Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional

2015

Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL 2015

Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

San Salvador, 2017

Gerente General de Asuntos Jurídicos

Lic. Óscar Humberto Luna

Jefa del Centro de Documentación Judicial

Lcda. Evelin Carolina del Cid

Edición y Revisión

Jefe del Departamento de Publicaciones

Lic. José Alejandro Cubías Bonilla

Jefa de la Sección de Diseño Gráfico

Lcda. Roxana Maricela López Segovia

Diagramación y diseño de portada

Antonio Alberto Aquino

Correción tipográfica

Ana Silvia Landaverde

© Corte Suprema de Justicia
Centro de Gobierno
San Salvador
Impreso en El Salvador.

Corte Suprema de Justicia
2017

Dr. José Óscar Armando Pineda Navas
PRESIDENTE

Sala de lo Constitucional

Dr. José Óscar Armando Pineda Navas
PRESIDENTE

Dr. Florentín Meléndez Padilla
VOCAL

Dr. José Belarmino Jaime
VOCAL

Lic. Edward Sidney Blanco Reyes
VOCAL

Lic. Rodolfo Ernesto González Bonilla
VOCAL

Sala de lo Civil

Lcda. María Luz Regalado Orellana
PRESIDENTA

Dr. Ovidio Bonilla Flores
VOCAL

Lic. Óscar Alberto López Jerez
VOCAL

Sala de lo Penal

Lcda. Doris Luz Rivas Galindo
PRESIDENTA

Lic. José Roberto Argueta Manzano
VOCAL

Lic. Leonardo Ramírez Murcia
VOCAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz
PRESIDENTA

Lcda. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL

Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
VOCAL

Lic. Sergio Luis Rivera Márquez
VOCAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONSTITUCIONAL
2015

PRESIDENTE:	Dr.	José Óscar Armando Pineda Navas
VOCAL:	Dr.	Florentín Meléndez Padilla
VOCAL:	Dr.	José Belarmino Jaime
VOCAL:	Lic.	Edward Sidney Blanco Reyes
VOCAL:	Lic.	Rodolfo Ernesto González Bonilla

Sección de Derecho Constitucional
Centro de Documentación Judicial

COORDINADOR:	Lic.	Mauricio Haim Luna
COLABORADORES:	Lic.	Luis López Álvarez
	Lic.	Luis Campos
	Lic.	German Del Valle

CONTENIDO

PRESENTACIÓN i
AMPAROS 1
HÁBEAS CORPUS 299
INCONSTITUCIONALIDADES 395

El contenido de esta publicación es un extracto literal de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional. Los temas y subtemas son responsabilidad de la Sección de Derecho Constitucional del Centro de Documentación Judicial.

PRESENTACIÓN

La presente edición pretende ser, más que un documento informativo, un texto útil para los interesados en conocer y aplicar la jurisprudencia como fuente de derecho.

La recopilación y tratamiento jurídico de la información se lleva a cabo en el Centro de Documentación Judicial, oficina cuyo objetivo fundamental es divulgar este material, tanto a través de las revistas, como mediante el uso de medios automatizados para cuyos efectos cuenta con una base de datos que puede ser consultada por toda la comunidad jurídica nacional e internacional y otras personas interesadas en el quehacer judicial.

Con este esfuerzo la Corte Suprema de Justicia, pretende dar a conocer las *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, que están constituidas por la extracción literal, entrecomillada del punto jurídico relevante, obtenido de la sentencia, después de una lectura integral y profunda, en el que se refleja el aporte del juzgador al análisis del caso sometido a su consideración, sin cortar la idea principal.

En algunos casos, la sentencia puede contener análisis de distintos temas que, aunque relacionados con el principal, se separa en subtemas para que el lector pueda visualizarlos de mejor forma, sin afectar la comprensión general de lo resuelto.

Desde el punto de vista del lector, las *Líneas y Criterios Jurisprudenciales* representan una información valiosa para conocer, desarrollar o investigar determinados temas jurídicos.

Esperamos con esta edición y las siguientes satisfacer una de las demandas principales de la sociedad, como es la transparencia en el ámbito de la justicia salvadoreña.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL 2015

AMPAROS

ABSTENCIONES Y RECUSACIONES

INSTRUMENTOS PARA GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ O MAGISTRADO

"*2.* Tomando en cuenta lo antes expuesto, el Magistrado Óscar Armando Pineda Navas estimó pertinente señalar que en su calidad de Presidente del Órgano Judicial y de la Corte Suprema de Justicia –CSJ–, emitió la resolución N° 594 de fecha 10-VII-2015, mediante la cual, presuntamente en aplicación del art. 26 letra a) de la Ley de Servicio Civil, se removió del cargo de Colaborador Jurídico que desempeñaba el señor R. A. dentro de la Sala de lo Civil de la CSJ.

Por ello, y dado que el peticionario lo ubicaba en el extremo pasivo de la pretensión de amparo consideró que debía abstenerse de conocer del proceso de amparo –referencia 461-2015– y de pronunciar una resolución definitiva con relación a la pretensión constitucional incoada dentro de él. Lo anterior, con el objeto de evitar dudas en cuanto a la imparcialidad que como juez debe mantener en el ejercicio de sus funciones y, de esa forma, no restarle pureza al proceso frente a las partes o a la sociedad, ni deslegitimar su pronunciamiento definitivo.

Así, en cumplimiento del principio de imparcialidad y de conformidad con los arts. 186 inc. 5° Cn., 20 y 52 del Código Procesal Civil y Mercantil (C.Pr.C.M., en adelante) y 12 inc. 1° de la Ley Orgánica Judicial *sometió a conocimiento de esta Sala su solicitud de abstención* pidiendo: 1) se califique por este Tribunal la causa de abstención expuesta; y 2) se nombre y llame al Magistrado Suplente que corresponda.

2. Al respecto, tal y como se afirmó en el decreto de sustanciación de fecha 16-X-2015, como resultado de la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica Judicial, es la misma Sala de lo Constitucional quien está habilitada expresamente para tramitar y resolver las Abstenciones y Recusaciones suscitadas dentro de los procesos constitucionales sometidos a su conocimiento, en cuanto que, tal disposición regula el trámite que esta Sala debe aplicar cuando se susciten incidencias como las antes señaladas.

En tal sentido, en el mismo decreto se advirtió que, en congruencia con la naturaleza de las abstenciones y recusaciones, como instrumentos para garantizar la imparcialidad del Juez o Magistrado, *mediante la aplicación extensiva del artículo 12 de la Ley Orgánica Judicial y en aplicación de la autonomía procesal de la Sala de lo Constitucional, resultaba viable la configuración de un nuevo modo de proceder cuando se planteara la Abstención o Recusación de los Magistrados*

de este Tribunal, de manera que fuera la misma Sala –con cambios en su conformación– el ente encargado de conocer los referidos incidentes, independientemente del número de magistrados que se abstuvieran o a quienes se recusara.

De esta forma, se concluyó que, en el caso de los procesos constitucionales, ante la eventual solicitud de recusación o abstención de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, *el mismo tribunal debe llamar a los Magistrados Suplentes para que sean estos quienes evalúen si las razones o motivos esbozados por los propios Magistrados Propietarios o por la parte recusante son suficientes para aceptar la abstención o la recusación de quienes conforman la Sala de lo Constitucional.*

En consecuencia, de conformidad con el citado trámite se deja a cargo de una conformación subjetiva distinta el análisis de las causales invocadas para apartar del conocimiento a los Magistrados Propietarios que forman la Sala de lo Constitucional, aunque –en principio– sea el mismo tribunal quien conozca de los citados incidentes".

CIRCUNSTANCIAS PARA DECLARAR HA LUGAR LA SOLICITUD DE ABSTENCIÓN

"II. *1.* Del análisis de las peticiones formuladas se advierte que, el citado Magistrado Propietario –en esencia– advirtió que el peticionario lo ubicaba en el extremo pasivo de la pretensión de amparo. Por ello y en virtud de que presuntamente la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia resolvió removerlo de la plaza de Colaborador Jurídico, estimó que debía abstenerse de conocer del amparo clasificado con el número 461-2015 y de pronunciar una resolución definitiva con relación a la pretensión constitucional incoada dentro de él. Lo anterior, con el objeto de evitar dudas en cuanto a la imparcialidad que como juez debe mantener en el ejercicio de sus funciones.

2. En ese orden de ideas, conviene traer a colación que, como se expuso anteriormente, los Jueces o Magistrados deben abstenerse de conocer un asunto cuando se pueda poner en peligro su imparcialidad, en virtud de su relación con las partes, los abogados que los asisten o representan, el objeto litigioso, por tener interés en el asunto o en otro semejante, así como por cualquier otra circunstancia seria, razonable y comprobable que pueda poner en duda su imparcialidad frente a las partes o a la sociedad.

Y es que, las causas por las que un juez puede ser apartado del conocimiento de un asunto deben basarse en la existencia de dudas o sospechas objetivamente justificadas –exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos– que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa.

En el presente caso, se observa que el Magistrado José Óscar Armando Pineda Navas tiene un nexo con la resolución que se propone como objeto de control en el presente proceso. Dicho nexo, según se advierte, obedece a que el citado Magistrado habría adoptado la resolución que pretende ser atacada en este amparo. Si se toma en consideración lo apuntado, de permitir que tal funcionario siga conociendo, las potenciales decisiones que emita en la gestión del proceso podrían ser vistas como motivadas por razones distintas a las sumi-

nistradas por el ordenamiento jurídico, aspecto que el principio de imparcialidad (art. 186 inc. 5° Cn.) pretende evitar.

En ese sentido, se observa que existen *circunstancias serias, razonables y comprobables que podrían restarle pureza al proceso* frente a las partes o a la sociedad, es decir, se encuentran objetiva y legítimamente justificadas, por lo que, con el fin de no deslegitimar el pronunciamiento final que eventualmente se emita en este, es procedente declarar ha lugar la solicitud de abstención formulada por el Magistrado Óscar Armando Pineda Navas".

CORRESPONDE CONOCER DEL FONDO DE LA QUEJA FORMULADA AL MAGISTRADO SUPLENTE

"*3.* Una vez acreditada la existencia de causas justificadas para apartar al Magistrado Óscar Armando Pineda Navas del conocimiento del reclamo planteado en el presente proceso de amparo, es procedente determinar a quién corresponderá el conocimiento del fondo de la queja formulada.

Al respecto, de acuerdo con lo sostenido en la jurisprudencia de este tribunal en la resolución de fecha 27-IV-2011, en el proceso de Inc. 16-2011, la Sala de lo Constitucional estará integrada por los Magistrados designados expresamente por la Asamblea Legislativa, y no por personas distintas a ellas, ya que a éstas les haría falta la legitimación democrática derivada del nombramiento directo por el citado Órgano fundamental del Estado.

En consecuencia, dado que, *en defecto de los Magistrados Propietarios, únicamente los suplentes están legitimados democráticamente para integrar el tribunal constitucional al haber sido electos por la Asamblea Legislativa y habiendo sido debidamente convocados a conformar Sala, es procedente que sea el Magistrado Suplente* Francisco Eliseo Ortiz Ruiz *junto con los Magistrados Propietarios* Rodolfo Ernesto González Bonilla, Edward Sidney Blanco Reyes, José Belarmino Jaime y Florentín Meléndez Padilla quienes conozcamos en adelante el reclamo planteado por el señor […]".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 461-2015, fecha de la resolución: 07/12/2015.

ACUERDOS CONCILIATORIOS EN SEDE PENAL

JUECES TIENEN EL DEBER DE VERIFICAR SI EL ACUERDO AFECTA ÚNICAMENTE INTERESES DE VÍCTIMAS E IMPUTADOS O SI, POR EL CONTRARIO, TAMBIÉN PODÍA OCASIONAR ALGÚN PERJUICIO A DERECHOS O INTERESES DE TERCEROS

"Al respecto se debe precisar que, si bien las víctimas y los imputados tenían la facultad de conciliar, la autoridad demandada tenía el deber de verificar si el acuerdo al que estos habían llegado afectaba únicamente sus intereses o si, por el contrario, también podía ocasionar algún perjuicio a derechos o intereses de terceros. Ello en virtud de que, por su naturaleza, el juez solo puede homologar un acuerdo conciliatorio si en este únicamente están involucrados los intereses de quienes participan en él, de modo que sean estos los facultados para dispo-

ner de su objeto. Por el contrario, ninguna autoridad judicial puede homologar un acuerdo en el que no hayan concurrido con su voluntad los titulares del objeto sobre el cual se dispone, máxime si de dicho acuerdo pueda resultar una restricción a algún derecho de su legítimo titular".

