 193 ord.,4° Cn. Según el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, la modificación de las funciones constitucionales de la FGR tiene como finalidad su fortalecimiento institucional, de modo que las nuevas atribuciones "le permitan desempeñar su verdadera función, un poco desnaturalizada hasta ahora, por la dependencia del Presidente de la República y por la falta de capacidad legal para actuar en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad". Como es sabido, la promoción de acción penal carecía de un antecedente explícito en las constituciones anteriores, que en su lugar regulaban la atribución de "Intervenir personalmente o por medio de los fiscales de su dependencia en los juicios que dan lugar a procedimientos de oficio" (art. 99 ord. 3° Cn. de 1950 y 1962). En otras palabras, frente a una simple "intervención" que podría tolerar la previsión legal del ejercicio privado autónomo de la acción penal, el régimen constitucional vigente de la FGR se refiere a la "promoción" de la acción penal, fórmula más expresiva que comprende dentro de sus legítimas posibilidades hermenéuticas a la titularidad y la disponibilidad de dicha acción.

Así lo había interpretado la jurisprudencia de este Tribunal, que en decisiones anteriores

determinó que: "De acuerdo con la disposición constitucional citada [el art. 193 ord. 4° Cn.] y de los arts. 19 inc. 2° y 83 del C. Pr. Pn., la titularidad en el ejercicio de la acción pública constituye una facultad exclusiva del Ministerio Público-Fiscal [...] el Ministerio Público-Fiscal ostenta el monopolio exclusivo de la acusación pública con todas sus consecuencias, y aún cuenta con la potestad de decidir acerca de la conveniencia de ejercerla ante los tribunales en aquellos casos que el C. Pr. Pn. lo permite." (Sentencia de Inconstitucionalidad 2-2005, del 28-111-2006, considerandos VI y IX). En otra sentencia reiteró que la atribución constitucional en cuestión se orienta a "que el Ministerio Público-Fiscal desempeñe "el señorío" de la investigación del delito y la promoción de la acción ante los tribunales penales competentes, conforme al diseño de un proceso penal de clara tendencia acusatoria, que no permite la iniciación del procedimiento por una persona distinta de la que ostenta el poder de requerir y acusar." (Sentencia de Inconstitucionalidad 23-2006, del 6411-2007, considerando V).

#### FALTA DE JUSTIFICACIÓN SUFICIENTE PARA EL CAMBIO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

2. Falta de justificación del cambio de precedente. Los precedentes pueden cambiarse o abandonarse, con la condición de que ese cambio "esté especialmente justificado — argumentado—" (Sentencia de Inconstitucionalidad 1-2010, del 25-VIII-2010, considerando II.C). La recomendación al legislador que cuestione se basa en el abandono. de la tesis pretoriana del monopolio público (a cargo de la FGR) de la acción penal. Ciertamente, dicha recomendación no puede compatibilizarse con la idea de "exclusividad" o de una potestad "monopólica" del ejercicio de la acción penal. Un monopolio "dual" deja de ser monopolio. Es más, el nuevo criterio jurisprudencial abre la puerta para una transformación profunda del régimen constitucional de la acción penal, desde su consideración como una función pública hacia su coexistencia, o sustitución de hecho, por una acción popular.

Como razón para el cambio de precedente se enuncia el criterio hermenéutico del principio de unidad de la Constitución y el supuesto alcance del derecho de la víctima al acceso a la jurisdicción. Creo que estos argumentos, enunciados casi a modo de presuroso desenlace del

considerando respectivo, son insuficientes para cumplir con la condición de una carga argumentativa reforzada para cambiar el precedente sobre el carácter público y exclusivo de la acción penal, cuyos principales argumentos ni siquiera son analizados en el trance de su abandono. Junto al principio de unidad de la Constitución esta Sala ha reconocido y aplicado la directriz interpretativa del principio de corrección funcional, según el cual si la Constitución regula el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales de una determinada manera, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas (Sentencia de Inconstitucionalidad 15-2003, del 21-XII-2007). En otras palabras, la interpretación de la Sala no debe alterar en forma injustificada la regulación constitucional de las funciones estatales.

En relación con esa falta de justificación suficiente, considero que el derecho de acceso a la jurisdicción de ningún modo se opone a que el ordenamiento jurídico —en este caso, nada menos que desde la Ley Fundamental— prevea la mediación de un órgano público especializado en la fundamentación y formulación técnica de la pretensión penal derivada de un hecho delictivo. Al contrario, esa intervención necesaria e ineludible de la FGR está orientada a elevar las perspectivas de éxito, eficacia o efectividad en el reconocimiento y reparación de los derechos de las víctimas. En los casos de un precario desempeño de la Fiscalía, la misma sentencia a la que en este punto me opongo reseña otras opciones que podrían ser más congruentes con las atribuciones constitucionales de ese órgano y con la efectividad del derecho a la protección jurisdiccional de la víctima, sin necesidad de despojar a dicha institución del monopolio que la Constitución le reconoce sobre el inicio de la persecución penal.

#### EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL ES UNA FUNCIÓN ESTATAL

3. Alteración inaceptable del reparto constitucional de competencias. Nada en el art. 193 ord. 4° Cn. indica que la Ley Primaria haya diseñado un sistema de acción penal a disposición de las víctimas sino que, por el contrario, la opción precisa del Constituyente es por el ejercicio de la pretensión penal como una función estatal. La privatización de la acción penal no puede basarse

en una interpretación expansiva del derecho de acceso a la justicia, cuando la Constitución configura dicha actividad como una función pública.

Llevando hasta sus últimas consecuencias el criterio de la sentencia, por ejemplo, al reconocer el "derecho a la verdad" como parte del derecho de acceso a la justicia, incluso la dirección de la investigación del delito dejaría de ser una potestad pública y exclusiva. Con los derechos como subterfugio, cualquier función pública considerada deficitaria por los ciudadanos quedaría a expensas de una apropiación privada, al margen de la ingeniería política del ordenamiento jurídico.

El reparto constitucional de competencias, que es la proyección jurídica de las decisiones políticas fundamentales de cada comunidad, se pone en riesgo cuando los derechos se usan como coartada para que la jurisprudencia incite la expropiación de las atribuciones constitucionales de las instituciones públicas. Lo más coherente con dicho reparto sería dirigir la actividad ciudadana hacia la exigencia de políticas públicas y medidas legales para controlar y reforzar el funcionamiento institucional, en lugar de optar por agravar la debilidad de las entidades públicas mediante el desapoderamiento legal de sus potestades, a favor de los privados. Se debería incentivar el cumplimiento de lo omitido en lugar de la suplantación privada del órgano deficiente. El ejercicio insatisfactorio de las funciones públicas, sobre todo cuando se trata de ámbitos profundamente políticos como el de la activación del poder penal del Estado, no debe, en mi opinión, encararse con la conversión en privado de lo público, cuando faltaría que el legislador ensayara alternativas menos drásticas y mejor encaminadas hacia el fortalecimiento, y no al declive, de las instituciones competentes.

## LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

5. Libertad de configuración legislativa. Finalmente, la jurisprudencia es un instrumento más bien obtuso para adentrarse, siquiera a título de recomendación, en una transformación tan fuerte del régimen de la acción penal. La insinuación de un cambio semejante, en caso de que se superaran los límites constitucionales advertidos en este voto, debería ir precedida de un

análisis adecuado de las múltiples aristas de tal reforma. Por ejemplo, la imposición de filtros para determinar en cada caso quiénes podrán ejercer dicha acción, respecto de qué delitos, con cuáles requisitos formales, con qué tipo de controles para evitar la proliferación de la llamada "pena de banquillo", cómo se articularía dicha privatización de la pretensión penal con la función de dirección de la investigación del delito a cargo de la FGR, etc. El debate político y la apertura democrática necesaria para una amplia consideración de las opciones en cada uno de estos temas, en mayor grado propios de un juicio de oportunidad política dentro de la libertad de configuración legislativa que de un juicio jurisdiccional, recomiendan un papel menos activista y de más autorrestricción de esta Sala, que al parecer ha estado ausente en la decisión con la que discrepo."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

### **POSIBILIDAD DE MODIFICARLO**

"[...] el art. 10 L. Pr. Cn. establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de un cuerpo normativo o disposición impugnada tiene los mismos efectos erga omnes que los del objeto de control; es decir, tiene plenos efectos frente a funcionarios y particulares –resolución de Improcedencia de 7-VII-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 31-2005–. En el caso que el pronunciamiento definitivo sea desestimatorio –que declare la no existencia de la inconstitucionalidad alegada–, la incidencia sobre la realidad jurídica preexistente al pronunciamiento se manifiesta de igual manera: con efectos generales.

Al respecto, se había venido sosteniendo que en tales supuestos no cabría la posibilidad de

reexaminar en un nuevo proceso la constitucionalidad de la disposición impugnada por los mismos motivos desestimados anteriormente. Ello se complementa con la resolución de Admisibilidad de 23-IX-2003, pronunciada en el proceso de Inc. 16-2003, en la que esta Sala admitió la posibilidad de reexaminar la disposición impugnada solamente si se plantean motivos y argumentos de inconstitucionalidad distintos a los desestimados en otro proceso.

C. Ahora bien, el respeto a los precedentes –como manifestación específica de la seguridad jurídica y el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico– no significa la imposibilidad de cambiarlos. Ello cobra sentido si se toma en cuenta que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos que puedan derivarse en su aplicación o cuando esté llamada a solventarlos. Por ello, las anteriores consideraciones jurisprudenciales deben ser también analizadas desde otra perspectiva: el dinamismo y la interpretación actualizada de la Constitución.

En efecto, aunque el precedente (y de manera más precisa, el autoprecedente) posibilita la precomprensión jurídica de la que parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos; pero, para ello, se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado –argumentado– con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

Y es que, si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener efectos absolutos en el sentido de que sea tanto definitivo como válido para todos los tiempos. No es definitivo porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad social ponen constantemente a los juzgadores ante nuevas situaciones; e incluso la renovación de los juzgadores, a su vez representantes de diversas corrientes de pensamiento jurídico, también posibilita la relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes que las han aplicado, a las nuevas realidades. Tampoco puede ser válido para todos los tiempos porque la interpretación tiene siempre una referencia de actualidad sobre el orden jurídico.

Por ello, no puede sostenerse la inmutabilidad de la jurisprudencia ad eternum, y resulta de mayor conformidad con la Constitución entender que, no obstante exista un pronunciamiento desestimatorio en un proceso de inconstitucionalidad, ello no impide que esta Sala emita un criterio jurisprudencial innovador, al plantearse una pretensión similar a la desestimada, cuando circunstancias especiales y justificadas obliguen a reinterpretar la normatividad –resoluciones de Improcedencia de 23-VII-2004 y de 7-VII-2005, pronunciadas respectivamente en los procesos de Inc. 20-2004 y 31-2005–.

#### CIRCUNSTANCIAS VÁLIDAS PARA SU MODIFICACIÓN

En la jurisprudencia comparada se admiten, entre otros supuestos, como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal; y que los fundamentos fácticos que le motivaron han variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada.

##### a. Error interpretativo.

La ruptura del stare decisis sugiere un expreso señalamiento de los errores interpretativos de la decisión anterior que se plantea como precedente. Señalar la parcialidad del contexto de la anterior interpretación es una condición necesaria para dotar a la nueva decisión de fuerza argumental y para que satisfaga el estándar de justificación que el cambio de jurisprudencia reclama.

En estos casos, la delimitación del grado del error pasa por analizar si la decisión previa (o precedente) no ha tomado en consideración la eventual concurrencia de otra disposición constitucional que varíe el contexto normativo sobre el cual se basó el pronunciamiento.

Tampoco quiere ello decir que la decisión que haya de tomarse en el cambio de precedente sea la única correcta, sino que cuando menos pueda considerarse admisible dentro de los límites y presupuestos normativos constitucionales íntegramente considerados.

De lo que se trata, entonces, es de expresar el cambio de contexto o la parcialidad del anterior en la interpretación que el precedente expresa, la norma que concretiza mediante aquella interpretación o el desarrollo jurisprudencial del derecho invocado.

b. Cambios en la realidad normada.

La labor jurisdiccional, al igual que el Derecho y como fuente creadora del mismo, no es estática, sino que un cambio en las valoraciones fácticas puede implicar la reorientación y adecuación de criterios que hasta ese evento se mantenían como definidos.