TRANSGRESIÓN CONSTITUCIONAL POR NO ESCUCHAR A PERSONA QUE PUEDE SER PERJUDICADA POR ADOPCIÓN DE ACUERDO

"*c.* Como se dijo anteriormente, la autoridad demandada contaba con elementos suficientes que indicaban que, cuando se le requirió la homologación del acuerdo conciliatorio, la titular del derecho proindiviso del 60% en disputa era [...], S.A. de C.V., la cual no había tenido intervención alguna en el proceso, tal como lo reconoció expresamente la referida autoridad en sus informes. Por consiguiente, no se justifica que la autoridad demandada haya emitido una decisión que afectó el derecho a la propiedad que [...], S.A. de C.V., tenía sobre el 60% del referido inmueble, sin haberle concedido la oportunidad de intervenir en el proceso penal, bajo el argumento de que aquella no tenía la calidad de parte. Ello en virtud de que, independientemente de si una persona tiene o no dicha calidad, el juez debe garantizar su comparecencia oportuna al proceso cuando de la información de que disponga, se infiera que aquella podría ser objeto de una limitación a algún derecho fundamental. Y es que el contenido del derecho de audiencia no se limita a proteger los intereses de quienes formalmente tienen la calidad de "parte" en un proceso; dicho derecho tiene por objeto, además, garantizar que cualquier persona que pueda ser perjudicada con una decisión judicial sea informada oportunamente sobre ello y tenga la posibilidad de intervenir y defender sus derechos e intereses.

C. De lo expuesto *se concluye que la Jueza Noveno de Instrucción de San Salvador, al no haberle garantizado a [...], S.A. de C. V., la posibilidad de comparecer al proceso penal antes mencionado a defender sus derechos como propietaria sobre el 60% de un inmueble, cuya inscripción fue declarada nula, vulneró los derechos de audiencia y a la propiedad de dicha sociedad, pues, si bien esta no era parte en el mencionado proceso penal, la autoridad demandada contaba con suficientes elementos para advertir que, en el momento en el que se le solicitó la homologación del acuerdo conciliatorio, aquella era la titular del 60% del inmueble en disputa y que, por consiguiente, no podía ser privada de su derecho a la propiedad sin que previo a ello se le concediera la oportunidad de intervenir en el proceso y defender sus intereses.*

VI. Determinada la vulneración constitucional derivada de la actuación reclamada, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En este proceso se comprobó la vulneración a los derechos de audiencia y a la propiedad de [...], S.A. de C.V. Sin embargo, también se acreditó que el derecho proindiviso del 60% del inmueble que con anterioridad estaba inscrito a favor de dicha sociedad actualmente lo está a favor de [...], S.A. de C.V. Ello en virtud de que, luego de que el RPREIPSO canceló la inscripción del derecho que tenía a su favor la peticionaria, [...], S.A. de C.V., inscribió a su favor la compraventa que el señor L. le había otorgado en el año 1999.

Según los documentos que constan en la certificación del expediente aportado por la autoridad demandada –entre ellos las declaraciones que los imputados consignaron en el acuerdo conciliatorio y otros instrumentos notariales–, [...], S.A. de C.V., fue víctima de falsificación de documentos societarios que le permitieron al señor [...] presentarse al RPRHPSO como su representante legal y retirar la compraventa que había otorgado a favor de dicha sociedad, para que posteriormente se inscribiera una dación en pago que otorgó en el año 2003 a favor del Banco [...], S.A. Con ello, el señor [...] despojó a la referida sociedad de su derecho de propiedad sobre el 60% del aludido inmueble.

B. De lo anterior se sigue que, aparentemente, [...], S.A. de C.V., es una tercera de buena fe en la sucesión de actos que derivaron en la vulneración de los derechos de la peticionaria y que, además, aquella había adquirido la titularidad del referido derecho proindiviso mucho antes que la sociedad demandante. Por ello no es procedente, en este proceso, afectar el derecho que, al parecer, [...], S.A. de C.V., inscribió legítimamente a su favor. En consecuencia, no se anulará la orden de la autoridad demandada en virtud de la cual se canceló la inscripción que la peticionaria tenía a su favor; sin embargo, ello no es un óbice para que, de existir alguna irregularidad en el título que dio lugar a la inscripción de la compraventa que el señor L. otorgó a favor de la tercera beneficiada en el ario 1999, los interesados acudan ante la autoridad competente para solicitar lo que jurídicamente corresponda".

HABILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DIRECTAMENTE CONTRA LOS FUNCIONARIOS RESPONSABLES

"*C.* Por otro lado, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de da-

ños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

Así, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 10 de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente en contra de la persona que cometió la aludida vulneración.

D. Finalmente, debido a que en esta sentencia se definió la situación jurídica de los interesados y, como consecuencia de ello, desaparecieron los elementos que dieron lugar a la adopción de la anotación preventiva de la demanda, es procedente ordenar el cese de dicha medida cautelar".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 143-2013, fecha de la resolución: 23/11/2015.

AMPARO CONTRA PARTICULARES

CONDICIONES JURISPRUDENCIALES PARA LA ADMISIÓN

"*2.* Delimitados los hechos de la pretensión de amparo en relación a los actos realizados por la representante del banco Citibank El Salvador S.A., es necesario exponer de forma sucinta los fundamentos jurídicos de la presente decisión, para ello se retomarán algunos aspectos referidos a los actos de autoridad y los requisitos que han de cumplirse para su control constitucional cuando proceden de particulares.

Al respecto, en las interlocutorias pronunciadas en los Amp. 147-2005 y 255-2005 los días 16-III-2005 y 3-V-2005, respectivamente, se ha señalado que el acto de autoridad no es única y exclusivamente aquel emitido por personas físicas o jurídicas que forman parte de los Órganos del Estado o que realizan actos por delegación de estos, sino también aquellas acciones y omisiones producidas por particulares que bajo ciertas condiciones limitan derechos constitucionales.

De igual manera, en dicha sentencia se estableció que, siempre que se verifiquen las condiciones jurisprudenciales que condicionan la admisión de un amparo contra particulares, los actos u omisiones, cuyo control de constitucionalidad se podría procurar mediante un proceso de amparo, podrían derivarse de: *i) actos derivados del ejercicio de derechos constitucionales,* los cuales son actos que se convierten en inconstitucionales a pesar de que, en principio, se efectúan como resultado del ejercicio legítimo de un derecho fundamental; *ii) actos normativos o normas privadas,* es decir, las normas emitidas con fundamento en potestad normativa privada; *iii) actos sancionatorios,* que son aquellas actuaciones emitidas con fundamento en la potestad privada para sancionar; y *iv) actos* "administrativos" *de autoridades privadas o particulares,* los cuales son actos que se sustentan en la potestad administrativa privada, es decir, actos orientados al cumplimiento de las finalidades propias de personas jurídicas de derecho privado y efectuados por los órganos de estas.

Ahora bien, las condiciones jurisprudenciales que determinan la procedencia de un amparo contra particulares han sido plasmadas en la jurisprudencia citada,

así como también en las interlocutorias proveídas en los Amp. 256-2003 y 119-2003 los días 7-VII-2003 y 20-X-2003, respectivamente. Así, se han establecido como requisitos que deben concurrir en el acto emitido por un particular para ser revisable en este proceso constitucional: que el particular responsable del acto se encuentre en una situación de supra a subordinación respecto del demandante; que no se trate de una simple inconformidad con el contenido del acto que se impugna; que se haya hecho uso de los recursos que el ordenamiento jurídico prevé frente a actos de esa naturaleza y que estos se hayan agotado plenamente, o bien que dichos mecanismos de protección no existan o sean insuficientes para garantizar los derechos constitucionales del afectado; y que el derecho constitucional cuya vulneración se invoca por el demandante sea, por su naturaleza, exigible u oponible frente al particular demandado en el proceso.

En ese sentido, se colige que el incumplimiento de tales requisitos inhibiría a este Tribunal de analizar la cuestión sometida a su conocimiento, por la existencia de un vicio de la pretensión que imposibilita su juzgamiento".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 344-2014, fecha de la resolución: 11/11/2015.

FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ORDINARIA

"*1.* El abogado dirige su reclamo contra la sociedad Apoyo Integral, S.A., en virtud de que efectúa "cobros excesivos" a su mandante, a quien no se le informó que aumentarían los intereses que pactó, ni se le pidió consentimiento para ello, además que la amenazan con promover un proceso judicial en su contra y embargarle sus bienes, lo que en opinión del apoderado implica vulneración a los derechos y la economía de su representada.

Una vez indicado lo anterior, corresponde analizar si el reclamo planteado encaja en los presupuestos establecidos para que esta Sala examine un acto emitido por un particular y por lo tanto sea considerado un acto de autoridad.

Así, de lo reseñado en la demanda, se observa que el abogado de la actora tiene a su disposición los mecanismos administrativos y procesales correspondientes en sede ordinaria para que las autoridades competentes diriman su queja.

Y es que, tal como establecen los artículos 19, 20 de la Ley de Protección al Consumidor en relación a los arts. 40, 41, 56, 57, 58, 79, 83, 108 109 y siguientes del mismo cuerpo legal, los proveedores de servicios de crédito, bursátiles o servicios financieros en general en sus relaciones contractuales con los consumidores de los referidos servicios tienen obligaciones y prohibiciones especiales a las que deben dar cumplimiento, caso contrario pueden ser denunciados en la Defensoría del Consumidor, y -si corresponde- sancionados administrativamente por el Tribunal Sancionador de dicha institución.

Como consecuencia de lo expuesto, se colige que no se han cumplido, en el caso concreto, los requisitos para la procedencia de un amparo contra particulares, ya que -tal como se apuntó anteriormente- existen mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé frente a actos de esa naturaleza, los cuales -en apariencia- no han sido agotados.

2. Aunado a lo anterior, se advierte a partir del análisis de los argumentos esbozados en la demanda, aun cuando el abogado afirma que existe vulneración a los derechos fundamentales de su representada, sus alegatos únicamente evidencian la inconformidad con las acciones de cobro que realiza la sociedad acreedora a su mandante y el aumento de los intereses de la obligación que ella adquirió con dicha institución.

Y es que, sus argumentos están dirigidos, básicamente, a que esta Sala *obligue a la "financiera" Apoyo Integral, S.A. a que respete el acuerdo de voluntades que dio origen a la deuda, que se retracte de realizar cobros excesivos y que se abstenga de iniciar un proceso judicial;* lo que constituye una situación que escapa del catálogo de competencias conferido este Tribunal, ya que, es evidente que no se pretende el restablecimiento de los derechos constitucionales presuntamente infringidos, sino que la mera posibilidad de que dejen de cobrarle la obligación de pago a su mandante, o que le proporcionen la oportunidad de negociar la deuda por vía extrajudicial para el pago y así evitar el inicio de un juicio; lo que -tal como se relacionó- no constituye una pretensión de naturaleza estrictamente constitucional, sino una pretensión de carácter pecuniario que debe ser dirimida en las instancias correspondientes según la materia.

3. En virtud de las circunstancias y aclaraciones apuntadas se concluye que el caso planteado no reúne los presupuestos señalados por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de un amparo contra particulares, por cuanto no se ha comprobado que concurran las exigencias establecidas para este tipo de amparos y que se han detallado en párrafos anteriores; y aunado a ello se advierte una mera inconformidad con las actuaciones de la sociedad a la que demanda. Dicha circunstancia evidencia la existencia de un defecto en la pretensión de amparo que impide la conclusión normal del presente proceso y vuelve procedente su terminación mediante la figura de la improcedencia.

IV. Finalmente, es importante señalarle al abogado que el legislador ha previsto en materia de solución de conflictos que surgen entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores de estos, la posibilidad de acceder a la Defensoría del Consumidor -en específico al Centro de Solución de Controversias de dicha institución-, que es un ente competente creado para conocer de diversas situaciones que originen conflictos entre proveedores y consumidores.

En relación con lo anterior, se concluye que la parte actora tiene a su disposición esa vía por la cual pueda solventar conflictos como el reclamado y en el cual tendrá posibilidad de ser escuchado, proponer sus argumentos, ofertar elementos probatorios y que se llegue a una solución justa y adecuada, que es el objetivo de los métodos alternos de solución de conflictos".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 827-2014, fecha de la resolución: 26/01/2015.

REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

"II**.** En este apartado corresponde efectuar ciertas consideraciones sobre la legitimación —activa y pasiva— como presupuesto procesal en el amparo y sobre la falta de prueba de la existencia del acto reclamado como causa de terminación anormal de este tipo de procesos. Así, en primer lugar, se analizará lo

relativo a los intereses difusos y colectivos *(1)*; en segundo lugar, se abordará la procedencia del amparo contra particulares *(2);* en tercer lugar, se examinará la vinculación que debe existir entre el agravio ocasionado y la autoridad a la que se le atribuye la acción u omisión impugnada *(3)*; en cuarto lugar, se estudiará la ausencia de prueba sobre la existencia del acto reclamado *(4)*; para, finalmente, establecer el orden lógico con el que se estructurará esta sentencia *(5).*

1. A. Entre los requisitos que debe cumplir el demandante para que pueda iniciarse, tramitarse y concluirse válidamente un proceso se encuentra la legitimación activa. Con relación a los intereses difusos y colectivos, en la Sentencia de fecha 25-VII-2014, emitida en el Amp. 155-2013, se sostuvo que ese tipo de legitimación es aceptada por la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar, pues permitir solamente pretensiones basadas en un interés directo y la afectación personal a derechos constituiría una limitación al derecho a la protección jurisdiccional reconocido en el art. 2 de la Cn".