No está de más afirmar que este supuesto acarrea una carga argumentativa fáctica, en la medida en que exige que esos cambios de la realidad normada estén razonablemente acreditados dentro del proceso de inconstitucionalidad.

c. Cambio de la conformación subjetiva del Tribunal.

Los tribunales que componen el Órgano Judicial –al igual que los otros entes estatales– se entienden como medios jurídicos para la realización de los fines del Estado, y por tanto se valen también de la actividad de personas naturales para el ejercicio de sus respectivas atribuciones y competencias. Así, junto a las exigencias objetivas de predeterminación legal del juzgador, la Constitución también exige que la composición subjetiva del Órgano jurisdiccional venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

En el análisis que ahora nos ocupa (cambio motivado del autprecedente por este Tribunal), ello cobra relevancia cuando el art. 186 inc. 3° in fine Cn., prescribe que en la lista de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia –lo cual comprende a los Magistrados de la Sala de lo Constitucional–, estarán representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Este supuesto asume la diversidad de corrientes de pensamiento jurídico, y acepta la

posible relectura de las disposiciones constitucionales y de los precedentes que las han aplicado, para que se adecue a las nuevas realidades.

Estas tres circunstancias, no taxativas, requieren siempre de una especial justificación para habilitar el cambio de autoprecedente, en la medida en que significan la comparación argumental y dialéctica de las viejas razones –jurídicas o fácticas– con el reconocimiento actual de otras más coherentes.

#### REINTERPRETACIÓN DEL PRECEDENTE 26-2004

E. En la sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 26-2004, se parte de una supuesta lectura sistemática de los arts. 131 ords. 8° y 10°, 167 ords. 3° y 4°, 168 ord. 6°, 172 inc. final, 182 ord. 13°, 195 ord. 2°, 226, 227, 228 y 229 Cn.

Sin embargo, en el desarrollo de la argumentación solamente se puede intuir una enumeración de circunstancias presupuestarias desde su fase de aprobación hasta su ejecución, pasando por las posibles justificaciones de la modificación a las asignaciones originales, sin exponer las pautas interpretativas de las que se deriva una norma negativa: las transferencias entre partidas de distintos Ramos –sostiene dicha sentencia– no son reformas al presupuesto, bajo el entendido que éstas solamente se verifican si hay aumento del monto global del presupuesto.

En ese sentido, la dinámica presupuestaria y las atribuciones y competencias que la Constitución le asigna a cada Órgano del Estado, avalada en la Inc. 26-2004, se sustentó en su momento en una interpretación no suficientemente fundada, pues se limitó a ciertas disposiciones constitucionales (arts. 131 ord. 8° y 229 Cn.), sin abordar íntegramente el sentido y alcance contextual de la Constitución en materia presupuestaria, mediante una lectura más coherente de los arts. 167 ord. 3° párrafo 2° y 227 Cn. Y si bien todos los actos jurídico-administrativos realizados por el Ejecutivo, en relación con las distintas leyes de presupuestos

generales para los ejercicios fiscales de 2004 a 2010, así como los efectos producidos por los mismos, se consideran válidos por la interpretación que se dio en el relacionado precedente, a partir de este pronunciamiento, que implicará un cambio en la interpretación constitucional sobre el tema de transferencia de partidas entre distintos Ramos, los que se realicen en el futuro deberán atender los parámetros de la presente sentencia.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 1-2010 Acum de fecha 25/08/2010)**

## **PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

### **RELACIÓN ENTRE ESTADO, GESTOR Y USUARIO**

"Así, cuando el servicio público no es prestado directamente por el Estado, sino que se hace a través de otros sujetos, coexisten tres elementos subjetivos del servicio: la Administración, el gestor y el usuario.

A. En esta modalidad de prestación del servicio, la relación directa entre la Administración - cualquier ente, organismo o institución estatal con potestades para dictar actos administrativos- y los usuarios permanece menos cercana; sin embargo, ésta se reserva -en relación con el gestor- un conjunto de potestades que genéricamente se pueden agrupar bajo el nombre de poderes de fiscalización, inspección y control.

A estas facultades se refiere la Constitución en el art. 110 inciso 4° al establecer que el Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente por medio de instituciones oficiales autónomas o de los municipios, pero también le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas

privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales.

Dentro de estas facultades de regulación, la referida disposición incluye la aprobación de las tarifas propuestas por las empresas privadas. Tarifas que se constituyen como la contraprestación pecuniaria que el usuario paga por recibir el servicio público

#### FACULTADES DE REGULACIÓN Y FISCALIZACIÓN ESTATAL

En la sentencia dictada el 26-VIII-1998 en el proceso de Inconstitucionalidad 4-97, se acotó que el art. 110 inciso 4º Cn. al establecer una facultad de regulación y fiscalización de las tarifas persigue evitar un sacrificio económico excesivamente oneroso –es decir, injusto por desproporcionado- para el usuario, que podría derivarse del abuso que el gestor del servicio pudiera producir, ya sea mediante la interrupción del servicio tendente a producir un alza de las tarifas o mediante la alteración o modificación arbitraria éstas, habida cuenta de que se trata de un servicio esencial a la comunidad.

En este nuevo contexto, el Estado –a través de sus instituciones fiscalizadoras- adquiere una función reguladora, necesaria e inherente a la naturaleza de los servicios de que se trata.

Indudablemente, estos entes de fiscalización responden a la necesidad de una legitimación técnica de intervención a una nueva modalidad de regulación en los límites que establezca la ley. En todo caso, ejercen un equilibrio entre el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado y garantizar las obligaciones de servicio público y los derechos de los usuarios.

[...] de conformidad con la LGE -arts. 1 y 79- la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET) figura como institución oficial autónoma responsable de asegurar el cumplimiento de las leyes aplicables y regulaciones atinentes a los sectores de electricidad y

telecomunicaciones en el país, v. gr. la aprobación de tarifas establecidas por los distribuidores en sus propias áreas, hacer cumplir los requisitos regulatorios del sector de electricidad y penalizar por el incumplimiento a dicha regulación, así como resolver conflictos entre sus operadores y entre éstos y los usuarios finales.

## SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y TELECOMUNICACIONES COMO ENTE REGULADOR Y FISCALIZADOR

B. Ahora bien, tal como se acotó anteriormente, en la prestación del servicio público -en este caso de energía eléctrica- no sólo emerge la relación entre el ente regulador (SIGET) y el gestor (distribuidor o comercializador), sino también entre éste y el usuario final: el gestor debe prestar el servicio en determinadas condiciones y el usuario debe abonar el precio o tarifa del servicio.

En cuanto a esta relación existente entre gestor y usuario, la LGE -en su art. 75- prevé que el usuario final ha de contratar el suministro de energía eléctrica con un comercializador, quien se obliga a entregarle en un punto determinado, energía eléctrica en forma continua o periódica durante un plazo determinado o indeterminado por un precio y en las condiciones fijadas o a fijarse.

Regula -además- que los contratos de adhesión o contratos de suministro de energía eléctrica elaborados por el comercializador o distribuidor deberán cumplir los términos y condiciones de los pliegos tarifarios y las normativas establecidas por la SIGET, y podrán modificarse siempre y cuando no vayan en menoscabo o perjuicio de los intereses del usuario final y a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor y su reglamento.

Por su parte, el art 16 del Reglamento a las Actividades de Comercialización de Energía Eléctrica prevé que el comercializador cobrará al usuario final los cargos por consumo de energía eléctrica y el cargo correspondiente al uso de la red mediante un documento de cobro único."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Improcedencias, 22-2010 de fecha 14/07/2010)**

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **CARGA DE LA PRUEBA COMPETE AL ACUSADOR**

“A. Al respecto, conviene recordar que la presunción de inocencia conlleva a que toda persona a quien se le imputa la comisión de un ilícito deba recibir la consideración y trato de no culpable en los hechos de carácter delictivo. En ese sentido, esta Sala en numerosas resoluciones —v. gr. la sentencia de 10-II-1999 proveída en el .proceso de Amparo 360-97— ha señalado que toda persona sometida a un proceso o procedimiento es inocente y se mantendrá como tal, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales.

Precisamente, de tal reconocimiento constitucional deriva la traslación hacia el acusador de la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado. Así, no corresponde a la persona a quien se le imputa la comisión de un ilícito demostrar o probar las justificaciones de su conducta; sino que, por el contrario, al reputársele inocente, es obligación de la acusación establecer y probar todos los elementos de la imputación.

B. Con relación a lo anterior, las ciudadanas [...] en su demanda correspondiente al proceso 10-2003, argumentan que el art. 340 del C. Pr. Pn. vulnera la presunción de inocencia al disponer que la vista pública debe iniciarse con la declaración del imputado. Afirman que, si el imputado es inocente, no es necesario que ejerza su derecho material de defensa, pues aún no se ha presentado prueba en su contra.

Al respecto, debe recordarse que si bien la presunción de inocencia supone que el acusado no está obligado a probar su inocencia, dispone de la facultad de hacerse oír en cuanta audiencia sea necesaria su presencia; así como, suministrar pruebas de descargo para desvirtuar la pretensión acusatoria. Ambas opciones son consustanciales al ejercicio de la defensa material que éste puede ejercer en las diferentes etapas del proceso penal.

#### USO DEL DERECHO DE DEFENSA NO SE LIMITA A UNA ÚNICA INTERVENCIÓN DEL PROCESADO

[...] En otras palabras, y específicamente respecto al juicio, la participación del procesado en el juicio no se limita a una única intervención luego de la apertura de la audiencia, sino que en la medida en que ésta se va desarrollando puede aquél hacer las declaraciones que estime necesarias en su defensa.

Además, la misma disposición impugnada expresa que al imputado se le otorgará la palabra "con la advertencia de que puede abstenerse de declarar y que la vista pública continuará aunque él no declare" (art. 340 inc. 1° parte final del C. Pr. Pn.)

De este modo, en ningún caso se obliga al imputado a intervenir en el estadio inicial del juicio, cuando la prueba en su contra no se ha producido, sino que más bien se le permite postergar su declaración al momento en que la actividad probatoria de cargo haya finalizado, como resulta más consistente con las implicaciones que la presunción de inocencia tiene para el acusador.

De hecho, las previsiones legales de los arts. 335 y 345 del C. Pr. Pn. establecen un marco dentro del cual el juez y las partes pueden disponer el orden de presentación de la prueba de la manera más coherente con la carga que pesa sobre la acusación y con el derecho de defensa del imputado.

Así, el artículo cuestionado reconoce la posibilidad que el imputado, según su estrategia de

litigación o teoría del caso, se abstenga de declarar al inicio del juicio y que, si decide hacerlo, lo realice después que se haya practicado la prueba que lo incrimina en el hecho que se juzga, lo cual permite una aplicación de dicha disposición que es conforme con el derecho constitucional invocado como parámetro de control.

Ahora bien, el imputado puede ejercitar su defensa material desde el momento en que dispone de la información sobre el contenido de la imputación. Por ello, la apertura de la vista pública es la primera oportunidad que se le concede de intervenir. Y es que, en ese estadio, la Fiscalía —y el querellante si lo hubiere— presentan la acusación y, el juzgador explica los hechos que se le atribuyen y sobre la base de los cuales se articula la pretensión punitiva (340 inc. 1° del C. Pr. Pn.).

Es claro, entonces, que a partir de la apertura de la audiencia, el procesado conoce los extremos de la acusación. Por ello, se le concede la primera ocasión para hacer llegar su versión al tribunal. Consecuentemente, debe desestimarse la pretensión de los actores en este punto, y así debe declararse en el fallo.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **PRINCIPIO DE IGUALDAD**

### **TRATAMIENTO DIFERENCIADO**

[...] el principio de igualdad es aquél que hace que los poderes, en sus actividades, den un trato equivalente a todas las personas que se encuentran en condiciones similares; sin embargo, también posibilita que se dé deliberadamente y en condiciones distintas, un trato dispar en

beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados en una relación que presente criterios o rasgos diferenciadores relevantes, bajo criterios justificables y razonables a la luz de la misma Constitución.

Y es que, aunque el derecho de igualdad sea aplicable para el goce de los demás derechos constitucionales, perfectamente el legislador puede hacer diferenciaciones, pero basadas en criterios razonables que justifiquen el trato desigual.

No obstante lo anterior, no se advierte -de la argumentación expuesta por el actor- cuál es la situación de hecho igual en la que se encuentra el usuario frente a las distribuidoras de energía eléctrica, ni tampoco se colige de su argumentación la identificación del presunto tratamiento discriminatorio, pues se limita a hacer alusión, genéricamente, a la facultad de cobro que ostenta un particular.