DIFERENCIA ENTRE INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

"*b.* En el caso de los intereses colectivos, el sujeto al que aparecen imputados los bienes a los que el interés se refiere es individualizado o individualizable, ya que está relacionado con colectividades de carácter permanente y con la consecución de los fines que las caracterizan; es decir, los intereses colectivos se identifican con aquellos de un grupo determinado, por lo que atañen al individuo en tanto parte de un grupo. Por otro lado, el interés difuso surge ante la presencia de una necesidad y la falta de medios para satisfacerla, lo cual supone una desprotección o afectación común que impulsa a los sujetos a utilizar los instrumentos para ser protegidos en la conservación y defensa de ese interés.

De ahí que la distinción entre intereses difusos y colectivos atiende al grado de individualización de los sujetos a los que el interés se refiere. Cuando se trate de sujetos identificables, estaremos en presencia de un interés colectivo. Cuando se refiera a grupos o colectividades de contornos indeterminados o no identificados, estaremos ante un interés difuso.

B. a. En el presente caso, además de una afectación de carácter individual, la señora [...] ha esbozado en su demanda una vulneración de derechos fundamentales que trasciende su esfera particular, pues alega que tanto [...], S.A. de C.V., como las autoridades públicas demandadas no previnieron ni restauraron de manera eficiente la afectación al medio ambiente en la zona en la que funcionaba la fábrica de baterías propiedad de dicha sociedad; por lo que no protegieron a la población afectada —en la cual se incluye— de las lesiones y amenazas al derecho a gozar de un medio ambiente sano, poniendo en peligro su salud y su vida.

En ese sentido, dada la naturaleza de los derechos fundamentales que la pretensora alega conculcados y la forma específica en la cual arguye que estos han sido transgredidos por las autoridades demandadas, se justifica la *tutela de un interés difuso* en la protección de los derechos al medio ambiente, a la salud y a la vida de personas que presuntamente resultaron afectadas por la contaminación por plomo ocasionada por el funcionamiento de la aludida fábrica, las cuales resultan difícilmente identificables en virtud de las circunstancias en que aconteció dicha vulneración constitucional y los efectos que produjo.

Y es que la protección del derecho a un medio ambiente sano (art. 117 de la Cn.), cuya supuesta infracción ha incidido en los derechos a la vida y a la salud (arts. 2 y 65 de la Cn.), no puede realizarse únicamente de manera individual, pues lo característico de dicho derecho es su disfrute colectivo y que se pueda aprovechar el uso compartido de los recursos naturales, siempre que se garantice su preservación.

b. En consecuencia, *resulta procedente reconocer en este amparo la legitimación activa que respecto del aludido interés difuso se atribuye la señora [...], quien se ubica dentro de las personas afectadas y, por tanto, considera que las acciones y omisiones que impugna le han ocasionado algún tipo de perjuicio; con lo cual el análisis de constitucionalidad que se realizará en esta sentencia sobre tales actuaciones no se circunscribirá al agravio concreto que la referida señora pudo haber sufrido en su esfera individual, sino a la posible afectación que de manera difusa se ocasionó en los derechos fundamentales al medio ambiente, a la salud y a la vida.*

"*2. A. a.* En las Resoluciones de fechas 16-III-2005 y 1-VI-1998, emitidas en los procesos de Amp. 147-2005 y 143-98, respectivamente, se sostuvo que, desde un punto de vista material, los particulares también pueden producir actos limitativos sobre los derechos constitucionales de las personas como si se tratase de autoridades en sentido formal. En efecto, si bien existen casos en que la decisión de un particular escapa del concepto tradicional de *acto de autoridad* —esto es, el emitido por personas físicas o jurídicas que forman parte de los órganos del Estado o que realizan actos por delegación de alguno de estos y frente a las cuales el sujeto se encuentra en una relación de subordinación—, en aquellos puede ocurrir una limitación definitiva y unilateral de derechos fundamentales.

El concepto de autoridad y, por consiguiente, de los actos que derivan del ejercicio de ese *imperium* no deben ser entendidos en un sentido exclusivamente formal —referidos únicamente a un órgano del Estado—, sino también material, de manera que comprendan aquellas situaciones en las que personas o instituciones que formalmente no son autoridades en la realidad o práctica se consideren como tales cuando sus acciones y omisiones, producidas bajo ciertas condiciones, limiten derechos constitucionales.

b. Así, para que un acto emitido por un particular sea revisable mediante el proceso de amparo se deben cumplir los siguientes requisitos: *(i)* que el particular responsable del acto se encuentre en una situación de supra-subordinación respecto del quejoso; *(ii)* que no se trate de una simple inconformidad con el contenido del acto; *(iii)* que se haya hecho uso de los medios ordinarios que el ordenamiento jurídico prevé frente a actos de esa naturaleza y que aquellos se hayan agotado plenamente, o bien que dichos mecanismos de protección no existan o los existentes sean insuficientes para garantizar los derechos constitucionales del afectado; y *(iv)* que el derecho de carácter constitucional cuya vulneración se invoca sea, por su naturaleza, exigible u oponible frente al particular demandado en el proceso".

REGLAS DE CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

"*B. a.* La regla según la cual la carga de la prueba "le corresponde al actor" no puede aplicarse de la misma forma en todos los procesos constitucionales,

prescindiendo de la naturaleza del acto u omisión reclamada o de las circunstancias particulares que rodean el caso. Y es que, tal como se sostuvo en la Resolución de fecha 27-VIII-2008, emitida en el Amp. 934-2007, las reglas de la carga probatoria sirven al juzgador para decidir, en el momento de pronunciar sentencia y ante una afirmación de hecho no comprobada, *cuál de las partes del proceso ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba.*

En efecto, las aludidas reglas deben aplicarse en función de las características del asunto sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional, lo que implica que, en algunos casos, el deber de probar recae sobre quien está en una mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, por tener un conocimiento técnico o haber intervenido en forma directa en la realización del hecho controvertido. *Lo anterior implica ponderar en cada supuesto cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para aportar los medios probatorios que logren el esclarecimiento de los hechos.*

b. Así, dada la naturaleza de los casos medioambientales, tanto los particulares encargados de la fabricación y comercialización de bienes y la prestación de servicios como las autoridades públicas fiscalizadoras de la tutela y conservación ambiental se encuentran en una mejor posición frente a los demás particulares para acreditar si su funcionamiento fue acorde con el equilibrio del ecosistema y el respeto a los derechos a la salud y a la vida de las personas, pues su situación les permite tener acceso a las fuentes de prueba que se vinculan con la situación fáctica discutida en el proceso".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 400-2011, fecha de la resolución: 11/03/2015.

ANTEJUICIO

HERRAMIENTA DE CONTROL PARLAMENTARIO

"Ahora bien, el procedimiento de antejuicio regulado en los artículos 118 al 142 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa –incluyendo la redacción de los artículos 120, 121 y 124 del RIAL, que recobraron vigencia en virtud de la resolución del día 11-VIII-2014, Inc. 21-2014–, al igual que las comisiones parlamentarias de investigación, constituyen una herramienta de control parlamentario cuya función es recabar información y levantar la inmunidad o prerrogativa que protege al titular de una función, en este caso la de Diputado de la República, para que los órganos jurisdiccionales procesen y juzguen su conducta".

IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR UNA FUNCIÓN JURISDICCIONAL ATRIBUIDA A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

"Por un lado, el antejuicio no constituye una función jurisdiccional atribuida a la Asamblea Legislativa, a pesar que el objeto de investigación coincide con un eventual proceso judicial. No obstante lo anterior, las comisiones de antejuicio se valen de medios equiparables a los de los tribunales (exigir la comparecencia de personas, solicitar informes, recibir y examinar documentos etc., art. 132 inc. 1°

Cn.) puesto que el procedimiento establecido goza de similitudes en su estructuración a las de un juicio.

El *procedimiento de antejuicio* se configura como una especie de fase habilitante para un eventual procedimiento penal común o enjuiciamiento penal –es decir, constituye una condición de procesabilidad–, y como tal, comparte con este último una serie de características estructurales. Respecto del procedimiento penal común, que en gran medida es replicado en el procedimiento de antejuicio establecido en el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, esta Sala ha señalado que se trata de un modelo de clara definición acusatoria, que busca salvaguardar principios constitucionales tales como la sujeción a la ley y la imparcialidad –sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 673-2014, fecha de la resolución: 29/07/2015.

ASISTENCIA LETRADA

ASISTENCIA JURÍDICA DE UN ABOGADO ES UNA GARANTÍA INELUDIBLE PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

"*2. A. a.* En la Resolución del 14-VII-2010, Inc. 22-2010, se afirmó que el art. 2 de la Cn. reconoce de manera expresa la obligación estatal de proporcionar *protección jurisdiccional* a todas las personas frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten su esfera jurídica y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: *el proceso jurisdiccional* en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

Por ello, la configuración de un proceso, como instrumento por medio del cual las personas pueden ejercer la *defensa jurisdiccional* de sus derechos, implica otorgar a las partes la oportunidad de intervenir dentro de él en condiciones de igualdad, de tal manera que se les garantice, en sus respectivas posiciones, la posibilidad real de exponer sus argumentos y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa ante la autoridad competente.

b. En ese sentido, la exigencia de un proceso equitativo, respetuoso de los derechos constitucionales de los sujetos partícipes, requiere la conformación de un haz de garantías que han de cobrar vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y no jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso o procedimiento.

Así, el *derecho de defensa* –contenido en el art. 12 de la Cn.– se constituye como uno de esos elementos básicos y, debido a que se manifiesta en todos los ámbitos en los que existe la necesidad de argüir elementos tendentes al desvanecimiento de los alegatos de la contraparte, deviene en una exigencia resultante del modelo de proceso previsto por la Constitución.

Desde esa perspectiva, el derecho de defensa, derivado del carácter abierto de la citada disposición constitucional, implica la posibilidad de participar en un proceso informado por el principio de contradicción y en el que no se genere indefensión, en ninguna de sus fases y respecto a ninguna de las partes, independientemente de que dicho proceso se desarrolle en el ámbito jurisdiccional

–penal, civil, mercantil, laboral, familia u otra materia– o no jurisdiccional –*v.gr.,* el procedimiento administrativo sancionador–.

B. a. Tal como se expuso en la Sentencia del 8-VII-2011, Amp. 437-2009, una de las principales manifestaciones del derecho referido la constituye el *derecho a la asistencia técnica o letrada.* Dicha concreción –instituida también en los arts. 14 n° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 n° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–prescribe que el ejercicio de la defensa dentro de un proceso o procedimiento, en determinados supuestos, debe ser conferida a un profesional del Derecho, cuya función garantice de manera adecuada, eficaz y plena la protección de los derechos de las partes, en condiciones de igualdad, y la efectiva vigencia del contradictorio. Su finalidad, por ende, es la de evitar desequilibrios entre las respectivas posiciones procesales de las partes, así como limitaciones injustificadas que puedan ocasionar un estado de indefensión.

En ese contexto, el ejercicio de dicha asistencia está orientado a obtener fines específicos de trascendencia constitucional, pues, ante la incuestionable diversidad *y*complejidad que en muchos casos revisten los conflictos entre particulares, la persona común requiere acompañamiento técnico para el acceso efectivo a la justicia, por lo que el desempeño de esa actividad está precedido del cumplimiento de exigencias objetivas que condicionan su validez, tales como que el designado posea la acreditación, los conocimientos jurídicos y experiencia necesarios para representar y asesorar técnicamente a otro.

b. Por tal motivo, *la asistencia jurídica de un profesional del Derecho es una garantía ineludible para el ejercicio del derecho de defensa, en su manifestación técnico- subjetiva derivada del art. 12 de la Cn. Su ausencia en un determinado proceso o procedimiento impediría a las partes enfrentar las alegaciones realizadas en su contra eficazmente y en condiciones de igualdad.*

De acuerdo con lo anterior, *la vulneración del derecho de defensa técnica o letrada adquiere connotación constitucional cuando las autoridades judiciales o administrativas limitan a las partes la oportunidad real y eficaz de controvertir los argumentos alegados en un proceso mediante la representación de un profesional con los conocimientos técnico- jurídicos necesarios para asistirlo.* Por ende, a efecto de evitar tales desequilibrios entre las partes y potenciar la igualdad de armas, debe garantizarse la asistencia de un abogado, privado o público, en aquellos casos donde esta previsión se vuelve preceptiva. Ahora bien, cuando esta se contempla en normas procesales de carácter facultativo, las entidades aludidas deberán brindar oportunidad a las partes procesales de elegir entre la autodefensa y la defensa técnica, a manera de asegurar, en ese aspecto, el correcto desarrollo del proceso".

AUTORIDAD JUDICIAL ESTÁ OBLIGADA A GARANTIZAR ASISTENCIA TÉCNICA A LOS SUJETOS QUE PUEDAN RESULTAR AFECTADOS EN EL PROCESO

"*2.* Establecido lo anterior, corresponde verificar si la autoridad demandada vulneró los derechos invocados por el peticionario.

A. a. De acuerdo con el art. 10 de la L.Pr.F. toda persona que haya de comparecer al proceso por derecho propio o como representante legal "lo hará por medio de apoderado constituido con arreglo a la Ley", salvo que aquella estuviere autorizada para ejercer la procuración. Además, señala que las personas de escasos recursos económicos podrán solicitar ser representadas por auxiliar designado por el Procurador General de la República.

Por otro lado, el art. 112 inc. 2° de la L.Pr.F. prescribe que el Procurador de Familia no representará al demandado cuando la demanda se promoviere por el Procurador General de la República como representante legal del demandante, por lo que el Juez designará quien lo va a representar.

b. Del contenido de las anteriores disposiciones se colige que la asistencia letrada en el proceso de familia es obligatoria, pero se contempla una excepción: el demandante o el demandado pueden acudir al proceso sin abogado siempre y cuando aquellos se encuentren autorizados para procurar. En ese sentido, la finalidad concreta que se persigue con el art. 10 de la L.Pr.F. es potenciar la eficacia del derecho de defensa, específicamente, del derecho a la asistencia letrada de las personas que intervienen en los procesos de familia.

De igual manera, si bien el art. 112 inc. 2° de la L.Pr.F. restringe la facultad de actuación de la Procuraduría General de la República para representar a la parte procesal pasiva en los procesos donde acuda en representación del actor, la citada disposición prevé que es el juez quien deberá designar al abogado que lo represente, lo cual implica que, para cumplir con tal objetivo, debe realizar las gestiones necesarias que garanticen su intervención apoyado por uno de dichos profesionales y en condiciones de igualdad.

En ese sentido, las mencionadas disposiciones no deben ser interpretadas restrictivamente por las autoridades a las que corresponde su aplicación, pues con aquellas se pretende asegurar la asistencia técnica a los sujetos que puedan resultar afectados en dichos procesos.

Desde esa perspectiva, *la exigencia constitucional de la asistencia letrada, fundamentada en la efectiva vigencia del principio de contradicción y el establecimiento de condiciones de igualdad entre las partes, comporta la obligación de optimizar el ejercicio del derecho de defensa en su manifestación técnico-subjetiva mediante la participación de un abogado que represente a quien puede estar en desventaja por carecer de pericia en Derecho.* Sobre este punto también ya se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 17-IX-2009, caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, en el sentido de que, por medio de la defensa técnica ejercida por un profesional del Derecho, la persona es asesorada sobre sus deberes y derechos y se ejecuta, entre otras cosas, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

B. Ahora bien, de la certificación del expediente con ref. […] se advierte que la autoridad demandada comunicó al peticionario la admisión de la demanda de alimentos, el inicio del proceso y la procuración obligatoria prescrita en el art. 10 de la L.Pr.F. Sin embargo, del contenido del acta del 27-VIII-2012 se colige que la audiencia preliminar del aludido proceso se celebró únicamente con la defensora pública de Familia, la señora […], y el señor […], sin que este último estuviera asistido por un abogado. De igual manera, según el acta del 9-X-2012,

la audiencia de sentencia en la cual se determinó que el peticionario debía pagar cierta cantidad de dinero en concepto de alimentos a favor de su hija, se llevó a cabo con presencia de la parte actora de aquel proceso y del señor […], pero este último no fue asistido por un defensor.

Además, con la prueba incorporada se constata que en ninguna de esas diligencias el Juez de Familia de San Francisco Gotera efectuó advertencia alguna al demandado en relación con la ausencia de su procurador ni realizó gestiones para asegurarle la asistencia legal necesaria. Teniendo en cuenta tales circunstancias, *se ha comprobado que el demandante no fue representado por un abogado durante la tramitación del proceso de alimentos que se instruyó en su contra, por lo que la valoración de la prueba y la emisión de la sentencia que ordenó el pago de alimentos se efectuaron habiéndose escuchado únicamente la posición jurídica de la parte demandante.*

Por dichas razones, se concluye que la autoridad demandada frustró la finalidad perseguida en el art. 10 de la L.Pr.F., pues restringió al señor […] la posibilidad de controvertir la pretensión incoada en su contra por medio de un abogado, así como la oportunidad de hacer valer sus derechos de manera equitativa frente a su contraparte. En efecto, el referido proceso requería, de acuerdo con los parámetros legales y constitucionalmente establecidos, que Juez de familia de San Francisco Gotera lo tramitara permitiendo la asistencia letrada al sujeto pasivo antes de emitir una resolución que le impusiera una restricción a su patrimonio. Y es que, si bien el citado funcionario alega que en tal proceso se intentó asegurar los intereses de la niña […], dicha finalidad no debía impedir el planteamiento, por parte del demandante, de argumentos de defensa por medio de un profesional en Derecho.

Asimismo, pese a que el aludido Juez de Familia argumentó haber realizado la advertencia sobre la procuración obligatoria en el proceso de familia al momento de notificar el inicio del proceso al señor […], además de ello debió tomar las providencias necesarias para garantizar el cumplimiento de los arts. 10 y 112 inc. 2° de la L.Pr.F., particularmente cuando una actitud pasiva al respecto podía causar una vulneración de los derechos del peticionario.

C. En definitiva, se concluye que *el Juez de Familia de San Francisco Gotera, al pronunciar la sentencia del 9-X-2012, vulneró los derechos de defensa técnica y a la propiedad del peticionario, pues efectuó la sustanciación del citado proceso sin haber garantizado al señor* […] *la asistencia técnica de un abogado con el fin de que pudiera oponerse a los argumentos esgrimidos por su contraparte, previo a establecer la cuota alimenticia que el referido señor debería proporcionar su hija, por lo que resulta procedente ampararlo en su pretensión"*.

EFECTO RESTITUTORIO: INVALIDAR LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y TODAS LAS ACTUACIONES PROCESALES POSTERIORES

"VI. Determinada la vulneración constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados.

En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el proceso de Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el caso que nos ocupa, en el auto de admisión del 29-XI-2013 se declaró sin lugar la suspensión de los efectos del acto impugnado, en virtud de que no concurrían los presupuestos básicos para la adopción de una medida cautelar, por lo cual se colige que la actuación impugnada continúa surtiendo efectos en los derechos del peticionario.

En consecuencia, *el efecto restitutorio de esta sentencia deberá concretarse en invalidar la audiencia preliminar del 27-VIII-2012 y todas las actuaciones procesales posteriores. Por tal razón, el Juez de Familia de San Francisco Gotera deberá proceder a señalar nueva fecha para realizar la referida audiencia preliminar, asegurándole al peticionario el ejercicio de su derecho de defensa técnica por medio de un abogado, en igualdad de condiciones que su contraparte.*

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., *el actor tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente en contra de la persona que cometió la transgresión constitucional constatada en esta sentencia.*

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a la persona que cometió la aludida vulneración, independientemente de que se encuentre o no en el ejercicio del cargo, deberá comprobársele en sede ordinaria que incurrió en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada por su actuación dio lugar a la existencia de tales daños – morales o materiales–; y *(ii)* que dicha circunstancia se produjo con un determinado grado de responsabilidad –dolo o culpa–. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda, dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso particular".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 737-2012, fecha de la resolución: 13/03/2015.

CADUCIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

INCAPACIDAD PARA OFERTAR EN EL SECTOR PÚBLICO

"V. Corresponde en este apartado examinar si el art. 25 letra c) de la LACAP, al contemplar como sanción accesoria al contratista la incapacidad para ofertar y contratar con la Administración Pública por un plazo de cinco años –a consecuencia de la extinción del contrato por causas imputables a su persona–, vulnera los derechos a la propiedad y a la libertad económica de la sociedad actora.

Para tal efecto, será necesario determinar si la sociedad […], se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 25 letra c) de la LACAP *(1);* para, posteriormente, efectuar algunas consideraciones sobre el supuesto normativo en el que opera la incapacidad para entablar contrataciones con el sector público a la que alude el citado precepto y analizar si, en-tales circunstancias, la configuración normativa de tal restricción a la libertad económica conculca los derechos alegados en este proceso *(2),* a fin de resolver lo que corresponda con fundamento en la Constitución *(3).*

1. En el caso en particular, la sociedad actora ha argüido que fue sancionada con la caducidad del contrato de suministro de productos lácteos que suscribió con el Hospital Nacional "Nuestra Señora de Fátima", Cojutepeque, y que, no obstante que canceló la garantía de cumplimiento exigida, se le incluyó en el listado de personas incapaces para ofertar y contratar con el sector público, en aplicación del art. 25 letra c) de la LACAP, el cual vulnera sus derechos a la propiedad y a la libertad económica.

A. a. Consta en la Resolución de fecha 13-VII-2011 que el Director del citado hospital caducó el contrato de suministro de productos lácteos que –por medio de su representante legal–firmó la sociedad […], ya que se comprobaron diferentes incumplimientos en la calidad del producto y las fechas de entrega. Así, de acuerdo con la citada resolución, entre el 28-III-2011 y 2-VI-2011, el representante del hospital entregó diversas notas al delegado de la sociedad demandante informándole sobre los defectos en los productos y los incumplimientos de las fechas y horas de entrega, a fin de que la empresa realizara las acciones pertinentes para cumplir con los acuerdos, sin embargo, no obtuvo respuesta por parte de la aludida sociedad ni fueron superadas tales deficiencias.

Por tal motivo, y considerando que se provocaron inconvenientes en las dietas de los pacientes del hospital, el Director del citado nosocomio declaró la caducidad del contrato y requirió el pago de la garantía de cumplimiento de contrato.

b. Asimismo, de la Resolución de fecha 8-II-2012 se desprende que el citado funcionario conoció y resolvió el recurso de revisión que la sociedad actora interpuso contra la anterior decisión, declarando sin lugar lo solicitado. En dicho pronunciamiento, apuntó que, en virtud del art. 25 de la LACAP, había proporcionado a la UNAC la lista de contratistas con incumplimientos e inhabilitados que le fue solicitada, a fin de que dicha información fuera introducida en la base de datos del sistema electrónico COMPRASAL.

c. Corre incorporada a este expediente copia del listado de personas naturales o jurídicas incapaces para ofertar y contratar con las instituciones de la Administración Pública publicada en el sistema electrónico COMPRASAL, de conformidad con el art. 25 letra c) de la LACAP, entre las que figura la sociedad […], siendo aplicable dicha condición por un período de cinco años, esto es, desde el 10-VIII-2011 hasta el 9-VIII-2016.

B. De la documentación relacionada se colige que la sociedad […], se encuentra en el supuesto normativo contemplado en el art. 25 letra c) de la LACAP, pues, habiendo sido sancionada con la caducidad del contrato en cuestión, el Director del Hospital "Nuestra Señora de Fátima" remitió dicha información a la UNAC para los efectos contemplados en el precepto impugnado; por lo que, al haberse comprobado que la sociedad demandante se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la disposición mencionada, corresponde analizar si la consecuencia jurídica accesoria en cuestión vulnera los derechos que alega".

POTESTADES O PRERROGATIVAS ESPECIALES QUE TIENEN LAS INSTITUCIONES DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON RESPECTO A LOS CONTRATOS

"*2. A. a.* En las relaciones contractuales con la Administración Pública, la institución contratante se encuentra investida de potestades o prerrogativas especiales que le permiten actuar unilateralmente en la interpretación, modificación y resolución de los contratos dentro de los parámetros y límites contemplados en la ley. Tales prerrogativas determinan una posición de privilegio de la Administración frente al particular, que se justifica por los fines de interés general de la contratación estatal y se traduce en una serie de instrucciones, órdenes y sanciones que tienen por objeto garantizar el cumplimiento del contrato.