#### IGUALDAD COMO CONCEPTO RELACIONAL

[...] Siendo claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquélla ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga recurrir a un término de comparación –comúnmente denominado

*tertium comparationis*–, el cual no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien elige el criterio de valoración.

Este “término de comparación”, además, debe ser propuesto por el actor del proceso de inconstitucionalidad para que su pretensión sea satisfecha estimativamente, de tal suerte que indique dentro del mismo los argumentos que permitan constatar que ante situaciones de hecho iguales, le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación razonable, es decir, debe señalar por qué o de qué se discrimina".

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Improcedencias, 22-2010 de fecha 14/07/2010)**

## **PRINCIPIOS DEL DERECHO TRIBUTARIO**

### **LÍMITES FORMALES AL PODER TRIBUTARIO**

"A. Los tributos, por su relación directa con el derecho de propiedad de los ciudadanos, son una materia reservada a la ley formal. Así, la reserva de ley tributaria, en su origen, tuvo por objeto limitar el poder del monarca en esa materia. Actualmente, pretende reducir el ámbito de discrecionalidad del órgano ejecutivo en el establecimiento de los tributos.

La reserva de ley tributaria tiene como finalidad, por un lado, garantizar el derecho de propiedad frente a injerencias arbitrarias del poder público (dimensión individual), y por otro lado, garantizar el principio de autoimposición, esto es, que los ciudadanos no paguen más contribuciones que aquéllas a las que sus legítimos representantes han prestado su consentimiento (dimensión colectiva).

[...] B. Por su parte, el principio de legalidad tributaria le exige al legislador claridad y taxatividad en la configuración de los elementos esenciales de los tributos.

Además, el art. 231 inc. 1° Cn. dice que "[n]o pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público". En razón de este mandato, la Administración y los Municipios sólo pueden exigir a los ciudadanos el pago de aquellos tributos que hayan sido previamente definidos en una ley (en sentido material).

Así, puede afirmarse que, mientras que los arts. 131 ord. 6° y 204 ord. 1° Cn. van dirigidos al creador de los tributos, el art. 231 inc. 1° Cn. va dirigido a sus aplicadores.

## LÍMITES MATERIALES DEL DERECHO TRIBUTARIO

[...] La doctrina, así como el Derecho positivo y la jurisprudencia comparados, son relativamente uniformes en este tema. Empero, es necesario examinar las particularidades de la regulación que brinda la Constitución salvadoreña y los criterios jurisprudenciales que este Tribunal sobre el particular ha sostenido.

A. El enunciado normativo de ineludible —y casi exclusiva— referencia, en el caso salvadoreño, es el art. 131 ord. 6° Cn., que establece: "Corresponde a la Asamblea Legislativa: Decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos, en relación equitativa" (cursivas suplidas). A continuación se pasa a analizar el contenido normativo de la parte resaltada.

## CAMBIO JURISPRUDENCIAL DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD TRIBUTARIA

[...] A. Pues bien, dado que el constituyente no formuló los principios del Derecho Tributario expresamente, ha sido esta Sala, a través de su jurisprudencia, la que ha ido desentrañando el contenido esencial de la equidad tributaria en nuestro régimen constitucional. Entre otras, cabe citar las Sentencias de Inconstitucionalidad 23-98 y 23-99, de 6-IX-1999 y 14-1-2003 respectivamente.

En las resoluciones antedichas se deducían del art. 131 ord. 6° Cn. los siguientes principios: igualdad, proporcionalidad, capacidad económica o contributiva, razonabilidad o equidad fiscal y no confiscación. Sin embargo, a la luz de lo anteriormente expresado en torno a la equidad, así como a cierta redundancia y confusión de planos analíticos que se advierten en esos

precedentes, es necesario reformular ese elenco de principios.

En primer lugar, ya no es necesario aquí incluir el principio de equidad fiscal, pues éste —ya explicamos— sirve para darle una calificación global o final al sistema tributario o a un tributo en particular. No es posible, pues, ubicarlo en el mismo plano analítico que a los demás principios.

Además, es necesario desechar por su impropiedad —y por ende, inconveniencia—, la sinonimia entre "equidad" y "razonabilidad", pues la primera es sinónimo de justicia (categoría material).

En cambio, la segunda —en la doctrina más depurada— es un test que sirve a los tribunales para enjuiciar: (i) violaciones a la igualdad, y ponderar con ello el carácter objetivo y fundamentado del criterio de diferenciación; (ii) la coherencia interna de una norma en la estructuración de sus elementos; o (iii) si los motivos o razones que se alegan para justificar la emisión de una disposición están o no de acuerdo con los valores constitucionales —Sentencia de 14-XII-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 20-2003, así como Resolución de 11-VI-2003, pronunciada en el mismo proceso—.

En su última manifestación, la razonabilidad que se exige en el control abstracto de constitucionalidad comporta la exigencia de exponer los motivos que dieron lugar a la elección de una determinada acción, justificando las medidas adoptadas.

Partiendo de esa idea, el principio de razonabilidad obliga a buscar un equilibrio entre exigencias inicial o aparentemente contrapuestas, mediante la aportación de razones objetivas para demostrar que la afectación, limitación o perjuicio de otros bienes es plausible, por la importancia que tiene el cumplimiento del bien o interés enfrentado.

Es necesario resaltar que ese equilibrio es el resultado de sopesar razones o argumentos que

justifican una determinada relación de prioridad o —como ha dicho esta Sala— una precedencia condicionada entre los intereses o bienes estimados —Sentencias de 14-XII-2004, 13-XII-2005, 15-111-2006, 25-IV-2006 y 26-VI-2003, pronunciadas en los procesos de Inc. 42-2003, 8-2004, 10-2005 y 11-2004 y Amp. 242-2001, respectivamente—.

Esto significa que, para verificar el cumplimiento del principio de razonabilidad, hay que recurrir a la ponderación de los elementos de la relación que se pretende equilibrar, según la estructura de la disposición constitucional que se alega como parámetro.

Esta referencia a la ponderación, como forma de determinar si se ha cumplido con el principio de razonabilidad, confirma que se trata de sopesar razones o argumentos y que éstos, a su vez, derivan en buena medida de la incorporación al debate parlamentario de datos de la realidad, circunstancias de hecho o información empírica que la norma constitucional exige expresamente.

Al reconocer la importancia de elementos fácticos o datos empíricos, pero dentro de los límites del control abstracto de constitucionalidad, esta Sala ha aclarado que esa información necesaria para enjuiciar la razonabilidad de una medida legislativa puede obtenerse de: la argumentación de la autoridad emisora sobre la constitucionalidad de dicha medida; los considerandos y el texto de la ley respectiva; así como los documentos oficiales que contengan la propuesta técnica de las disposiciones enjuiciadas —Sentencia de 8-XI-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 2-2002.

Entonces, es mediante esas oportunidades que el órgano emisor de una disposición debe documentar en forma seria y suficiente los conocimientos empíricos, estudios técnicos o datos de la realidad —según la naturaleza del asunto que se trate y las exigencias de la disposición constitucional que sirva de parámetro— que permitan justificar, argumentar o demostrar la razonabilidad de una medida —Sentencia de 23-X-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 35-2002—.

c. En cuanto al principio de "proporcionalidad", si se ha utilizado para predicar la correspondencia entre la capacidad económica del contribuyente y el monto del gravamen, el principio de capacidad económica resulta ser mejor parámetro y de una concreción más pertinente para el examen de constitucionalidad (esto se verá infra III.2.A); mientras que, si el principio de proporcionalidad se utiliza para comparar la tributación que sufre un individuo con la de otros, ello puede examinarse de una manera más precisa desde la perspectiva del principio de igualdad.

C. Con base en lo anterior, este Tribunal considera que la equidad del sistema tributario o de un tributo, a que alude el art. 131 ord. 6° Cn., puede predicarse por la presencia de uno o varios de los siguientes principios: capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscación.

#### PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

[...] Según este principio, las personas deben contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado en proporción a la aptitud económico-social que tengan para ello. La capacidad económica se mide por índices (patrimonio, renta) o por indicios (consumo, tráfico de bienes). En la concreción normativa del principio en comento opera el "principio de normalidad"; así, cuando el legislador configura una determinada situación como hecho imponible, atiende a un supuesto que normalmente es indicativo de capacidad económica.

Se trata de un principio que limita a los poderes públicos en el ejercicio de su actividad financiera, pero que, además, condiciona y modula el deber de contribuir de los ciudadanos. En ese sentido, puede afirmarse que el principio aludido actúa como presupuesto y límite para la tributación.

En todo caso, la capacidad económica es una exigencia del ordenamiento tributario globalmente considerado. Por ello, es una cualidad que no se demanda de cada tipo de tributo, ya que éstos —como se verá infra IV.1— tienen naturalezas sustancialmente diferentes.

Por último, en ningún caso un tributo o el conjunto de tributos que recaigan sobre un contribuyente deben afectar su "mínimo vital", esto es, la cantidad destinada a la satisfacción de las necesidades básicas de su titular.

## PRINCIPIO DE IGUALDAD

[...] Estamos ante uno de los valores fundamentales que la Constitución salvadoreña anuncia en su pórtico (art. 1 inc. 1° Cn.). Además, se trata de un principio que debe regir las actuaciones de los poderes públicos y las relaciones entre los particulares (art. 3 inc. 1° Cn.), que, además, puede ser invocado como derecho fundamental. La igualdad tiene una dimensión formal (igualdad ante la ley) y una dimensión material (igualdad en la ley).

Ahora bien, así como en el Derecho Procesal la igualdad cobra especial relevancia — porque hace realidad el contradictorio (consustancial a la idea de proceso)—, donde recibe el nombre de "igualdad de armas", en el Derecho Tributario también es uno de los pilares sobre los que se construye todo el régimen, y en ese sentido, aunque estemos ante un principio general del Derecho Constitucional —y que, por ello, debe inspirar todo el ordenamiento jurídico—, se justifica considerarlo como principio autónomo del Derecho Tributario (sin perder de vista que es una especificación de la igualdad genérica).

En el plano tributario, la igualdad exige que situaciones económicamente iguales sean tratadas de la misma manera —atendiendo a que la capacidad económica que se pone de relieve es la misma— (la igualdad como mandato de equiparación), y viceversa, que situaciones económicamente desiguales se traten de distinta manera (la igualdad como mandato de diferenciación).

## PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

[...] Recapitulando, se ha dicho, en primer lugar, que la imposición que cada uno sufre debe ser proporcional a la capacidad económica respectiva. En segundo lugar, que a igual riqueza debe seguir igual gravamen. Ahora bien, si se admite que la igualdad reconocida en el art. 3 inc. 1° Cn. tiene una dimensión material, la ley debe introducir "correctivos" para que la igualdad trascienda del plano legal al plano fáctico. En otras palabras, la proporcionalidad entre capacidad económica y tributo, así como el mandato de equiparación, pueden resultar insuficientes desde el punto de vista de la equidad.

Con el objetivo de verdaderamente alcanzar esta equidad, aparece un tercer principio: el de progresividad. Según éste, la alícuota o porcentaje de la contribución se va elevando a medida que aumenta el capital imponible. Podemos afirmar, entonces, que un tributo es equitativo cuando combina adecuadamente la capacidad económica, igualdad y progresividad.

#### PRINCIPIO DE NO CONFISCACIÓN

[...] En la doctrina tributaria se discute si éste es verdaderamente un principio del Derecho Tributario o, más bien, pertenece a otro campo, y también se cuestiona si tiene algún sentido o es una cláusula superflua. Existen fuertes argumentos para defender o rechazar el principio en cuestión, pero de lo que no cabe duda es que dicho principio ocupa un lugar común y privilegiado dentro de toda la literatura tributaria. Por ello, más allá de las discusiones teóricas —que rebasan el interés de esta sentencia—, esta Sala es de la opinión que sí debe considerarse como otro principio que concreta la equidad tributaria prescrita en el art. 131 ord. 6° Cn.

Sin entrar al fondo de la discusión, el punto a tener en cuenta es que la prohibición de confiscación originalmente constituye una norma que podría deducirse del derecho de propiedad (art. 103 inc. 1° Cn.). Sin embargo, el constituyente estatuyó dicha regla expresamente en el art. 106 inc. 5° Cn. (compartiendo así la ubicación con el otro precepto dentro de la topografía constitucional), por razones más histórico-políticas que jurídicas.