En efecto, los miembros de la comunidad son los que se benefician o, en su caso, sufren por la demora en el suministro de los bienes y servicios pactados o el incumplimiento de los términos contratados, sin que tengan la posibilidad jurídica de solicitar al contratista una reparación, no sólo por tener el daño un alcance general que lo equipara a una carga pública, sino, también, por la imposibilidad de determinar su existencia y cuantía. Por consiguiente, es imprescindible que el ordenamiento jurídico contemple los mecanismos de los que puede hacer uso la Administración para garantizar que el contratista cumpla con sus obligaciones.

b. Entre las referidas prerrogativas se encuentra la facultad de extinguir los contratos por medio de la caducidad, la cual procede en caso de incumplimiento por el particular de las obligaciones pactadas o de los términos fijados en el contrato, razón por la cual constituye una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia contractual".

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

"Cabe apuntar que el legislador no se conforma con reconocer a la Administración la potestad de extinguir el contrato cuando el particular incumple sus obligaciones, sino que, además, le confiere la facultad para que, en el ejercicio

de su poder de imperio, aplique sanciones que motiven al contratista a evitar la situación de incumplimiento, pues a aquella le interesa la correcta prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, pues con la última no se lograría satisfacer plenamente el interés general.

De ahí que existe la posibilidad de que la Administración Pública imponga sanciones accesorias al particular cuando se haya demostrado que incurrió en alguna de las causales de caducidad del contrato, siempre y cuando dicha consecuencia jurídica se encuentre contemplada en la LACAP y sea aplicada en los términos establecidos en el referido cuerpo normativo.

B. a. En relación con lo expuesto, el art. 94 letra b) de la LACAP prescribe que la Administración Pública podrá declarar la *caducidad* del contrato: *(i)* cuando el contratista no cumple con los plazos o cualquier otra de las obligaciones contractuales, y *(ii)* cuando las multas que le han sido impuestas alcanzan un monto equivalente al 12% del valor total del contrato, incluyendo, en su caso, modificaciones posteriores. Aunado a ello, el art. 25 letra c) de la LACAP establece que, *cuando se ha extinguido un contrato por causas imputables al contratista, este tendrá incapacidad legal para entablar contrataciones con cualquier institución del sector durante un período de cinco años".*

POSIBILIDAD DE PODER CONTROVERTIR LO HECHOS QUE SE ATRIBUYEN A LA CADUCIDAD DEL CONTRATO

"Previo a la declaratoria de caducidad, de acuerdo con el art. 81 del Reglamento de la LACAP, el titular de la institución pública contratante deberá brindar la oportunidad al contratista de controvertir los hechos que se le atribuyen e incorporar la prueba que estime pertinente. En caso de ser procedente la extinción del negocio jurídico, la autoridad deberá emitir una resolución razonada en la que se especifique la causal invocada y los motivos que fundamentan tal decisión, siendo necesario aclarar que, en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, el contratista tiene en el referido procedimiento la oportunidad de argumentar y probar tales circunstancias, a fin de justificar la inobservancia de los acuerdos pactados".

CONTRATOS DE SUMINISTRO

"*b.* En el caso particular de los contratos de suministro, el art. 121 de la LACAP prescribe que a la recepción de los bienes debe asistir un representante de la institución adquirente, quien levantará un acta para dejar constancia de tal actuación, especificando si esta es a entera satisfacción o con señalamiento de defectos. En este último supuesto, se concederá al contratista el plazo que determine el contrato para cumplir con lo acordado, pero si este infringe lo acordado, la institución podrá requerirle la garantía de cumplimiento respectiva.

Aunado a lo anterior, el inc. 3° de la citada disposición legal establece que, si el contratista no subsana los defectos comprobados, se tendrá por incumplido el

contrato y se procederá a la imposición de sanciones o, en su caso, a la extinción del contrato.

c. De la interpretación conjunta de las disposiciones legales relacionadas, se colige que, entre las consecuencias jurídicas de la caducidad de los contratos de suministro por causas imputables al contratista, esto es, por el incumplimiento comprobado de los plazos de entrega o cualquier otra obligación pactada –en el marco del procedimiento que regula el art. 81 del reglamento de la LACAP–, se encuentran, además de la extinción del negocio jurídico, el pago de la garantía de cumplimiento de contrato –a la que alude el art. 121 inc. 2° de la LACAP– y la incapacidad del contratista para ofertar y contratar con la Administración Pública, en los términos preceptuados en el art. 25 letra c) de la citada ley".

RESTRICCIÓN AL EJERCICIO DE LIBERTAD ECONÓMICA COMO SANCIÓN ACCESORIA

"La restricción al ejercicio de la libertad económica en cuestión constituye una sanción accesoria que se encuentra justificada en el incumplimiento por parte del particular de sus obligaciones contractuales, la cual es impuesta por la Administración Pública en el ejercicio de su potestad sancionadora, con la finalidad de garantizar y proteger el interés general que se pretende satisfacer con la contratación. En efecto, el Estado tiene la obligación de asegurar el empleo efectivo de los fondos públicos y la continuidad de los servicios que se brindan a la población con el apoyo del sector privado. De ahí que aquel, en el ejercicio del *ius puniendi,* tiene la facultad de sancionar a los contratistas que hayan incumplido las cláusulas de los contratos, a fin de reprender y corregir los comportamientos que no solo atentan contra los recursos estatales, sino también contra el interés general.

En este contexto, debe tenerse presente que, si bien la libertad económica faculta a toda persona a iniciar y mantener sin interferencias las actividades lucrativas de servicio o comercialización de cualquier tipo de bienes, aquella debe ajustar la realización de tales actividades a las normas y procedimientos legales que la regulan, sobre todo en el campo del sector público en el que se ven comprometidos los fondos públicos y los destinatarios son la sociedad o un grupo determinable de esta".

SANCIÓN DE RESTRICCIÓN A OFERTAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN UN PERIODO DE CINCO AÑOS

"*3. A*. En ese sentido, la sanción contemplada en el art. 25 letra c) de la LACAP –esto es, la restricción a ofertar y contratar con el sector público por un período de cinco años– tiene por objeto, por un lado, que las personas sancionadas rectifiquen sus conductas y en futuras contrataciones no reincidan en tales infracciones; y, por otro, que las instituciones públicas se aseguren que la persona con la que pretendan contratar dé garantía de cumplir con lo pactado.

Así, del inciso final del citado precepto y del apartado C de la Normativa para la Base de Información Centralizada de Ofertantes y Contratistas Inhabilitados e Incapaces para Ofertar y Contratar, emitida por el Ministerio de Hacienda por

medio del Instructivo UNAC n° 01/2012 de fecha 10-II-2012 –disponible en el sitio web del citado ministerio– se colige que las instituciones públicas están obligadas a informar a la UNAC sobre los contratistas a quienes se les ha caducado el contrato por causas imputables a su persona, a más tardar el día hábil siguiente al de la notificación de la resolución efectuada al contratista. Y es que, de acuerdo con la citada normativa, la Administración Pública, al momento de recibir ofertas, adjudicar y formalizar contratos u órdenes de compra, deberá consultar los registros de inhabilitados e incapacitados en el sistema COMPRASAL, a fin de determinar quiénes pueden ofertar y contratar con ella".

AUSENCIA DE VIOLACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD ECONÓMICA Y DE PROPIEDAD, AL SER LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA SOLO UNA RESTRICCIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO Y NO CON EL SECTOR PRIVADO EN EL MERCADO NACIONAL

"*B.* Ciertamente, el precepto impugnado contempla una restricción al ejercicio de la libertad económica que reviste la modalidad de una sanción administrativa, en virtud de la cual el sujeto no puede realizar actividades económicas con otras instituciones del sector público durante un período de cinco años. Sin embargo, tal como se colige de la aludida disposición legal, dicha sanción no es de carácter absoluto ni opera por tiempo indefinido.

En efecto, la sanción impugnada no inhibe a la persona para continuar realizando actividades económicas en el mercado nacional, pues perfectamente puede entablar negocios jurídicos en el sector privado, obteniendo iguales o mejores condiciones y beneficios, pues, tal como se apuntó *supra,* la restricción únicamente opera frente a instituciones del sector público.

Por otra parte, la penalidad es aplicable solo por un período de cinco años, lapso durante el cual el particular puede hacer los ajustes en aquellas áreas –de índole técnica, operativa, financiera, etc.– que le impidieron cumplir en su momento con lo pactado, a fin de que a futuro –cuando cesen los efectos de dicha sanción– pueda responder de manera efectiva y eficiente en los negocios que entable con alguna otra institución del sector.

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que las consecuencias jurídicas de la comisión de una infracción tienen por objeto conminar a la persona a ajustar su comportamiento a la ley. En el caso particular, del citado precepto se deriva que la restricción a continuar ofertando y contratando con la Administración Pública por cinco años puede resultar beneficiosa si en un futuro el sujeto desea prestar sus servicios a una institución pública, pues ajustará la realización de esas actividades económicas a lo estipulado en el contrato y la ley de la materia.

C. En perspectiva con lo antes expuesto, la incapacidad para entablar contrataciones con el sector público por cinco años –a la que alude el art. 25 letra c) de la LACAP– constituye una consecuencia jurídica accesoria para el contratista cuando a este se le haya caducado el contrato por causas imputables a su persona, la cual, en los términos antes expuestos, no vulnera per se la libertad económica y el derecho a la propiedad; razón por la cual deberá desestimarse la pretensión de la sociedad actora en este proceso. Y es que la restricción a ofertar y contratar con el sector público impugnada fue consecuencia de la extinción

del contrato que la sociedad actora suscribió con el Hospital Nacional "Nuestra Señora de Fátima", por haberse comprobado en el procedimiento tramitado ante el titular del aludido nosocomio que no cumplió con las cláusulas del contrato; de ahí que se trata de una consecuencia jurídica accesoria que se encuentra justificada en el deber del Estado de proteger los fondos públicos y el interés general, así como de garantizar que los contratistas ajusten la realización de las actividades que les han sido confiadas a los acuerdos pactados y a la ley de la materia". *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 418-2012, fecha de la resolución: 12/08/2015.*

CARGAS PROCESALES

REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE AL ACTOR, NO PUEDE APLICARSE EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

"*2. A. a.* Se ha establecido que el señor [...], al momento de su remoción, laboraba como profesional técnico de la ANDA y ejercía las funciones de profesional especializado, de lo cual se colige que la relación laboral en cuestión era de *carácter público* y que, consecuentemente, el pretensor tenía a la fecha de su separación del puesto de trabajo la calidad de *servidor público.*

Asimismo, se infiere que el peticionario pertenecía al régimen laboral de la ANDA; en ese sentido, debe resaltarse la naturaleza permanente de las labores que realizaba y que, además, se encontraba bajo el régimen de Ley de Salarios.

b. i. En relación con el acto concreto de la remoción, el Presidente de la ANDA argumentó que en el presente caso existió una "falta de confianza" en las labores desempeñadas por el actor, de manera que la pretensión incoada representaba nada más una inconformidad. Asimismo, señaló que el peticionario no había comprobado el despido, pues se había limitado a señalar que este se ejecutó de manera verbal.

ii. Sobre el particular, la regla de que la carga de la prueba le corresponde al actor no puede aplicarse en los procesos constitucionales prescindiendo de la naturaleza del acto u omisión impugnada y de las circunstancias particulares que rodearon cada caso concreto. Y es que, tal como se sostuvo en la Resolución de fecha 27-VIII-2008, emitida en el Amp. 934-2007, las reglas de la carga probatoria sirven al juzgador para que, ante una afirmación de hecho no comprobada, pueda decidir *cuál de las partes del proceso ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba.*

Así, dada la naturaleza de la relación laboral –en la cual existe un vínculo de supra a subordinación entre el empleador y el trabajador–, es el patrono el que se encuentra en una mejor posición para acreditar las decisiones de carácter administrativo y disciplinario con respecto a los empleados de la institución que gobierna y quiénes son los funcionarios específicos que las han tomado, ello a través de la creación y actualización de su expediente personal.

iii. Al respecto, debe resaltarse que el actor expresó en su demanda que el despido del cual fue objeto le fue comunicado de manera verbal por el Jefe de Recursos Humanos de la Región Occidental de la ANDA, quien le expresó que

dicha decisión era por órdenes superiores. De ello se infiere que el demandante nunca recibió por escrito la notificación de su despido, de manera que le resulta imposible demostrar, vía documental, la existencia de esa orden.

En ese sentido, aunque el Presidente de la ANDA intentó justificar que no cesó de hecho al pretensor en el cargo que desempeñaba, se infiere que efectivamente hubo un despido –lo cual sí reconoció en su intervención del 5-V-2014– y que la causa de este fue la "pérdida de confianza" en el demandante. Consecuentemente, dado que la autoridad no ha presentado elementos para demostrar lo contrario, en el presente proceso es procedente aplicar una presunción a favor del demandante y tener como hechos establecidos la remoción del cargo que este desempeñaba en la ANDA y que la misma fue ordenada por el Presidente de dicha institución".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 34-2013, fecha de la resolución: 09/10/2015.