En el caso nuestro, la prohibición de confiscación no aparece expresamente asociada a la equidad tributaria. Y es que —como alguna doctrina señala— cuando un tributo tiene efectos confiscatorios viola el principio de capacidad económica o el derecho de propiedad —a cuyo respeto está orientado el primero—. No hay necesidad de acudir a la prohibición de confiscación.

Sea como sea, esta aparente inutilidad del principio comentado se supera entendiendo que la no confiscación constituye un genuino límite —que si no se prescribe no tendría porqué sobreentenderse— a la tributación. Por consiguiente, el trinomio capacidad económica-igualdad-progresividad tendría como prueba final, para afirmar la equidad de un tributo, que éste no implica una confiscación para el contribuyente, es decir, que no absorbe una parte sustancial de la renta o capital gravado de éste.

Sin duda, la mayor dificultad que plantea la aplicación de este principio es la determinación concreta de la "parte sustancial" de un patrimonio. No existe una respuesta única a este problema. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán considera que la carga contributiva individual no puede sobrepasar el 50% de los ingresos; la Corte Suprema de Justicia argentina ha fijado el 33% como tope de validez constitucional de ciertos tributos.

Pero, en definitiva, y sin perjuicio de la utilidad de estos criterios, consideramos que la equidad de un tributo, en términos de no confiscación, sólo puede establecerse en cada caso concreto, mediante un juicio de proporcionalidad en el que se tomen en consideración el tiempo, el lugar, los montos y los fines económico-sociales de cada tributo."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas 35-2009 de fecha 09/07/2010)**

## QUEJA DEFICIENTE

### IMPOSIBILIDAD DE SUPLIRLA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

“1. A. En lo que se refiere al primer punto, esta Sala 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, y ello en realidad no sería otra cosa que la configuración de oficio del objeto de conocimiento jurisdiccional. En ese sentido, no es posible que el Tribunal subsane ninguna deficiencia de la pretensión en el proceso de inconstitucionalidad, generándose en tales casos una imposibilidad de pronunciarse al respecto.

### ASPECTOS PARA CONSIDERARLA

[...] De una sistematización de la jurisprudencia de este Tribunal, se advierte que existen ciertas deficiencias que se presentan frecuentemente en esta clase de pretensión, así: (a) argumentación insuficiente, que se da si el demandante no expone la argumentación necesaria para evidenciar la inconstitucionalidad alegada, y deja indeterminado el fundamento fáctico o jurídico de su pretensión, o bien si el demandante no formula motivos de inconstitucionalidad, sino que se limita a solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad haciendo una referencia general a un precepto constitucional, o se limita a la mera cita de las disposiciones constitucionales que estima transgredidas; así también, un argumento de inconstitucionalidad es insuficiente si el demandante solamente elabora una lista de las disposiciones legales que — según su criterio— considera violatorias de algunas disposiciones constitucionales, pero no especifica ni precisa en qué sentido los motivos argumentados se conectan con cada una de las disposiciones que considera contrarias a la Constitución; (b) argumentación incoherente, que ocurre cuando se invoca como parámetro de control una disposición constitucional o un derecho fundamental específico pero se le atribuye un contenido inadecuado o equívoco, por no ser el fundamento jurídico propio del contenido constitucional propuesto como parámetro o

que se alega violado; (c) error en el señalamiento del objeto de control de constitucionalidad, cuando se impugna un cuerpo normativo o una disposición de la cual no deriva directamente la inconstitucionalidad alegada; y (d) error en la invocación del parámetro de control de constitucionalidad, lo que ocurre cuando se alega violación a una normativa distinta de la Constitución.

En todos estos casos se considera que el pretensor no ha configurado adecuadamente su pretensión constitucional, debiendo —según proceda— prevenir o declarar improcedente la pretensión, o bien sobreseer en el proceso, dependiendo de la etapa procesal en que se advierta la deficiencia.

#### CUANDO SE ALEGA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD SIN ESTABLECER EL TÉRMINO DE COMPARACIÓN

[...] b. Al respecto, cabe mencionar que la jurisprudencia de este Tribunal es constante en el sentido que, cuando la causa petendi de la pretensión de inconstitucionalidad radica en la existencia de una supuesta violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Constitución de la República, el establecimiento de la igualdad como parámetro de control de constitucionalidad de las normas inferiores implica, en primer lugar, la necesaria remisión al término de comparación, en orden de configurar adecuadamente la diferenciación o equiparación normativa impugnada.

[...] Lo antes dicho implica, por un lado, que el sujeto activo de la pretensión de inconstitucionalidad debe exponer sus argumentos para generar el convencimiento de que la diferenciación o equiparación contenida en la disposición objeto de control no tiene razón suficiente de ser; esto es, que carezca de fundamentos o que, teniéndolos, los mismos respondan a fines disconformes con el ordenamiento constitucional o, más profundamente aún, que siendo fines constitucionalmente válidos, los medios utilizados por la vía de la diferenciación o equiparación sean excesivos respecto de tales fines.

En ese sentido, al analizar la pretensión de la ciudadana [...], se advierte que sus argumentos se limitaron a alegar que todos los imputados deben ser procesados de igual manera, pero sin evidenciar argumentos que pongan de manifiesto alguna diferenciación contenida en el art. 20 del C. Pr. Pn. o la irrazonabilidad de los criterios que pudieran dar lugar al trato diferenciado.

[...] Teniendo en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes, la peticionaria ha establecido insuficientemente en su demanda los argumentos que tiendan a evidenciar que la disposición señalada como objeto de control contiene un tratamiento diferenciado. En virtud de lo antes expuesto, ante la argumentación insuficiente de la pretensión, debe sobreseerse en cuanto a este motivo.

#### CUANDO LOS ALEGATOS SON OBJETO DE CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD

B. a. Por otra parte, la demandante considera que la disposición impugnada viola el art. 235 Cn. ya que, de acuerdo con dicho artículo, "los funcionarios deben hacer lo que ella les mande y en ninguna de sus disposiciones les faculta para prescindir de la acción pública, pues realmente manda todo lo contrario".

Es decir que, según la parte actora, cuando el art. 20 del C. Pr. Pn. permite al Fiscal General prescindir de la acción penal en virtud de un criterio de oportunidad, se está violando su obligación de perseguir todos los delitos de acuerdo con el art. 193 ord. 4° Cn.

[...] En consecuencia, la violación directa al art. 235 Cn. —en tal supuesto— se produce por el incumplimiento de un funcionario de la obligación de hacer prevalecer la Constitución sobre el texto de cualquier normativa infraconstitucional que la contraríe y dicha violación puede ser objeto de control constitucional mediante el proceso de amparo o hábeas corpus, si con ello se vulneraran los derechos fundamentales pertinentes.

Ahora bien, este Tribunal ha manifestado en reiterada jurisprudencia que el proceso de inconstitucionalidad está configurado como "un control abstracto sobre la legitimidad constitucional de disposiciones generales". Es decir, lo que se persigue con dicho proceso es realizar una comparación internormativa a fin de verificar la compatibilidad —formal o material— entre una norma jurídica y la Constitución. Por lo tanto, el proceso de inconstitucionalidad no puede tener por objeto el conocimiento de las actuaciones de los funcionarios —aun cuando dichas actuaciones se hayan basado en una normativa contraria a la Constitución— ya que ello es objeto de los procesos de control constitucional concreto, tal como se dijo anteriormente.

En este caso, el argumento de la demandante resulta incoherente, ya que estaría admitiéndose que el art. 235 Cn. entra en choque frente a toda norma contraria a cualquier disposición constitucional, por el solo hecho de existir la posibilidad de que un funcionario la aplique, incumpliendo su obligación de atenerse al texto constitucional.

Asimismo, la supuesta violación del art. 235 Cn. ha sido expuesta como una argumentación tautológica, en el entendido que resulta vulnerada por no respetarse el art. 193 ord. 4° Cn., lo que equivale a sostener que la disposición impugnada es inconstitucional porque viola la Constitución. Por tanto, esta Sala debe sobreseer dicho motivo.

#### POR FALTA DE ARGUMENTACIÓN PARA ESTABLECER VULNERACIÓN A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

C. a. En relación con el proceso 34-2002, los demandantes alegaron que el inciso 2° del art. 15 del C. Pr. Pn., y la derogación del art. 441-A del C. Pr. Pn. vulneran el art. 3 Cn. Sin embargo, en este motivo únicamente se cita la disposición constitucional propuesta como parámetro de control, sin señalar de qué forma el tratamiento legal dispensado a la prueba ilícitamente obtenida es contrario al estatuto fundamental. Al contrario, la argumentación se enfoca particularmente a la legitimidad constitucional de las actividades de infiltración policial por

medio de los agentes encubiertos y provocadores.

b. En ese sentido, al no haber expuesto argumentación alguna acerca de las alegadas violaciones, este Tribunal no puede suponer o dar por entendidos los motivos de inconstitucionalidad, ni puede ingresar en la fase interna del razonamiento que los demandantes hayan realizado para entender que la derogación de una disposición legal o con la adición de otra al Código Procesal Penal, vulnera la Constitución; pues la exteriorización de dicho razonamiento en la demanda viene a conformar el motivo de inconstitucionalidad.

#### POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN EL ALEGATO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

[...] D. En la demanda con referencia 40-2002, el actor plantea la inconstitucionalidad del art. 103 de la Ley Penitenciaria, por la supuesta violación a la igualdad. En efecto, sostiene, se establece un régimen de internamiento especial para los que han sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, secuestro, homicidio agravado o que fueren reincidentes, sin la existencia de criterio técnico o causa justificada que lo amerite.

Sobre este tipo de pretensiones (las que tienen como finalidad exponer una violación al principio de igualdad), se ha dicho que es preciso que el actor exponga si la disposición impugnada contiene una desigualdad por equiparación o si se está en presencia de una desigualdad por diferenciación; asimismo, deben exponer con respecto a qué criterio se basa la comparación, que les lleva a concluir que existe una diferenciación o equiparación, es decir con cuáles sujetos o situaciones se hace la desigualdad; y finalmente, "deben establecerse los argumentos que evidencien que esa desigualdad no se encuentra justificada o no corresponde a fines constitucionales (prevención de 31-1-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 2-2005).

En ese sentido, se advierte que los contenidos normativos del objeto de control (que corresponden solamente al inciso 1° del art. 103 de la L. P.) no están configurados adecuadamente en tanto que omiten entablar el término de comparación que acredite la

diferenciación impugnada, es decir, que no hay sujetos respecto de los cuales se pueda advertir el carácter "especial" del régimen de internamiento ni las razones que sostengan su irrazonabilidad o falta de objetividad en el criterio de diferenciación.

Por tanto, debe sobreseer el presente proceso respecto de la pretensión del ciudadano [...], en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 103 de la L. P., por la supuesta violación a la igualdad, pues el término de comparación y la irrazonabilidad del criterio de diferenciación no han sido adecuadamente planteados.

#### INCUMPLIMIENTO DE LOS SUPUESTOS ADECUADOS PARA TRAMITAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

[...] se advierte que los demandantes en el proceso 34-2002 estiman que , con el D. L. n° 487/2001, el legislador no regula de acuerdo con lo preceptuado en el art. 12 Cn.; es decir, que el motivo de impugnación no versa sobre un contenido normativo estructurado con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sino sobre la derogatoria del art. 441-A del C. Pr. Pn., ante la falta de regulación de diferencias valorativas y materiales entre la pena de prisión y la detención provisional.

[...] Ahora bien, debe observarse que el planteamiento que proponen los demandantes respecto de la derogatoria del art. 441-A del C. Pr. Pn., ha sido expresado sin más detalles; y no es posible derivar un mandato susceptible de control jurídico mediante la inconstitucionalidad por omisión; simplemente se expusieron nociones vagas y genéricas de la presunción de inocencia sin que de ellas se determine una obligación constitucional concreta de desarrollo para el legislador.

Aunado a lo anterior, y tomando como base que el argumento principal es que la derogación ha hecho desaparecer las diferencias entre la detención provisional y la pena de prisión, los demandantes sugieren que el contenido del art. 441-A del C. Pr. Pn. sería la única o correcta

manera de desarrollar el contenido de la Ley Suprema.

Ante ello, es necesario afirmar que asumir este tipo de argumentación implicaría ignorar el carácter abierto de las disposiciones constitucionales, pues el contenido normativo del parámetro de control no puede determinarse haciendo alusión exclusiva a la legislación ordinaria que, según el actor, lo desarrollaba.

Lo anterior se ve complementado con la prescripción establecida en el art. 44 de la Ley Penitenciaria para determinar —dentro de los márgenes de la libertad de configuración legislativa— el ente, las formas y parámetros objetivos para deducir el tiempo que duró la detención provisional y su incidencia lineal (que se deduce tácita y lógicamente de dicha disposición) para el cómputo del cumplimiento de la pena de manera clara y precisa —en aras del respeto a la seguridad jurídica y la eficacia de la sentencia condenatoria—.

#### POR CARENCIA TOTAL DE FUNDAMENTACIÓN ENTRE OBJETO Y PARÁMETRO DE CONTROL

[...] E. Además, los citados demandantes piden que se declare inconstitucional el art. 16 del C. Pr. Pn. por transgredir los arts. 1, 3, 11 y 12 Cn; sin embargo, este Tribunal advierte que existe un vicio en el planteamiento de la pretensión que hace imposible un pronunciamiento sobre la misma, en el sentido de que hay una carencia total de argumentación. Y es que, los demandantes únicamente indican que la disposición impugnada "continúa en sus efectos con la transgresión a las garantías constitucionales en la medida que crea una excepción a la regla de garantía, la que tiene fundamento constitucional".

En otras palabras, los demandantes no especifican ni precisan en qué sentido la norma que impugnan viola las disposiciones constitucionales que proponen como parámetro de control. Consecuentemente, al haberse admitido indebidamente una demanda con una pretensión que incurre en la referida deficiencia, debe sobreseerse respecto de tal motivo.

Por su parte, los ciudadanos [...], en la demanda correspondiente al proceso 11-2003, alegaron que el art. 45 ord. 1° del C. Pn. vulnera el art. 1 Cn.; sin embargo, este Tribunal advierte que existe una carencia total de argumentación, pues los demandantes únicamente señalan que el cumplimiento de parte de la pena en un pabellón de aislados lesiona la dignidad humana; sin especificar ni precisar en qué sentido la norma que impugnan lesiona el art. 1 Cn.

En ese sentido, al no haber expuesto argumentación jurídico-normativa alguna acerca de la alegada violación, este Tribunal no puede tener por configurada la pretensión de inconstitucionalidad examinada, y por tanto, al haberse admitido indebidamente una demanda con una pretensión que incurre en la referida deficiencia, debe sobreseer respecto de tal motivo.

#### POR EXISTIR CONTRASTE NORMATIVO DEFECTUOSO

G. En el libelo de su demanda, el actor del proceso 10-2001, expuso que el art. 302 inc. 1° del C. Pn. vulnera el art. 24 Cn., pues los sujetos activos del delito desaparecen de su texto, favoreciéndose la impunidad de los agentes de policía.

Ante este supuesto, esta Sala se encuentra inhibida de conocer, pues los argumentos planteados por el actor —como sustrato fáctico de este punto de su pretensión— no son adecuados para conocer el fondo de lo pedido, ya que el inc. 1° del art. 302 del C. Pn. contiene únicamente la determinación de la conducta punible y su penalidad, en concordancia con la prohibición constitucional contenida en el art. 24 Cn.

En ese sentido, la regulación contenida en el referido inciso no es más que consecuencia de la previsión constitucional contenida en el art. 24 Cn.; es decir, que la disposición impugnada no hace más que penalizar la prohibición constitucional. De ahí que, no puede tenerse como adecuadamente configurada la pretensión debido a que el contraste normativo es defectuoso; debiendo, por tanto, sobreseerse respecto de este punto de la pretensión.

## POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

H. Los ciudadanos [...], en la demanda correspondiente al proceso 10-2003, solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 323 del C. Pr. Pn., por estimar que vulnera la imparcialidad judicial y los principios del debido proceso consagrados en los arts. 12 y 186 inc. 5° Cn.

Sin embargo, este Tribunal advierte que existe una argumentación insuficiente, pues los demandantes, luego de relacionar el concepto doctrinario del principio de imparcialidad y hacer un somero comentario de las disposiciones constitucionales, no desarrollan argumentación específica que evidencie la inconstitucionalidad de la recepción de los objetos secuestrados por parte del Tribunal de Sentencia.

En ese sentido, al no evidenciarse una confrontación entre las normas citadas como parámetro de control y la disposición penal impugnada, este Tribunal se encuentra inhibido de conocer sobre el punto planteado.

[...] I. En el proceso 7-2004, el ciudadano Oscar Antonio Sánchez Bernal solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del inc. 5° del art. 254 del C. Pr. Pn. por violar los arts. 11, 12 y 194.11 Cn.

Este Tribunal advierte que existe una argumentación insuficiente, pues el demandante únicamente señala que la disposición impugnada permite que el Juez de Paz resuelva con la sola vista del requerimiento Fiscal sin la celebración de la audiencia inicial y sin especificar ni precisar en qué sentido la norma que impugna lesiona el derecho a la protección jurisdiccional.

En ese sentido, al no haber expuesto argumentación alguna acerca de la alegada violación ni sobre el contenido normativo preciso de los parámetros de control, este Tribunal debe sobreseer respecto de tal motivo.

## SUPLENCIA DE ERROR DE DERECHO

J. a. En el escrito por el cual solicita la inconstitucionalidad por conexión de los arts. 142, 162 inc. 2°, 237, 266 ord. 4°, 372 inc. 2°, 318 inc. 1°, 261 inc. 2°, 320 ord. 13°, el ciudadano [...] arguye que aquéllos lesionan los arts. 86, 172 inc. 1°, 186 inc. 5° y 193 ords. 3° y 4° Cn.

b. Al respecto, debe señalarse que ha sido criterio sustentado por este Tribunal que ante el argumento en el cual se invocan simultáneamente disposiciones constitucionales de contenido genérico, y otras cuyo contenido resulta más acorde a la impugnación, es preciso que el fallo se fundamente con preferencia sobre las últimas.

En ese orden, advierte esta Sala que el motivo de impugnación relacionado con la supuesta violación al principio de separación e independencia entre Órganos establecido en el art. 86 Cn., constituye un enfoque muy genérico en relación con los arts. 172 inc. 1°, 186 inc. 5° y 193 ords. 3° y 4° Cn; siendo que la confrontación internormativa se denota con mayor concreción en estas disposiciones. Razón por la cual es procedente sobreseer respecto de la supuesta violación al art. 86 Cn.

#### POR INSUFICIENCIA DE ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

[...] M. a. Asimismo, el ciudadano [...] impugna el inc. 2° del art. 262 del C. Pr. Pn. por contravenir los arts. 172 y 186 inc. 5° Cn.

b. Al respecto, en virtud del principio de sustantividad de la petición, esta Sala entiende que la disposición legal que el actor impugna no es el art. 262 inc. 2°, sino el art. 261 inc. 2° del C. Pr. Pn., pues la transcripción de la disposición cuya inconstitucionalidad solicita, corresponde a esta última; situación que resulta corroborada con la argumentación expuesta por el mismo actor. Así, el análisis de constitucionalidad pedido por el demandante debe sujetarse a tal premisa, cumplidos que Sean los presupuestos argumentativos para pronunciarse sobre ello en la presente sentencia.

Ahora bien, respecto de este motivo reconfigurado, esta Sala advierte que en la supuesta vulneración al art. 172 Cn, existe una argumentación insuficiente, pues el demandante únicamente señala que la disposición impugnada "al facultar al Juez para interrogar al procesado conlleva a excedérseles en sus funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado". No obstante, no especifica ni precisa el sentido en que tal regulación constituye un exceso de la función jurisdiccional.

O.a. Finalmente, el ciudadano [...] impugna los arts. 392, 393 y 394 incs. 1°, 4° y 5° del C. Pr. Pn., por considerar que violan el art. 194.11 ord. 2° Cn. Afirma el mencionado peticionario que las citadas disposiciones posibilitan que, en el juzgamiento por faltas, se pueda condenar al procesado sin la asistencia de defensor; lo cual constituye una flagrante transgresión al mandato constitucional de asistencia de defensor público al que se encuentra obligado el Estado, por medio de la Procuraduría General de la República.

b. Al respecto, se advierte que la argumentación del demandante se basa en la interpretación que hace del inc. 2° del art. 396 del C. Pr. Pn., cuyos efectos irradia sobre el resto de disposiciones que impugna, y no expone motivos concretos respecto de éstas.

Así, al no argumentarse sobre las otras disposiciones que impugna, el demandante no ha expuesto motivos en relación a los arts. 392, 393 y 394 incs. 1°, 4° y 5° del C. Pr. Pn.; por lo que debe dictarse el sobreseimiento respectivo.

#### POR DEROGACIÓN DEL OBJETO DE CONTROL

[...] Lo anterior —el pronunciamiento de invalidación— sólo puede ocurrir cuando la disposición impugnada se encuentra vigente, vale decir, cuando mantenga su capacidad de producir los efectos imperativos propios de las disposiciones jurídicas (resolución de Sobreseimiento de 18-IX-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 15-98).

[...] Es decir, si a la fecha del pronunciamiento definitivo, las pretensiones de los demandantes ya no tienen objeto material sobre el cual examinar su constitucionalidad, no subsiste uno de los presupuestos de la pretensión de inconstitucionalidad —objeto de control—, por lo que deberá sobreseerse el proceso sobre el cual ha de pronunciarse.

[...] B. Expuesto lo anterior, y en relación con la pretensión incoada por los ciudadanos [...] —demanda correspondiente al proceso 16-2003—, se tiene que el art. 263-A del C. Pn. ha sido derogado por el D. L. n°. 373, de 8-VII-2004, publicado en el D. O. n° 157, Tomo 364, correspondiente al 26-VIII-2004.

En ese sentido, uno de los requisitos esenciales para el adecuado planteamiento y subsistencia de la pretensión de inconstitucionalidad (la vigencia de la disposición o cuerpo normativo impugnado) ha desaparecido con la derogación aludida; y, al no preservarse el objeto de control, la pretensión carece de sentido al no existir el sustrato fáctico sobre el cual pronunciarse.

C. Así también, en la pretensión planteada por la ciudadana [...] —proceso 19-2003—, mediante la cual impugnan el art. 345 inc. final del C. Pn., esta Sala advierte que tal disposición ha sido reformada por D. L. n° 393, de 28-VII-2004, publicado en el D. O. n° 143, Tomo n° 364 correspondiente al 30-VII-2004. Así, en la actualidad, tiene una redacción distinta a la que constituyó la argumentación de los demandantes, que se enfocó esencialmente al anterior contenido del artículo.

Y es que, no obstante este tribunal ha admitido la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de una disposición que ha sido reformada en el transcurso de un proceso de inconstitucionalidad —Sentencia de 1-IV-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 52-2003—, ello es posible cuando la disposición objeto de control mantiene el contenido normativo que —a criterio del actor— contrasta con la Constitución, es decir, si la variación

producida por la reforma no afecta o modifica la contradicción normativa según los términos propuestos en la demanda.

Sin embargo, en el presente caso, la reforma en la disposición impugnada se ha realizado de forma tal que el contenido normativo sobre el cual se realizaría el examen de constitucionalidad ha desaparecido. Por tanto, resulta procedente sobreseer en ambos procesos.

#### POR EXISTIR SENTENCIA DEFINITIVA QUE DECLARÓ INCONSTITUCIONAL EL OBJETO DE CONTROL

[...] B. a. En la demanda relacionada —Inc. 7-2004— se impugna la constitucionalidad del art. 391 inc. 3° del C. Pr. Pn., por vulnerar los arts. 86 y 159 inc. 3° Cn.; sin embargo, advierte esta Sala que dicha disposición —respecto de la participación policial en el inicio

de los juicios por faltas— ya ha sido o declarada inconstitucional en la Sentencia de 6-III- 2007, pronunciada en el proceso 23 2006.

[...] c. Dicha sentencia recae sobre la misma parte de la disposición que constituye el objeto de control en el presente proceso; situación que genera la imposibilidad de emitir pronunciamiento alguno sobre los motivos mencionados.

En consecuencia, y en virtud de que el art. 391 inciso 3° del C. Pr. Pn. ha sido ya expulsado del ordenamiento jurídico, este Tribunal se ve imposibilitado a pronunciarse sobre el motivo impugnado, por lo que es procedente sobreseer.

C. a. En igual sentido, el ciudadano [...] en su demanda, correspondiente al proceso 7-2004, solicitó la inconstitucionalidad del art. 394 inc. 5° del C. Pr. Pn., pues permite que en el procedimiento por faltas se condene al imputado aunque no comparezca y sin un desfile mínimo de prueba, sin la asistencia de defensor y con la ausencia de la Fiscalía que lo acusa.

b. Dicha disposición ya fue declarada inconstitucional por esta Sala mediante sentencia de 24-VII-2009, pronunciada en el proceso de inc. 87-2006.

## EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL OBJETO DE CONTROL

Sin embargo, es preciso aclarar que, a diferencia de otros sistemas de control de constitucionalidad, donde la declaración de inconstitucionalidad, generalmente, va acompañada de la nulidad del objeto de control, en el sistema salvadoreño, la expulsión del ordenamiento jurídico no implica una declaratoria en el sentido apuntado. Mediante ello, se busca un equilibrio entre afirmación de la constitucionalidad y garantía de la seguridad jurídica.

Al respecto, y clarificando los efectos de los pronunciamientos de esta Sala en los procesos de inconstitucionalidad, en Sentencia de 16-VII-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 30-2001, se dijo que la nulidad se postula como el régimen de inexistencia exigido por una disposición imperativa, en interés de salvaguardar los valores o principios que consagra, de modo que elimina el valor o efecto jurídico de un acto por haberse realizado en contravención a esa disposición imperativa o prohibitiva, denotando la eficacia normativa de la disposición que pretende hacerse valer ante actos contrarios a ella.

En tal sentido, se puede decir que la nulidad implica la inexistencia del acto emitido en contra de una norma prohibitiva, según las prescripciones normativas que taxativamente prevén esos supuestos; por esa misma razón la nulidad tiene efectos retroactivos, pues en virtud de la inexistencia del acto deben eliminarse ab initio también las consecuencias o efectos que generó, es decir, pretende la desaparición de las consecuencias jurídicas desde el momento en que se produjeron.

[...] Siendo así, la pregunta convencional sobre los efectos hacia el pasado del fallo estimatorio tiene una primera respuesta, de formulación muy sencilla: las situaciones anteriores a la declaración de inconstitucionalidad no podrán ser afectadas por ella, en la medida que ya no sean susceptibles de decisión pública, administrativa o judicial.

En ese sentido, la inconstitucionalidad genera, a diferencia de la derogación, la imposibilidad

de aplicar de manera ultraactiva el objeto de control, es decir, casos en que, no obstante la disposición ha perdido su vigencia, puede seguir surtiendo efectos sobre la realidad normada actual; mientras que —en aras de la seguridad jurídica— se dejan inamovibles aquellas situaciones jurídicas respecto de las cuales la aplicación del objeto de control sea irreversible o consumada (resolución de 21-X-2005, que resuelve el recurso de explicación solicitado en el proceso de Inc. 21-2004)."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **RÉGIMEN PENITENCIARIO**

### **INTERNAMIENTO EN CENTRO DE SEGURIDAD POSEE CARÁCTER EXCEPCIONAL**

“3. En el presente caso, se ha solicitado que se declare inconstitucionalidad de los núms. 1, 2, 5 y 6 del art. 103 de la LP, aprobada mediante D. L. n° 1027, de 24-IV-1997, publicado en el D.O. n° 85, Tomo 335 del 13-05-1997, reformado por D. L. n° 488, de 18-VII-2001, publicado en el D.O. n° 144, tomo 352, correspondiente al 31-VII-2001.

A. De las consideraciones efectuadas, sobre los miles. 2° y 3° del art. 27 Cn., se desprende la intención constitucional de dotar a la fase de ejecución penitenciaria de una orientación predominante hacia la prevención especial de carácter positivo, entendida como la reeducación y reinserción social de los condenados.

Por tanto, al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena —y en consonancia con lo establecido tanto en el preámbulo como en el art. 1— la Constitución determina que el penado no puede ser eliminado de la sociedad, sino que es parte de la misma,

a la que debe reintegrarse de forma posterior al cumplimiento de la pena, llevando una vida alejada del delito. Y si bien el interno se encuentra en un particular régimen jurídico, éste no puede ser destructivo de su personalidad, y menos aún, de sus relaciones con su grupo familiar.

B. En concordancia con lo anterior, puede sostenerse que los centros de seguridad resultan constitucionalmente admisibles, en la medida que tengan como función la recepción de los penados debida y objetivamente clasificados por los equipos criminológicos regionales, corroborada también su peligrosidad extrema para los otros internos, el personal penitenciario u otras personas, así como su manifiesta inadaptación al tratamiento realizado en los centros ordinarios de ejecución de la pena.

Sin embargo, y tal como ha sido expuesto, el sometimiento al mismo es excepcional por ser una opción extrema; necesario, cuando se haya demostrado el fracaso del sistema disciplinario penitenciario; y de duración limitada, no pudiendo en ninguna forma mantenerse luego de que hayan cesado las causas que han dado lugar a tal reubicación.

Aún en este tipo de centros, el tratamiento penitenciario resulta una obligación ineludible del sistema penitenciario conforme al ideal rehabilitador al que debe ser sometido cada interno, y debe adecuarse a las particularidades psíquicas y criminológicas de cada recluso. Las circunstancias que pueden modificarse están más bien relacionadas con el régimen penitenciario, en el que pueden restringirse algunos derechos fundamentales —en grados proporcionados en el tiempo e intensidad— como la libertad ambulatoria dentro del centro, debido al carácter prevalente de los principios de orden, disciplina y seguridad; sin embargo, esto no puede conllevar más limitaciones que aquellas imprescindibles para salvaguardar la normal convivencia de los internos, evitando infligir un desmedido e innecesario sufrimiento para el que lo padece, más allá del intrínseco que tiene todo cumplimiento de la pena privativa de libertad.

JUICIO DE PROGNOSIS CRIMINAL EN RÉGIMEN ESPECIAL

C. Bajo esta perspectiva, la creación de un régimen especial que contemple dentro de sus destinatarios a los internos condenados por cierto tipo de delitos, o que fueren reincidentes, únicamente por ese solo motivo y sin atender a su nivel de peligrosidad, resulta incompatible con el principio de resocialización contemplado en la Carta Magna.

Si bien, el tipo de delito cometido puede ser un factor objetivo a tomar en cuenta por los Equipos Técnicos Criminológicos, no es el único que debe incidir en la determinación de la peligrosidad del recluso, y mucho menos el fundamental para su ubicación en un sistema de máxima seguridad.

Como ha sido expuesto en relación con las causas o factores objetivos de este tipo de internamiento especial, son varios los aspectos que deben ser tomados en cuenta dentro del juicio de prognosis criminal y no solamente el de la tipología delictiva. De no ser así, se afirmaría que la finalidad básica tanto de los centros de seguridad como de su régimen especial, obedece a un criterio altamente retributivo de la pena, lo cual es incompatible con el ideal constitucional de resocialización.

Por otra parte, dentro del régimen penitenciario especial sólo resultan constitucionalmente admisibles aquellas medidas que sean necesarias para mantener el orden y la seguridad dentro del centro penitenciario. Ciertamente, el régimen de vida que deben tener los reclusos, mientras su evolución no lleve a pensar otra cosa, debe implicar la adopción de medidas de seguridad suficientes para evitar que los internos hagan daño a los demás internos, o a sí mismos, o que alteren gravemente el orden penitenciario. Por ello, resultan aceptables medidas tales como la supervisión de sus comunicaciones, la revisión del material que reciben, y aún de tomar las medidas precautorias que se estimen necesarias respecto a las visitas carcelarias o para sus salidas al área exterior de las celdas. En este sentido, las medidas prescritas en los núms. 3 y 4 del referido artículo se encuentran justificadas.

Pero si las restricciones son llevadas a tales extremos que el régimen de vida impuesto es igual al aislamiento total o cercano a él, tales medidas se constituyen en sanciones aniquiladoras de la personalidad del interno, en la medida que no tiene acceso tanto al trabajo formativo penitenciario como a su reeducación, mucho menos comunicación con el exterior, determinando la degradación del individuo como ser social y obligándolo a vegetar en su propia celda la mayor parte de horas del día.

#### AISLAMIENTO INCOMUNICADO, RESTRICCIÓN AMBULATORIA Y ENCIERRO ESPECIAL DEBEN RESPETAR EL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA

[...] D. En relación con los núms. 1 y 2 de la disposición impugnada, la figura del aislamiento incomunicado en celda o pabellón especial y la restricción de la libertad ambulatoria dentro del centro de detención, deben ser respetuosos de los postulados constitucionales que derivan de la Constitución y la normativa internacional de derechos humanos, y ser reinterpretados conforme con los parámetros señalados.

En igual sentido, debe darse un correcto cumplimiento al art. 197 del Reglamento de la Ley Penitenciaria (RLP), el cual prescribe que la permanencia de los condenados en régimen de encierro especial en el centro de seguridad será por el tiempo necesario, hasta que desaparezcan o disminuyan significativamente las razones o circunstancias que fundamentaron su aplicación.

Asimismo, tal tipo de medidas debe estar sujeta a revisiones periódicas del Consejo Criminológico respectivo, quien según el art. 197 del RLP deberá evaluar dentro de un plazo que no exceda de dos meses el dictamen o resolución emitidos por el Equipo Técnico Criminológico del Centro, a efecto de confirmar la medida o revocarla y ubicar al interno en un centro ordinario si la revisión es favorable.

En ese mismo sentido deben entenderse las medidas prescritas por los núms. 5 y 6 del art. 103 de la LP, es decir, que resultan constitucionales siempre y cuando se interpreten en los términos de excepcionalidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad aludidos

anteriormente; asimismo, deben tener como función la recepción de los penados debida y objetivamente clasificados por los equipos criminológicos regionales, corroborada también su peligrosidad extrema para los otros internos, el personal penitenciario u otras personas, así como su manifiesta inadaptación a las fases de ejecución de la pena; y todo ello siempre con miras al fin resocializador de la pena prescrito constitucionalmente."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **REINCIDENCIA**

### **IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERARLA UN ELEMENTO ADICIONAL QUE AGRAVA LA PENA**

"5. En relación con el art. 346-B del C. Pn., los ciudadanos [...], impugnan el inciso último de dicha disposición, el cual establece que: "si el tenedor, portador o conductor reincidiere o tuviere antecedentes penales, será sancionado con prisión de cinco a ocho años".

Según lo expresado en su demanda, tal disposición violenta el principio de culpabilidad consagrado en el inc. 1° del art. 12 Cn., ya que se ampara en la noción de peligrosidad. Al efecto, señalaron que la agravación constituye un verdadero Derecho Penal de autor, y aún la simple existencia de antecedentes penales para agravar la pena, es contraria igualmente a los principios de igualdad y proporcionalidad.

[...] el sistema de responsabilidad penal parte de una acción u omisión lesiva de bienes, de carácter antijurídico; cuya realización ha de ser reprochada al delincuente (culpabilidad). En este sentido, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad —como la que resulta analizada en este momento— ha de suponer un mayor desvalor del resultado, de la acción o de la

exigibilidad a su autor.

Sin embargo, la reincidencia, cuando resulta aplicable en el presente caso, no se relaciona con una conducta humana exteriorizada por medio de una actividad positiva o negativa que lesiona o pone en peligro un bien jurídico determinado; sino con una circunstancia ajena totalmente a esos presupuestos —tener en cuenta otras realizaciones dolosas ya juzgadas y una actitud de rebeldía o contrariedad al derecho— a efectos del análisis judicial.

Desde esa óptica, se advierte que es un elemento que no reporta un elemento adicional tanto al injusto o a la culpabilidad para ser considerado un elemento independiente que represente un agravamiento de la pena.

En primer lugar, porque el fundamento básico de la pena es el hecho cometido y los móviles o finalidades personales del agente con relación a ese hecho y no a otros pasados que ya fueron juzgados. Por otra parte, exasperar la sanción penal por una situación psíquica de manifiesta rebeldía al derecho —más allá de lo que supone el análisis de la culpabilidad— podría desbordar al Derecho Penal salvadoreño hacia un "Derecho penal de ánimo", lo cual es totalmente inaceptable por la jurisprudencia constitucional, como ha sido expuesto por este Tribunal en la sentencia de 1-IV-2004 —Inc. 52-2003—.

#### INCREMENTO DE LA SANCIÓN PENAL POR UNA CONDUCTA DELICTIVA YA CASTIGADA VULNERA LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD Y NE BIS IN IDEM

Por último, existe una clara contradicción con la prohibición constitucional del ne bis in idem, establecida en el inc. 1º del art. 11 Cn.; esto es perceptible cuando el incremento de la sanción penal tiene como base una anterior conducta delictiva ya castigada, y ante lo cual, la referida norma constitucional declara la inadmisibilidad de las múltiples penas por una misma infracción criminal. Ello impide la consideración de un residual efecto acumulativo derivado de un primer enjuiciamiento que deba ser tenido en cuenta en la siguiente sentencia condenatoria.