CARRERA DOCENTE

OBLIGACIÓN GARANTIZAR LA DEFENSA NO JURISDICCIONAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

"*C.* Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos: *(i)* que la señora [...] fue seleccionada por el TCCD para ocupar la plaza vacante de docente en la Escuela Parvularia [...] de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán; *(ii)* que la señora [...] interpuso una denuncia contra el TCCD el 6-I-2014 –un día después de la publicación de los resultados del proceso de selección– en virtud de que consideró que cumplía los requisitos necesarios para ocupar la plaza otorgada a la peticionaria; *(iii)* que la JCD admitió la anterior denuncia el 7-I-2014, inició el trámite establecido en la LCD y ordenó la recepción de pruebas únicamente con la intervención de la denunciante y el TCCD; *(iv)* que la JCD, por medio de la resolución del 4-II-2014, declaró nulo e improcedente el nombramiento de la peticionaria para la plaza de docente del referido centro escolar sin haberle brindado la oportunidad de ejercer la defensa de sus intereses; *(v)* que la peticionaria, al momento de pronunciarse la referida decisión, tenía la plaza de docente en el aludido centro escolar; y *(vi)* que la demandante no fue notificada de la anterior decisión, motivo por el cual no pudo hacer uso de los medios impugnativos previstos en la LCD.

2. A. En la Sentencia del 12-XI-2010, Inc. 40-2009, se expuso que la configuración del procedimiento administrativo, como instrumento por medio del cual las personas puedan ejercer la *defensa no jurisdiccional* de sus derechos, debe asegurar la aplicación de los principios y derechos observados en el ámbito de los procesos judiciales, que les garanticen, en sus respectivas posiciones, condiciones de igualdad y la posibilidad real de exponer sus argumentos, de defenderse y de utilizar las pruebas pertinentes ante la autoridad competente.

Desde esa perspectiva, en el procedimiento administrativo debe existir la posibilidad de que se hagan valer distintos intereses antes de adoptar una de-

cisión definitiva. En efecto, el carácter contradictorio del citado procedimiento implica garantizar la intervención de las partes principales y, también, de los que, sin haberlo iniciado, tengan derechos que puedan resultar afectados con la decisión que la Administración adopte. En ese sentido, las personas que tengan un interés legítimo, personal y directo que pueda resultar afectado con las resoluciones que la autoridad administrativa pronuncie –colocándolos en condición de conseguir un determinado beneficio o perjuicio– deben tener la oportunidad de comparecer en las diferentes etapas del procedimiento, en su defensa, formulando alegaciones, aportando pruebas y haciendo uso de los mecanismos impugnativos existentes.

Por ese motivo, es admisible que en el procedimiento administrativo, al igual que en los procesos jurisdiccionales, intervengan *terceros* que pueden resultar beneficiados o perjudicados con la decisión que se emitirá. Así, pueden comparecer al procedimiento en forma espontánea o provocada personas distintas a las partes originarias, a fin de hacer valer derechos o intereses propios, pero vinculados con la causa o el objeto de la causa que se promueve en sede administrativa. De ahí que, por mandato del art. 11 de la Cn., las autoridades competentes deben adoptar las medidas necesarias para lograr el pleno ejercicio de los derechos de las personas que están legitimadas para intervenir en el citado procedimiento.

B. a. Por D.L. n° 665, del 7-III-1996, publicado en el D.O. n° 58, Tomo n° 330, del 22-III-1996, se aprobó la LCD, la cual en su art. 1 establece que su objeto es regular las relaciones del Estado y de la comunidad educativa con los educadores al servicio del primero, de las instituciones autónomas, de las municipalidades y de las privadas, así como valorar sistemáticamente el escalafón, tanto en su formación académica como en su antigüedad. Asimismo, el art. 2 de la LCD establece que su finalidad es garantizar que la docencia sea ejercida por educadores inscritos en el Registro Escalafonario del Ministerio de Educación, asegurándoles su estabilidad laboral, como medio para lograr una educación de calidad.

Por su parte, el art. 4 inc. 2° de la LCD prescribe que el personal docente lo conforman los directores, subdirectores y profesores de los centros educativos, cuyas funciones los colocan en relación directa con los alumnos. De igual manera, en su art. 18 dispone que los educadores inscritos en el Registro Escalafonario podrán optar y desempeñar cargos docentes, de conformidad con los siguientes procedimientos: “2) [...] si quienes aspiran a ocupar la plaza fueren más de uno, el Consejo Directivo Escolar deberá remitir, dentro de los tres días hábiles siguientes, al Tribunal Calificador, la nómina de aspirantes, la documentación respectiva y la solicitud de que se realice el proceso de selección previsto en esta ley [...]. En todo proceso de selección, el Tribunal Calificador, deberá tomar en consideración en primer lugar el derecho a traslado, la antigüedad en la graduación, el reingreso, la especialidad, el lugar de residencia y las pruebas de selección cuando hubiere igualdad de condiciones [...]”.

En relación con las autoridades competentes para administrar la carrera docente, el art. 41 de la LCD señala que le corresponde a: *(i)* la Unidad de Recursos Humanos del Ministerio de Educación; *(ii)* la Dirección del Centro Educativo;

(iii) el Consejo Directivo Escolar; *(iv)* el Tribunal Calificador; *(v)* las Juntas de la Carrera Docente, y *(vi)* el Tribunal de la Carrera Docente. Así, de acuerdo con el art. 50 de la LCD entre las competencias del Consejo Directivo Escolar están: *(i)* iniciar ante la Junta de la Carrera Docente correspondiente los procedimientos necesarios para la aplicación de sanciones y cumplir con los requerimientos que aquélla le haga; y *(ii)* asignar las plazas de acuerdo con los fallos del TCCD que le fueren presentados.

Por su parte, los arts. 51 y 52 de la LCD prescriben que corresponden al TCCD, entre otras atribuciones: *(i)* elaborar y administrar las pruebas correspondientes en todo proceso de selección; *(ii)* calificar el expediente estudiantil y profesional y suministrar las pruebas de selección de quienes aspiren a ocupar una plaza docente vacante, cuando se presente más de un aspirante; y *(iii)* calificar el expediente profesional y suministrar pruebas de selección en el caso de traslado, cuando se presente más de un aspirante a ocupar una plaza vacante.

En otro orden, el art. 66 de la LCD señala entre las atribuciones de la JCD las siguientes: *(i)* conocer de los recursos que se interpusieren contra las resoluciones emitidas por el TCCD; *(ii)* conocer de los casos de inhabilitación y rehabilitación de los educadores para el ejercicio de la carrera docente contemplados en esa ley; y *(iii)* los demás casos que la LCD determine.

Al respecto, el art. 96 del citado cuerpo normativo establece que cualquiera de las personas nominadas en su art. 79 que estuvieran en desacuerdo con la decisión emitida por el TCCD en un proceso de selección –entre los que se encuentran los educadores– podrá acudir a la JCD para denunciarlo dentro de los tres días hábiles siguientes, exponiendo las causas de su inconformidad y ofreciendo las pruebas que estime pertinentes. Una vez admitida la denuncia, dentro de los tres días siguientes se solicitará informe sobre el caso al TCCD, quien tendrá igual término para proporcionarlo. Una vez transcurrido ese plazo, con el informe o sin él, dentro de los tres días siguientes debe señalarse fecha para la verificación de una audiencia en la que se reciba la prueba ofrecida por el denunciante, debiendo resolver sobre la procedencia o no de la decisión inmediatamente finalizada dicha audiencia. De esta resolución, conforme al art. 85, proceden los recursos de revocatoria y de apelación, este último ante el Tribunal de la Carrera Docente.

En cuanto a los intervinientes en el citado procedimiento, el art. 96 de la LCD alude únicamente a la participación del denunciante y del TCCD. Además, el art. 91 de dicha ley establece que el procedimiento sancionatorio común que prevén los arts. 77 y siguientes es reservado con respecto a terceros, por lo que no se podrá proporcionar información a personas particulares, teniendo acceso a él únicamente el denunciante y el denunciado o sus respectivos mandatarios, si los hubieren. Finalmente, el art. 88 señala que las notificaciones y citaciones se harán al interesado mediante esquela que contendrá lo resuelto y deberá ser entregada personalmente a aquél y, de no ser posible, se le dejará con persona mayor de edad en el lugar de trabajo o en su residencia.

b. Del contenido de las disposiciones relacionadas se concluye que: *(i)* es competencia del TCCD suministrar y calificar las pruebas de suficiencia de los docentes, con el objeto de seleccionar a la persona que ocupará una plaza va-

cante de educador en un centro escolar específico, en caso de que exista más de un aspirante; y *(ii)* corresponde a la JCD conocer de las decisiones emitidas por el TCCD en un proceso de selección, instruir el procedimiento correspondiente y comunicar la sustanciación de cada una de sus etapas a los interesados".

VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL POR RESTRINGIR INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO

"*C. a.* Del contenido de las pruebas aportadas al proceso, se advierte que la JCD instruyó el procedimiento para establecer la procedencia o no de la decisión del TCCD de nombrar a la señora C. R. para la plaza de docente de la Escuela Parvularia [...] sin brindarle la oportunidad de intervenir en cada una de sus etapas y de aportar pruebas. En su defensa, la autoridad demandada señaló que los arts. 91 y 96 de la LCD únicamente exigían la intervención de la denunciante y del TCCD.

Al respecto, si bien las citadas disposiciones establecen que el procedimiento es reservado con respecto a terceros y que tienen acceso a él únicamente el denunciante y el TCCD, no prohíben la participación de los que tengan un interés legítimo en las resultas del caso, pues el art. 91 de la LCD solamente impide que se proporcione información a las personas particulares, es decir, aquellas que carecen de legitimación para intervenir en el procedimiento en cuestión. Además, debe tomarse en cuenta que el art. 88 de la LCD dispone que las notificaciones correspondientes deben hacerse al *interesado,* por lo que, al interpretar en su conjunto las aludidas disposiciones y a la luz del art. 11 de la Cn., se colige que *debe garantizarse la intervención de los terceros que tengan interés legítimo en los procedimientos administrativos previstos en la LCD.*

b. En ese sentido, dado que la peticionaria había sido designada para la plaza de docente y se encontraba ejerciendo dicho cargo al momento en que la JCD emitió la resolución del 4-II-2014, se infiere que tenía un interés legítimo en las resultas del caso que se inició con la denuncia de la señora [...], ya que en él se ventiló la legalidad de su elección para la referida plaza, por lo que la autoridad demandada, previo a adoptar una decisión definitiva, debió garantizar el ejercicio de sus derechos durante el mencionado procedimiento.

Asimismo, se advierte que la resolución del 4-II-2014 tuvo como consecuencia inmediata dejar sin efecto el nombramiento de la peticionaria como profesora del aludido centro escolar, por lo que la omisión de la autoridad demandada de garantizar su intervención en el citado procedimiento administrativo y de hacer de su conocimiento dicha providencia, le impidió hacer uso de los mecanismos impugnativos previstos en el art. 85 de la LCD.

c. Por los anteriores motivos, se concluye que *la JCD vulneró los derechos de audiencia, defensa, a recurrir y a la estabilidad laboral de la señora [...] al restringirle las posibilidades de hacer valer sus intereses en el referido procedimiento, pues no pudo participar en el mismo, en su defensa, formulando alegaciones, aportando pruebas y haciendo uso de los mecanismos impugnativos existentes, pese a que se encontraba en condiciones de resultar beneficiada o perjudicada*

con el acto reclamado. En consecuencia, resulta procedente ampararla en su pretensión".

EFECTO RESTITUTORIO: INVALIDAR RESOLUCIÓN EMITIDA POR JUNTA DE LA CARRERA DOCENTE

"VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de las actuaciones de las autoridades demandadas, corresponde establecer el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de 15-II-2013, Amp. 512011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, se comprobó la vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de la resolución pronunciada por la JCD el 4-II-2014. Asimismo, por auto del 2-VII-2014 se suspendieron los efectos de dicha decisión, de lo cual se colige que actualmente no surte efectos positivos.

En consecuencia, el efecto restitutorio de la presente sentencia se concretará en lo siguiente: *(i) invalidar la resolución del 4-II-2014, mediante la cual la JCD declaró nulo e improcedente el nombramiento de la peticionaria para la plaza de docente del referido centro escolar; y (ii) retrotraer el procedimiento administrativo al momento en que la JCD admitió la denuncia presentada por la señora [...], a efecto de que la autoridad demandada comunique a la señora [...] la existencia de dicho procedimiento y le permita ejercer la defensa de sus intereses en cada una de sus etapas y hacer uso de los mecanismos impugnativos existentes, en caso de ser necesario.*

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora *tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente contra las personas que cometieron la aludida vulneración.*

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a las personas que fungían como funcionarios, independientemente de que se encuentren o no en el ejercicio del cargo, deberá comprobársele en sede ordinaria que han incurrido en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada por su actuación dio

lugar a la existencia de tales daños –sean morales o materiales–; y *(ii)*que dicha circunstancia se produjo bajo un determinado grado de responsabilidad –sea esta dolo o culpa–. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso en particular".