C. Por las anteriores razones, y siendo evidente la inconstitucionalidad de la regulación agravatoria mencionada con relación a los principios constitucionales de culpabilidad y ne bis in ideen, es procedente estimar la pretensión de los demandantes. No obstante aclarar, que circunstancias de claro carácter subjetivo como son las actitudes, móviles despreciables, la indiferencia superlativa hacia el derecho, son elementos que perfectamente pueden ser tomados en cuenta en el análisis judicial de culpabilidad, tal como lo dispone el art. 63 del C. Pn. Y ello puede efectuarse de acuerdo con los ords. 2° ("la calidad de los motivos que impulsaron el hecho"), 3° ("la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho") y 4° ("las circunstancias que rodearon al hecho, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor"), las cuales podrían permitir llegar a imponer el máximo de pena contemplado en el tipo penal básico.

En otras palabras, cuando el Tribunal sentenciador considere conveniente apreciar los parámetros anteriores en el análisis de la pena a imponer, puede ordenar la práctica de las pruebas necesarias para determinar las condiciones psicológicas, psiquiátricas, sociales y culturales del imputado, que hayan determinado o puedan incidir en su futura reincidencia, acomodando la pena y su cumplimiento a tal fin (318 inc. 1°, 320 ord. 10°, 346 in fine y 352 del C. Pr. Pn.) ”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **REQUERIMIENTO FISCAL**

LÍMITE TEMPORAL PARA SU PRESENTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS DILIGENCIAS INICIALES DE INVESTIGACIÓN

"Al respecto, es importante indicar que el límite temporal para la presentación del requerimiento tiene una relación estrecha con el objeto de las diligencias iniciales de investigación.

Sobre este punto, en la sentencia de 7-V-2003, pronunciada en el proceso de Hábeas Corpus 5-2003, esta Sala estableció que la investigación inicial que realiza la representación Fiscal, no se trata de una amplia y extensa averiguación que comprenda ilimitadamente todos los aspectos del conflicto penal y su definición; por el contrario, debe ser el primer soporte investigativo del fiscal que fundamenta cualquiera de las pretensiones del su requerimiento.

Y es que —se dijo—, la representación Fiscal está en la obligación de cumplir con la pronta justicia, para que el tiempo de la investigación no sea excesivamente dilatado o que se vuelva irrazonable, pues el plazo para la interposición del requerimiento fiscal ha sido determinado como "el menor tiempo posible".

Así y hasta ahora, la locución "menor tiempo posible" empleada por la disposición impugnada se ha interpretado según criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, como es lógico, atienden al caso concreto, pues lo que se busca es establecer una relación ponderada o equilibrada con el fin que se procura alcanzar: contar con los indicios o elementos suficientes que permitan fundamentar el contenido del requerimiento fiscal.

#### TÉRMINO PARA SU PRESENTACIÓN ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la admisibilidad general del uso de conceptos jurídicos indeterminados se quiebra cuando la ausencia de parámetros más precisos o definidos puede afectar el ejercicio de los derechos fundamentales. Ello deriva del mandato de determinación —derivado de la seguridad jurídica— que busca evitar la remisión judicial a conceptos generales indeterminados, el establecimiento de consecuencias jurídicas imprecisas o la aplicación de marcos difusos en la actuación estatal.

Así, se advierte en los considerandos anteriores, que la tutela de los derechos de las víctimas puede quedar en vilo todo el tiempo en que un agente fiscal considere "razonable" para su sustanciación; situación ésta que desnaturaliza igualmente la naturaleza de los actos iniciales de investigación y obstaculiza el desenvolvimiento normal del proceso penal.

En contrapartida, también afecta al imputado en cuanto él necesita liberarse de una incertidumbre que puede ser restrictiva a posteriori de su libertad ambulatoria. En otras palabras, la pronta presentación del requerimiento fiscal supone develar de una vez el estado de sospecha que pende sobre un indiciado, y que importa el desarrollo del proceso penal para determinar su situación definitiva frente a la ley penal.

Y es que se debe tener en cuenta la indiscutible capacidad destructiva que tiene la imputación sobre las dimensiones vitales (individual, familiar, social, laboral, etc.) de una persona, cuyo impacto es directamente proporcional al tiempo durante el cual subsista la misma. El tiempo de vigencia de la imputación penal implica sin duda una serie de perjuicios con alcance insospechado sobre la vida de las personas sometidas: primero, al riesgo de una persecución penal, y luego, al de una condena en juicio.

En ese sentido, no cabe duda de que la tardanza de la persecución penal genera daños de diverso tipo en la vida de las personas contra las que se dirige la imputación y de igual forma con relación a las víctimas que buscan la tutela estatal mediante la incoación de un proceso penal.

En una dimensión más general de la cuestión, es procedente señalar que la presentación del requerimiento contra una persona ya identificada y contra la que ya existe una imputación es una manifestación del ejercicio del poder penal del Estado. Y cuanto más se permita la dilación de dicha presentación, más patente es la intensidad de ese poder y la necesidad de controlar su ejercicio.

## INDETERMINACIÓN DEL PLAZO PARA PRESENTARLO TRANSGREDE DERECHOS FUNDAMENTALES

Por ello, el tiempo para la presentación del requerimiento contra el imputado ausente es una dimensión de control sobre el ejercicio del poder penal del Estado, exigida por el alcance del derecho fundamental a la seguridad jurídica. En estas condiciones, el uso de conceptos jurídicos indeterminados suscita el riesgo de que el límite del "menor tiempo posible" se ubique demasiado lejos del "mayor tiempo tolerable" desde la perspectiva del derecho de las personas de saber a qué atenerse con relación al ejercicio del poder punitivo.

En efecto, siendo que para concretar o reducir la, indeterminación normativa de "el menor tiempo posible" se recurre a un nuevo concepto indeterminado —"plazo razonable" o razonabilidad en general—, con lo cual la incertidumbre sólo se conserva y se prolonga. Por ende, tal formulación adoptada por el legislador debe considerarse inaceptable.

Y es rechazable, aún y cuando, desde una tesis contraria, pueda argumentarse que tal término normativo intenta asegurar un margen, indispensable de adaptación al caso concreto y que para ello es inevitable el empleo de conceptos cuya connotación sólo puede ser casuística.

Por las razones expuestas entonces, debe declararse la inconstitucionalidad parcial de la reforma al art. 235 C. Pr. Pn., por la violación al art. 2 Cn., en cuanto al derecho a ser protegido en la conservación de los derechos, respecto de la incertidumbre que genera usar la frase "el menor tiempo posible" sobre los ámbitos de protección que implica el proceso penal.

## REVIVISCENCIA DE LA REGULACIÓN DEL PLAZO PARA PRESENTARLO COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA

g. Adicionalmente, es necesario aclarar en primer lugar, que si este aspecto del presente fallo se limitara a expulsar del ordenamiento jurídico la disposición impugnada, el efecto sobre la

seguridad jurídica sería el mismo que el que se pretende evitar con la declaración de inconstitucionalidad; es decir, la ausencia de un límite definido para la presentación del requerimiento fiscal contra el imputado ausente.

A fin de que ese resultado no opere en la realidad, y para garantizar la efectividad de esta sentencia, se declarará la reviviscencia de la regulación del art. 235 del C. Pr. Pn. anterior a la reforma que dio origen al texto impugnado. La regulación que se reconoce ahora como vigente establece el plazo de diez días para la Presentación del requerimiento, contado a partir de la identificación del sospechoso no detenido. Lo anterior, sin perjuicio de los plazos que a este respecto contempla la legislación procesal penal que entrará en vigencia próximamente.

g. En segundo lugar debe aclararse que, dentro de su libertad de configuración, el legislador puede extender o ampliar dicho plazo —siempre sujeto a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales— o utilizar otras fórmulas más flexibles que, sin renunciar a la definición de un límite máximo, remitan esta determinación a una decisión judicial en el caso concreto (como sería un plazo para que el imputado o la víctima soliciten al juez la fijación de un término para la presentación del requerimiento fiscal).

Es decir, el presente pronunciamiento no pretende sustituir las consideraciones legislativas que sobre el asunto pudiera determinar el Órgano Legislativo. Por ello, debe entenderse la anterior integración normativa hasta que dicho Órgano del Estado regule un plazo ponderadamente adecuado para subsanar la inconstitucionalidad advertida y declarada.

#### EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL NO ES MONOPOLIO NI COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Conforme al principio de independencia y la colaboración entre órganos establecido en la Constitución, se recomienda a la Asamblea Legislativa efectuar una revisión del tratamiento procesal-penal que recibe la víctima en relación con el proceso penal y su derecho

constitucional de acceder a la tutela jurisdiccional mediante el proceso penal. Particularmente, en relación con la no promoción de la acción penal mediante el respectivo requerimiento fiscal.

En este sentido, el ordenamiento jurídico procesal penal vigente no estipula mecanismo alguno para acceder a la jurisdicción, ante el desinterés o negativa de investigar que puede mostrar el fiscal del caso o su superior, lo cual supone una clara desventaja y desprotección para la víctima; quien una vez vea imposibilitado su acceso a la justicia penal, tendrá que recurrir a la instancia contencioso-administrativa o constitucional para salvaguardar su derecho a la protección jurisdiccional, lo cual puede desembocar en una protección tardía e ineficaz.

Es evidente, que tal insuficiencia legal debe llevar a compatibilizar los intereses de la víctima con el supuesto monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal, y particularmente sobre la supuesta característica de "exclusividad" en su ejercicio. Y aunque si bien, tal actividad oficial no puede estar supeditada a la voluntad de los particulares, puede modificarse la regulación del querellante adhesivo a fin que pudiera autónomamente —es decir, ya no de forma complementaria— iniciar y proseguir una persecución penal en aquellos casos en que la autoridad respectiva —por desinterés o cualquier otro motivo— no quiera penalmente investigar o no quiera proseguir con el proceso penal.

De lo anterior se concluye que el ejercicio de la acción penal pública no es un monopolio ni competencia exclusiva del Fiscal General de la República; puesto que, entenderlo así, implicaría un desconocimiento o anulación del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos. En razón de ello, el art. 193 ord. 4° Cn., conforme al principio de unidad de la Constitución, debe ser interpretado armónicamente con el art. 2 inc. 1° in fine de la misma Ley Suprema.

Este pronunciamiento conlleva un cambio a los precedentes emanados de las sentencias de 23-XII-2003, pronunciada en el proceso de HC 78-2003; de 23-XII-2003, pronunciada en el proceso de Amparo 674-2001; y de 24-IX-2007, pronunciada en el proceso de Amparo 91-2006.”  
**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 5-2001-Acum de fecha 23/12/2010)**

## **SANCIONES ADMINISTRATIVAS**

### **SUSPENSIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELECTRICA NO CONSTITUYE SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

"[...] advierte este tribunal que dicha suspensión del servicio [de energía eléctrica] no se constituye como una sanción administrativa, es decir, como un acto restrictivo de la esfera jurídica del administrado; sino que dicho corte no es más que una consecuencia del incumplimiento del usuario a su obligación de abonar el precio o tarifa del servicio prestado en virtud del contrato de suministro al que alude el art. 75 LGE.

En ese sentido, y en tanto que no se constituye como una sanción, no se exige que deba ir precedida de un procedimiento o proceso jurisdiccional previo.

[...] En virtud de lo expuesto, se advierte que el actor le ha atribuido un contenido manifiestamente inadecuado a la disposición impugnada, al alegar que se trata de una sanción administrativa, sin tener en cuenta que el contexto de dicha disposición, es decir, que la suspensión del servicio no es más que una consecuencia derivada del incumplimiento del usuario al pago del servicio de energía eléctrica."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Improcedencias, 22-2010 de fecha 14/07/2010)**

## **SEPARACIÓN DE PODERES**

## CLÁUSULA ESENCIAL DE LA ORGANIZACIÓN ESTATAL

“III. 1. Para evitar los riesgos que conlleva el monopolio del poder del Estado en una sola institución, la Constitución postula la división de poderes como cláusula esencial de la organización estatal. Se trata de un mecanismo organizativo que se caracteriza por asignar atribuciones y competencias a diferentes órganos, para que éstos se controlen entre sí al ejercer el poder público.