Sala de lo Constitucional, Número de referencia: 277-2014, Fecha de la resolución: 23/12/2015.

CARRERA MILITAR

DISPOSICIONES RELATIVAS A LA CARRERA ADMINISTRATIVA NO SON APLICABLES EN LA FUERZA ARMADA, YA QUE SU ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO ES REGULADA POR LEYES ESPECIALES

"*b.* Los alcances de tales presupuestos son identificables en gran medida en el caso de las relaciones laborales que surgen entre la mayoría de instituciones del Estado y los individuos que trabajan para ellas. Sin embargo, en el caso de la Fuerza Armada, las disposiciones relativas a la carrera administrativa "ordinaria" no son aplicables debido a la expresa exclusión contenida en el art. 4 letra. j) de la Ley de Servicio Civil. Esta distinción entre régimen ordinario y régimen militar de servicio público tiene su fundamento en el art. 213 de la Cn., el cual menciona que la Fuerza Armada, si bien se considera parte del Órgano Ejecutivo, tiene una estructura, doctrina, composición y funcionamiento diferentes al del resto de la Administración Pública y se encuentra regida por leyes especiales.

En consonancia con lo anterior, la misma Constitución instaura en su art. 214 la carrera militar, la cual es descrita como profesional y cuyos grados están reglamentados por escala rigurosa y conforme a la ley. Además, el inc. 2° de esta disposición menciona que la privación de los grados, honores y prestaciones de que gocen los militares procederá únicamente en los casos legalmente previstos. Así, este artículo remite expresamente a la Ley de la Carrera Militar (LCM), que se erige como el instrumento que regula la organización y funcionamiento de las distintas jerarquías militares".

NO TODO EL PERSONAL ADSCRITO A LA FUERZA ARMADA DEBERÁ ENTENDERSE INCLUIDO DENTRO DE LA CARRERA MILITAR

"*B.* No obstante lo antes expresado, *no todo el personal* adscrito a la Fuerza Armada deberá entenderse incluido dentro de la carrera militar. Al respecto, el art. 5 de la LCM plasma que [l]a Carrera Militar en El Salvador conforme a la Constitución de la República, es profesional y *se inicia cuando se le confiere el grado de Subteniente o su equivalente al ciudadano salvadoreño que ingresa como Cadete a la Escuela Militar "Capitán General Gerardo Barrios", a la Escuela de Aviación Militar "Capitán P. A. Guillermo Reynaldo Cortez" u otras escuelas de formación de la Fuerza Armada que se creasen en el futuro".* En su párrafo 2°, el citado artículo establece que "[p]ara el personal que cumple el servicio

militar que establece la Constitución de la República, *la Carrera Militar se inicia cuando el elemento de tropa obtiene el grado de Sargento dentro de la jerarquía de Suboficiales* y es inscrito en el Escalafón respectivo conforme al Reglamento de la presente Ley".

Del contenido de dicha disposición se colige, por una parte, que existen dos formas de ingreso a la milicia, esto es, a través de cualquiera de las academias constituidas para tal fin o en virtud de la prestación del servicio militar contemplado en el art. 215 de la Cn.; y, por otra parte, que *el hecho de ingresar a la Fuerza Armada no implica el derecho a ingresar simultáneamente a la carrera militar,* sino que la titularidad de este derecho se atribuye a quien ha obtenido un grado militar específico, el cual dependerá del mecanismo que se ha utilizado para ingresar a la institución –ya sea como cadete en la respectiva academia o en el contexto de la prestación del servicio militar–.

C. a. En efecto, una de las formas de ingreso a la Fuerza Armada se produce en virtud de la prestación del servicio militar establecido en el art. 215 de la Cn. Tal disposición contempla la obligatoriedad de dicho servicio para los ciudadanos salvadoreños entre los 18 y 30 años de edad, a la vez que prevé la creación de una ley especial para organizarlo. Esta última es la Ley del Servicio Militar y Reserva de la Fuerza Armada (LSMR) y su objeto es regular tanto las condiciones de prestación del referido servicio como el mantenimiento de la reserva de la Fuerza Armada para el cumplimiento de su misión constitucional".

SERVICIO MILITAR

"b. El servicio militar consiste en la incorporación de un individuo en las filas de las fuerzas armadas, con el propósito de que este realice tareas de índole militar. Con dicho servicio se pretende que el sujeto adquiera una formación militar básica y contribuya al mantenimiento de la seguridad nacional, ya sea en caso de conflicto internacional o en época de paz. Al respecto, el art. 19 del Reglamento de la LSMR define el citado servicio como "un derecho y un deber cívico para todos los salvadoreños […] mediante el cual la Fuerza Armada prepara los efectivos necesarios para la defensa nacional y permite disponer de la Reserva en caso de movilización". Por otra parte, el servicio militar también constituye una vía de entrada a la carrera militar, en el caso de aquellas personas que adquieren una genuina vocación por la disciplina de las armas durante su prestación.

b. En la LSMR se establecen dos tipos de servicio militar: uno de carácter *obligatorio,* descrito en el art. 5, cuya duración oscilará entre 18 y 24 meses; y otro de tipo *voluntario,* regulado en el art. 6, el cual, *a priori,* no se encuentra sujeto a limitaciones temporales. En todo caso, de la lectura de tales disposiciones se colige que *la implementación de ambos tipos de servicio militar se encuentra supeditada estrictamente a "las necesidades del servicio".*

Esta última noción imprime un matiz relevante a la relación entre el ciudadano que presta servicio militar y la Fuerza Armada, pues de aquella se colige que tal vínculo es de carácter *temporal y eventual,* en la medida que la institución armada tiene como límite para la incorporación de nuevos miembros a sus filas,

así como para la continuidad o el reingreso de personas que ya han estado en servicio activo, *la real necesidad de elementos de tropa para cumplir la misión constitucional de defensa de la soberanía en un momento histórico determinado.*

Dicha necesidad no es de ningún modo constante, pues la defensa nacional requiere de mayor número de efectivos en aquellas situaciones de conflicto armado –ya sea interno o internacional– y, por contrapartida, el volumen de la tropa tiende a disminuir en época de paz. Por ello, mantener el mismo número de efectivos de tropa representaría para la Fuerza Armada, y para el Estado en general, una considerable erogación de fondos que no estaría debidamente justificada".

ALCANCE DEL ACUERDO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR

"*D.* Como consecuencia de lo antes expresado, la Fuerza Armada –a través de la Dirección General de Reclutamiento y Reserva– se encuentra legalmente facultada para regular el número de individuos a quienes se les permite prestar el servicio militar tanto obligatorio como voluntario, así como el tiempo y las condiciones bajo las cuales se dará dicha prestación. En este sentido, el mecanismo a través del cual se formaliza la prestación del servicio militar voluntario es la suscripción de un "acuerdo" por parte del interesado, en el cual este plasma su deseo de ingresar al servicio activo dentro de la institución y se especifican, entre otros asuntos, el monto de la remuneración que percibirá por dicha prestación y el plazo dentro del cual esta se materializará.

Sin embargo, *la suscripción del citado "acuerdo" no genera la obligación para la Fuerza Armada de mantener al individuo dentro de sus filas más allá del tiempo especificado en dicho documento,* al término del cual procede, en todo caso, la reincorporación del sujeto a la disciplina armada si su servicio continúa siendo necesario o, en último término, la baja de este sin responsabilidad para la institución si su servicio militar es prescindible. Lo anterior en virtud de que, como ya se ha explicado, la necesidad del servicio militar presenta la característica de variabilidad en el tiempo, por lo que el establecimiento y la prolongación del vínculo entre el ciudadano que presta su servicio militar y la Fuerza Armada depende completamente de las necesidades que concretamente tenga esta última".

INEXISTENCIA DE VÍNCULO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y LA FUERZA ARMADA

"*3. A.* En el presente caso, se ha comprobado que el señor […] inició voluntariamente su servicio militar en fecha 9-X-2010 y que fue dado de baja por "cumplimiento del tiempo de compromiso" en fecha 30-IX-2013. Asimismo, se ha establecido que el referido señor suscribió "acuerdos voluntarios" dentro del período en que estuvo de alta en la Fuerza Armada, de los cuales la autoridad demandada remitió certificación del acuerdo correspondiente al período comprendido entre el 1-VI-2013 y el 30-IX-2013. Además, se ha acreditado que el 2-X-2013 se ordenó dar de alta nuevamente al peticionario en el CIFA por un período de ocho meses, sin que se llegara a suscribir el acuerdo voluntario correspondiente, pues el 9-X-2013 se ordenó la baja de aquel.

A juicio del actor, esta última orden de baja vulneró sus derechos de audiencia, de defensa, a la carrera militar y a la estabilidad laboral, en virtud de haber sido emitida sin un procedimiento previo. Por su parte, la autoridad demandada expresó que no se formalizó el respectivo acuerdo voluntario porque el señor […] nunca ejerció el cargo para el cual había sido dado de alta.

B. De la documentación agregada al proceso, se advierte que, durante el tiempo de servicio que el demandante prestó a la Fuerza Armada, este optó por mantenerse como empleado que prestaba un servicio voluntario y que la autoridad demandada estimó pertinente no prorrogar el tiempo de servicio más allá del 30-IX-2013, ordenando por consiguiente la baja del peticionario. Ahora bien, aun y cuando se autorizó nuevamente el alta del demandante en el CIFA a partir del 1-X-2013, la prestación de sus servicios no se formalizó a través de un acuerdo o contrato en el que se especificaran el tipo de relación laboral, las condiciones del servicio y el plazo dentro del cual se materializaría dicha relación, situación que impide afirmar la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y la Fuerza Armada del cual pueda colegirse que aquel era titular del derecho a la estabilidad laboral.

Aunado a ello, dado que el referido señor no optó por incorporarse a la carrera militar durante los 3 años de servicio activo que prestó a la Fuerza Armada –con lo cual habría ingresado a un régimen legal distinto a la LSMR– y que la autoridad demandada ha justificado razonablemente la necesidad de contar con recurso humano óptimo para cumplir su misión constitucional, no puede tenerse por configurada la vulneración constitucional alegada por el impetrante".

FUERZA ARMADA NO TENÍA LA OBLIGACIÓN DE TRAMITAR UN PROCESO O PROCEDIMIENTO PREVIO A EMITIR ORDEN DE BAJA

" C. En consecuencia, en virtud de que la relación laboral entre el señor […] y la Fuerza Armada había finalizado y, además, no se formalizó un nuevo acuerdo voluntario para que este continuara prestando sus servicios a esa institución, se concluye que la autoridad demandada no tenía la obligación de tramitar un proceso o procedimiento previo a emitir la orden de baja, contra la cual el referido señor ha reclamado en este amparo; por lo que no existió vulneración de los derechos de audiencia, de defensa, a la carrera militar y a la estabilidad laboral del actor y, por lo tanto, es procedente desestimar la pretensión planteada por éste". *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 820-2013, fecha de la resolución: 23/11/2015.*

COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES

"En otro orden de ideas, esta Sala ha tenido la ocasión de analizar el tema de las Comisiones Parlamentarias de Investigación por medio de la teoría de división de poderes, en la cual la separación de funciones se matiza con la colaboración entre órganos y con controles interorgánicos (resolución de fecha 1-XII-

1998, Inc. 16-98; 1l-XI-2003, Inc. 17-2001; 10-VI-2005, Inc. 60-2003; 25-V-2011, Inc. 85-2010 y; 4-XII-2013, Inc. 41-2012).

Es así que la Constitución salvadoreña, a través del art. 86, establece la existencia de varios Órganos fundamentales, como garantía genérica de la libertad, y cada uno de ellos debe llevar a cabo una de las funciones básicas del Estado de manera independiente de los demás. Con ello, establece limitantes al ejercicio del poder. Es en esta dinámica de interacción en el proceso político que se desarrolla la teoría de los controles, que establece tanto los controles *intraorgánicos* (dentro del mismo órgano) como los *interorgánicos.* (entre órganos).

A su vez, los controles *interorgánicos* pueden ser de: (i) *colaboración,* cuando los órganos están acoplados constitucionalmente, de tal modo que solo actuando en conjunto pueden llevar a cabo determinadas tareas; o (ii) *intervención,* cuando se autoriza a un órgano a intervenir en la actividad de otro.

Pues bien, dentro de este esquema el Órgano Legislativo no es la excepción. En efecto, éste dispone de diversos controles, tanto en la modalidad de colaboración como en la de intervención.