El gobierno limitado por normas; la presencia de controles interorgánicos recíprocos; la efectividad de un sistema de derechos fundamentales; el control judicial de legalidad; y el control de constitucionalidad de las leyes, son todos elementos consustanciales al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

## NUEVO CRITERIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES: LA DIVISIÓN HORIZONTAL

Por otra parte, la teoría de la división de poderes ha sido ampliada, habiéndose incorporado nuevos criterios de división, por lo que interesa a este Tribunal referirse a uno en particular: la división horizontal del poder. Al respecto, Manuel García Pelayo expresa que: “lo que caracteriza a la división de poderes no es que a cada poder u órgano constitucional le corresponda una función, sino que a cada uno de ellos le corresponde un complejo de competencias para cumplir o participar en el cumplimiento de determinadas funciones”.

2. Aunque no se encuentre enunciado como tal, puesto que es de origen doctrinario, el principio de la División de poderes, cualquiera que sea su versión, emana claramente del art. 86 Cn., siendo un elemento de todo Estado Constitucional de Derecho.

Del art. 86 Cn. se desprende, en primer lugar, que el poder político es uno sólo, puesto que es manifestación de la soberanía del pueblo salvadoreño. Sin embargo, también queda claro que

existen tres funciones estatales básicas, encomendadas a tres órganos diferentes, los que deben prestarse colaboración entre sí. En consecuencia, las funciones estatales no pueden concebirse como exclusivamente ligadas a un órgano del Estado, pues uno o varios órganos pueden coparticipar en el desempeño de una misma función. Por otro lado, de la disposición mencionada también se infiere que es constitucionalmente permitido que un órgano del Estado controle a otro y viceversa, en el marco de sus respectivas competencias.

En Sentencia de 8-IV-2003, Inc. 22-99, este Tribunal sostuvo que, para el ejercicio del poder público, el art. 86 inc. 1° Cn. reconoce la necesidad de la existencia de varios órganos dentro del Estado como garantía genérica de la libertad, y que cada uno de esos órganos, independientemente de los demás, debe llevar a cabo una de las funciones básicas del Estado – lo cual representa la formulación original del principio de división de poderes–. La disposición constitucional citada no detalla cuáles son las atribuciones y competencias que corresponden a cada órgano estatal, sino que remite la determinación de las mismas a otras disposiciones constitucionales y a las leyes.

#### TEORÍA DE LOS CONTROLES RECÍPROCOS

Sobre la teoría de los controles, en la Sentencia de 11-XI-2003, Inc. 17-2001, esta Sala expresó que la Constitución ordena los cometidos de los distintos detentadores del poder, de manera que se posibilite la complementariedad de éstos entre sí y se garanticen la responsabilidad, el control y la limitación del poder en el proceso de adopción de las decisiones estatales. Así pues, cabe sostener que la Constitución, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, y al establecer la obligación del ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal, limita el ejercicio del poder. Es en esta dinámica de interacción en el proceso político que se desarrolla la teoría de los controles recíprocos.

#### PRINCIPIO DE INDELEGABILIDAD DE ATRIBUCIONES

3. Por último, la Ley Suprema, en su art. 86 inc. 1º frase 3ª, dispone que: “[l]as atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas”.

Para determinar el significado de este precepto, debe partirse de la constatación de que cada órgano del Estado está investido de un conjunto de atribuciones asignadas por la Constitución y las leyes para el cumplimiento de las funciones que jurídicamente le han sido impuestas; atribuciones que le habilitan para actuar legítimamente en el marco del Estado de Derecho, al tiempo que le fijan los límites más allá de los cuales no puede ejercer el poder público. Si bajo el concepto de competencia se engloban el conjunto de tales atribuciones jurídico-políticas y jurídico-administrativas, cabe deducir de la disposición comentada que ninguno de los órganos estatales puede desprenderse de las atribuciones que la Constitución le ha asignado y conferirla a otro de dichos órganos.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 1-2010 Acum de fecha 25/08/2010)**

## **SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **POR INEXISTENCIA DEL OBJETO DE CONTROL**

"I. El juicio de inconstitucionalidad se desenvuelve, fundamentalmente, con la finalidad de verificar la confrontación normativa entre las disposiciones impugnadas y el texto constitucional, a fin de invalidar las primeras. Por ello, la identificación y permanencia en el sistema jurídico de ambos elementos –objeto y parámetro de control– siempre son necesarias para seguir con la normal tramitación y conclusión del proceso de inconstitucionalidad.

En ese sentido, la viabilidad del proceso depende de la existencia del objeto de control, es decir, la disposición infraconstitucional sobre la cual se va a realizar el examen de constitucionalidad; por el contrario, si la disposición objeto de control ha sido expulsada del ordenamiento jurídico, mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este Tribunal, el objeto de control ha dejado de existir y, en consecuencia, el proceso carece de finalidad, y no habría sustrato material sobre el cual pronunciarse.

II. En el presente caso, por Sentencia de 12-XI-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 40-2009, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles (LEGPPRI) por violación al art. 12 Cn., en la medida en que el desalojo no constituye una medida cautelar, sino que anticipa una sentencia de condena, vulnerando la presunción de inocencia, e interpretó conformes con la Constitución los arts. 4, 6 inc. 1º y 7 de la LEGPPRI,[...].

Dicha sentencia recae sobre la misma disposición que constituye el objeto de control en el presente proceso; situación que genera la imposibilidad de emitir pronunciamiento alguno sobre los motivos de inconstitucionalidad argüidos por los demandantes, pues los contrastes advertidos en aquélla disposición han sido ya resueltos por esta Sala de manera estimatoria para el art. 5 de la LEGPPRI."

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Interlocutorias – Sobreseimientos, 19-2009 de fecha 24/11/2010)**

## **ZONA FRANCA**

### **DEFINICIÓN Y AMBITO DE APLICACIÓN**

“1. A. De acuerdo con el art. 2 LEZOFIC, zona franca es el área del territorio nacional, donde las mercancías que en ella se introduzcan serán consideradas como no internadas al territorio

aduanero nacional, para efectos de los derechos de importación y de exportación y por tanto sujetas a un régimen y marco procedimental especial.

Según el art. 3 de la misma ley, pueden establecerse y funcionar en Zona Franca empresas nacionales o extranjeras, que se dediquen a: (i) la producción, ensamble o maquila, manufactura, procesamiento, transformación o comercialización de bienes y servicios; y (ii) la prestación de servicios vinculados al comercio internacional y regional tales como: el acopio, el empaque y reempaque, la reexportación, consolidación de carga, la distribución de mercancías y otras actividades conexas o complementarias.

De conformidad con el art. 5 de la LEZOFIC gozarán de los beneficios e incentivos fiscales señalados en la misma ley, de acuerdo con los términos que en la misma se establecen, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, titulares de empresas: (i) que desarrollen Zonas Francas o Desarrollistas; (ii) que administren Zonas Francas o Administradores, y (iii) que se establezcan en Zonas Francas o Usuarios.

Para poder optar a los beneficios establecidos en la misma Ley, las personas naturales o jurídicas a las cuales se otorguen los beneficios deberán estar ubicadas en una Zona Franca, o los establecimientos donde operen deberán ser declarados Depósitos para Perfeccionamiento Activo –art. 7 LEZOFIC–.

Los beneficios –incentivos fiscales- que se prefiguran para las empresas usuarias de Zona Franca son la libre internación a las Zonas Francas, por el período que realicen sus operaciones en el país de maquinaria, equipo, herramientas, repuestos y accesorios, utensilios y demás enseres que sean necesarios para la ejecución de la actividad incentivada; la libre internación a las Zonas Francas, por el período que realicen sus operaciones en el país de materia primas, partes, piezas, componentes o elementos, productos semielaborados, productos intermedios, envases, etiquetas, muestras y patrones necesarios para la ejecución de la actividad incentivada de la empresa. De igual manera podrán ingresar bajo el tratamiento antes mencionado

maquinarias, aparatos y equipos y cualquier otro bien que tenga que destinarse a reparación por parte de los beneficiarios, incluso, los productos exportados que se reimporten en calidad de devolución; así como la libre internación por el período que realicen sus operaciones en el país de lubricantes, catalizadores, reactivos, combustibles y cualquier otra sustancia o material necesarios para la actividad productiva; y la exención total del Impuesto sobre la Renta por el período que realicen sus operaciones en el país, contados a partir del ejercicio anual impositivo en que el beneficiario inicie sus operaciones.

#### REQUISITOS PARA GOZAR DE BENEFICIOS FISCALES

B. Los bienes o servicios a los que se refiere el art. 3 de la LEZOFIC, pueden ser destinados a la exportación directa o indirecta al área centroamericana o fuera de ésta, o para su posterior nacionalización siempre y cuando las empresas interesadas presenten a la autoridad aduanera las respectivas solvencias de pago al Instituto Salvadoreño del Seguro Social y a las diferentes Administradoras de Fondos de Pensiones, de las cotizaciones correspondiente a los treinta días anteriores, a aquel en el que se lleve a cabo la exportación de los productos.

Asimismo, para que los empresas usuarias de Zonas Francas puedan gozar de los beneficios e incentivos fiscales establecidos en las letras a), b) y c) del art. 17 deberán presentar a las autoridades aduaneras, las respectivas solvencias de pago al Instituto Salvadoreño del Seguro Social y a las diferentes Administradoras de Fondos de Pensiones, de las cotizaciones correspondientes al mes próximo anterior a aquel en el que se realice la internación de los productos, insumos y elementos necesarios para que puedan ejecutarse las actividades incentivadas por la misma ley.

#### SOLVENCIA NO ES LÍMITE U OBSTÁCULO A LA ACTIVIDAD COMERCIAL

2. Como se afirmó en Sentencia de 13-XII-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 8-2004, el art. 17 de la LEZOFIC es una disposición cuyo contenido es reflejo de la técnica autorizatoria,

pues, bajo ciertos supuestos, se habilita el establecimiento de determinado tipo de empresas en zonas donde no se genera obligación tributaria para la importación y exportación de maquinaria, materia primas, combustibles y la exención total del Impuesto sobre la Renta.

[...] Así también, lo que se persigue con dicha prescripción es garantizar el interés social de los trabajadores de dichas empresas, asegurándoles el goce del derecho a la seguridad social, mediante el establecimiento de condiciones para el ejercicio equilibrado y armónico de la libertad económica. Es decir que el legislador ha tratado de ponderar ambos derechos en función del interés social.

Lo anterior implica que, con dicha exigencia, el legislador no ha establecido ni una limitación ni un obstáculo a la actividad comercial ya que simplemente es una forma de constatar el cumplimiento de una obligación legal de tipo laboral por parte de esta clase de empresas que están siendo favorecidas bajo un esquema tributario de beneficios.

3. De hecho, la obligación a la que se hace referencia preexiste a la solvencia exigida, tanto para las cotizaciones de seguridad social, como de previsión social. Así, los arts. 33 de la Ley del Seguro Social y 47 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social establecen la obligación para el patrono de remitir al Instituto las cotizaciones de sus trabajadores y las propias en el plazo y condiciones que el ordenamiento mismo señale.

Los arts. 13 y 19 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones prescriben que durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias en forma mensual al Sistema por parte de los trabajadores y los empleadores y que las mismas deberán ser declaradas y pagadas por el empleador, el trabajador independiente o la entidad pagadora de subsidios de incapacidad por enfermedad, según corresponda, en la Institución Administradora en que se encuentre afiliado cada trabajador.

[...] El mismo art. 29 LEZOFIC establece que los beneficiarios de la misma ley, deberán cumplir

con las Leyes, Reglamentos y otras disposiciones legales de carácter laboral y de seguridad social, a favor de los trabajadores.

4. No existe, por tanto, una relación de causalidad negativa entre la regulación impugnada y el derecho fundamental, pues las posiciones que pueden adscribirse al ejercicio del derecho fundamental a la libertad económica –la iniciativa de producción de bienes y servicios, la distribución de los mismos, y su consumo o uso, utilización y aprovechamiento–, se mantienen en relación con el estado de cosas que existiría sin las disposiciones impugnadas.

Por lo anteriormente expuesto, se desprende que la regulación contenida en los arts. 3 inc. 2º y 17 inc. final de la LEZOFIC, consistente en la exigencia de presentar las solvencias relativas a las obligaciones que sobre seguridad social tuviera que cumplir el titular de la empresa, no implica la privación al derecho de libertad económica ni violación al principio de proporcionalidad en su regulación.”

**(SALA DE LO CONSTITUCIONAL/Inconstitucionalidades/Sentencias Definitivas, 17-2006 de fecha 13/10/2010)**