En ese contexto, las Comisiones Parlamentarias de Investigación se pueden entender como instrumentos temporales de control de las que pueden valerse, principalmente, las representaciones parlamentarias en orden a ejercer efectivamente el control de los otros órganos y entes públicos. Por ello, se afirma que las comisiones referidas son instrumentos que pueden cumplir una tarea importante para el correcto funcionamiento del sistema democrático.

B. Las principales *características* de dichas comisiones, son las siguientes:

a. Forman parte del Órgano Legislativo, circunstancia a partir de la cual se configura todo su ámbito de competencias y el sentido de las tareas que asumen.
b. Son entes que *carecen de funciones jurisdiccionales.* En ese sentido, aunque el objeto de una investigación parlamentaria y una judicial muchas veces pueden coincidir, las mismas se desarrollan independientemente, y lo más importante: los dictámenes de las comisiones no son vinculantes para los tribunales de justicia. Y, por otro lado, si bien es cierto que, para cumplir sus funciones, las comisiones se valen de medios equiparables a los de los tribunales (exigir la comparecencia de personas, solicitar informes, etc., art. 132 inc. 1° Cn.), los fines son distintos: en el caso de estos se busca responsabilidad jurídica, mientras que las comisiones buscan recoger información para propiciar acuerdos o recomendaciones del Órgano Legislativo.
c. El control es de carácter parlamentario, no administrativo. De esta manera, se garantiza que el Órgano Legislativo no interfiera en las esferas de la Administración Pública (central o local) o de la jurisdicción.
d. Son un instrumento ocasional de investigación, debiendo utilizarse únicamente para cuestiones de singular importancia. Esto significa que no es admisible que se creen comisiones de investigación de carácter permanente, pues ello sí –está claro– constituiría una intromisión en las labores de otros órganos o entes estatales.
e. La investigación debe recaer sobre hechos ciertos, no en desarrollo o futuros. Ello permitirá que la actividad de las comisiones parlamentarias no sea

un freno para las iniciativas y la dirección política encomendadas constitucionalmente al Órgano Ejecutivo.

C. En relación con los *límites* a las Comisiones Parlamentarias de Investigación, pueden enunciarse los siguientes:

a. La autonomía orgánico-funcional de los demás órganos constitucionales del Estado. El objeto de la investigación no debe invadir indebidamente la competencia funcional que constitucionalmente le corresponde a los otros Órganos.

b. Su objeto debe ser de *interés nacional,* tal como lo prescribe la Constitución; es decir, que debe responder al *interés público de la colectividad.*

c. Los derechos fundamentales y el orden constitucional en general".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 673-2014, fecha de la resolución: 29/07/2015.

COSA JUZGADA

EFECTO MÁS IMPORTANTE DEL PROCESO JURISDICCIONAL

"*b.* Así, este Tribunal sostuvo en la Resolución de 20-X-2010, Inc. 54-2010, que el efecto más importante del proceso jurisdiccional es la cosa juzgada e, incluso, la existencia de la misma es elemento determinante de la función jurisdiccional (art. 172 Cn). Por medio de ella, el ordenamiento jurídico pretende que se alcance una declaración judicial, en relación con la pretensión planteada, que no podrá ser atacada ni contradicha por medio de providencias de otros órganos judiciales. En ese sentido, la cosa juzgada adquiere su completo sentido cuando se la relaciona con un proceso posterior, ya que hasta entonces la vinculación de carácter público en qué consiste adquiere virtualidad. Tal vinculación se manifiesta en dos efectos, uno negativo y otro positivo.

El efecto negativo implica la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos. Esto trae como consecuencia que los órganos judiciales no podrán alterar, en modo alguno, lo decidido por una resolución judicial firme, salvo mediante los mecanismos especiales previstos por el ordenamiento jurídico a estos fines, los cuales se limitan a las actuaciones de revisión de sentencias firmes contempladas en las leyes procesales. Por otra parte, el efecto positivo o prejudicial obliga a los jueces y tribunales a ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior, cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto de la cual la resolución recaída se encuentre en estrecha conexión. *La cosa juzgada no opera aquí como excluyente de la resolución de fondo posterior, sino que la condiciona y por eso se habla también de función prejudicial, es decir, que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme vinculará al tribunal que conozca en un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto.*

La función positiva exige identidad subjetiva pero no de objeto, ya que los objetos de los procesos deben ser "parcialmente idénticos" o "conexos"; se trata de evitar que dos situaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entra en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir

sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, esta ha sido ya resuelta en un proceso anterior".

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

"Así, dado que el fallo declarativo de la sentencia antes aludida tenía un efecto prejudicial en el juicio ejecutivo mercantil ref. 338-EM-05 –en virtud de que el documento base de la pretensión era el mutuo hipotecario otorgado por los señores […]. a favor de CREDISA el 1-VII-1997–, la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro estaba obligada a "acatar" el contenido de la sentencia firme, no a valorarla como un documento auténtico, pues la sentencias se cumplen, no se valoran.

d. Además, se aprecia que en la sentencia sometida a control constitucional la autoridad demandada efectuó un análisis sobre la interrupción de la prescripción de la acción relativa al mutuo hipotecario otorgado por los señores […] a favor de CREDISA como si estuviese efectuando una revisión de los hechos enjuiciados por el Juez Quinto de lo Mercantil de San Salvador en el proceso sumario ref. 28-SM-08, lo cual le llevó a una valoración probatoria en esa línea, sin tomar en consideración que no estaba facultado para ello. En efecto, el hecho de la prescripción de la acción ejecutiva mercantil respecto de dicho documento estaba fuera de cuestionamiento por existir sentencia firme al respecto.

La cosa juzgada no solo se vulnera cuando un órgano jurisdiccional desconoce lo resuelto por otro cuando concurren identidad de sujeto, objeto y causa, sino también cuando no se tiene en cuenta lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que guardan una relación de estricta dependencia, que es lo acaecido en el presente caso, pues la firmeza de la sentencia emitida por el Juez Quinto de lo Mercantil de San Salvador en el proceso sumario ref. 28-SM-08 obligaba al juez o tribunal que conociera del proceso ulterior a aceptar y respetar su decisión en razón de ser conexa.

C. En razón de lo anteriormente expuesto, *se colige que la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro vulneró los derechos fundamentales a la propiedad y a la seguridad jurídica –en relación con el principio de cosa juzgada– de los señores […] […] al pronunciar la sentencia de fecha 1-VI-2010, en la cual se declaró nula la sentencia emitida por el Juez Tercero de lo Mercantil de esta ciudad en el juicio ejecutivo mercantil ref 338-EM-05, a pesar de que existía una resolución judicial que había adquirido firmeza en un proceso conexo.*

VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración de los derechos a la propiedad y a la seguridad jurídica –en relación con el principio de cosa juzgada– de los señores [..] y […]., el efecto restitutorio de esta sentencia de amparo se concretará en *invalidar la sentencia pronunciada por la aludida Cámara en el incidente de apelación del juicio ejecutivo mercantil ref 338-EM-05;* por lo que dicha autoridad deberá pronunciar la decisión que conforme a Derecho corresponda sobre dicho punto atendiendo los parámetros establecidos en esta sentencia.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración constitucional declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que ocupaban los cargos de magistrados de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro cuando ocurrió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 577-2012, fecha de la resolución: 01/07/2015.

EXCEPCIONES QUE AL CONOCER SENTENCIAS EJECUTORIADAS NO VIOLENTA ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

"*B.* Al respecto de tal alegato, es importante considerar el efecto restitutorio de la sentencia emitida por esta Sala en aquella ocasión. En el considerando V) de dicha resolución se estipuló que el efecto restitutorio se traducía en dos puntos: *i)* la invalidez de la resolución emitida por la Cámara de Primera Instancia de fecha 2-XII-1998, en la cual se anulaba todo lo actuado incluyendo la demanda presentada por la FGR, y *ii) la emisión de una nueva resolución* en la que se cumpliera con lo ordenado por la Cámara de Segunda Instancia, es decir, tener por invalidadas únicamente las actuaciones posteriores al acto defectuoso de emplazamiento para contestar la demanda, y continuar con la sustanciación del juicio de cuentas.

Lo ordenado por la Sala en aquel proceso de amparo es conforme con la finalidad de este, ya que una vez se determine la existencia de una vulneración a un derecho constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde a esta Sala establecer el efecto restitutorio de su sentencia de

conformidad al art. 35 inc. 1 de la Ley de Procedimientos Constitucionales –L.Pr. Cn.–. Es decir, debe de fijar la consecuencia material de la sentencia, la cual –de forma general– consiste en ordenar que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional.

C. Y es que –para enfatizar sobre este punto– la jurisprudencia desarrollada por esta Sala a lo largo de más de una década ha sostenido como regla general, que entrar a conocer de sentencias ejecutoriadas, violenta el principio constitucional de la cosa juzgada, contemplado en el artículo 17 de la Constitución de la República, no obstante, existen dos excepciones: *(i)* cuando en el transcurso del proceso que finalizó mediante la sentencia impugnada en el proceso de amparo, hubo invocación de un derecho constitucional, habiéndose negado el Tribunal a pronunciarse conforme al mismo; y *(ii)* cuando en el transcurso del proceso no era posible la invocación del derecho constitucional vulnerado, debido a que tal transgresión proviene directamente de una sentencia definitiva irrecurrible.

Esta habilitación tiene como principal fundamento el valor "justicia" ya que se trata de circunstancias en las que resultaría más gravoso, desde la perspectiva constitucional, interpretar al pie de la letra el principio de cosa juzgada -sabiendo que existe la posibilidad de una violación constitucional en un proceso- que sobrepasar ese principio a fin de examinar y corregir, en caso de ser necesario, tal violación. Asimismo, se estima que si en un proceso en el que ha habido violación a un derecho constitucional ya existe sentencia ejecutoriada, la cosa juzgada en estos casos es únicamente de tipo formal, posibilitándose así la revisión de esa sentencia, puesto que fue emitida en contravención a la Constitución de la República –Sentencia de fecha 23-VII-1998, Amp. 34-S-95–.

D. En tal sentido, aún cuando la mencionada resolución de la Cámara de Primera Instancia era definitiva al haber anulado el juicio a cuentas, ello no implicaba que esta Sala se encontraba inhibida de conocer y "retrotraer" dicho juicio hasta la etapa que no poseía vicios de carácter constitucional en aras de salvaguardar un derecho fundamental y como efecto restitutorio de su sentencia. De lo contrario, resultaría inoficioso el proceso de amparo para reivindicar los derechos que han sido vulnerados dentro de un proceso judicial o administrativo y se traduciría en un proceso con propósitos netamente pecuniarios que persigue percibir una indemnización a futuro y no restablecer los derechos constitucionales conculcados.

En razón de lo expuesto, aún cuando la resolución pronunciada por la Cámara de Primera Instancia de fecha 2-XII-1998 que anulaba lo actuado incluyendo la demanda, se encontraba notificada a las partes y, que esta Sala no haya ordenado la suspensión del acto reclamado, ello no significa que este Tribunal estuviera vedado para ordenar el efecto restitutorio de la sentencia estimatoria que pronunció. De no ser de esta manera, el proceso de amparo incoado en aquella oportunidad por el agente auxiliar del Fiscal General de la República, hubiera carecido de toda eficacia y sentido en cuanto al restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados.

Por tanto, el argumento expuesto por los apoderados de la parte demandante en cuanto a la supuesta vulneración a la prohibición de abrir causas feneci-

das, no resulta sostenible por lo que deberá ser declarado improcedente por las razones expuestas".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 795-2014, fecha de la resolución: 11/11/2015.

IMPOSIBLE PLANTEAR NUEVAMENTE UNA PRETENSIÓN DE AMPARO QUE YA FUE OBJETO DE DECISIÓN JUDICIAL

"IV**.** Trasladando las anteriores nociones al caso concreto, se observa que la actora impugna la decisión atribuida al Alcalde Municipal y al Concejo Municipal, ambos de Tepetitán, departamento de San Vicente, consistente en dar por finalizada su relación laboral sin que se tramitara un procedimiento previo.

Al respecto, se advierte que –tal como se apuntó *supra*– previamente la pretensora presentó otras demandas de amparo, las cuales fueron clasificadas con la referencia 868-2013 y 59-2015 en las que impugnó básicamente el mismo acto cuyo control constitucional actualmente solicita, aunque se indique una fecha posterior con relación al despido.

En efecto, la demanda de amparo 868-2013 fue declarada improcedente mediante la resolución de fecha 29-X-2014, debido a que se determinó que la interesada, en su calidad de Secretaria Municipal –que eran las labores que efectivamente llevaba a cabo–, ejercía sus funciones directamente en el entorno de la autoridad demandada, de lo cual se colegía que era una funcionaria pública que desempeñaba un cargo de confianza y, por lo tanto, se encontraba comprendida en una de las excepciones que la Constitución estableció para la titularidad del derecho a la estabilidad laboral, por lo que no era necesario seguirle un procedimiento previo a su remoción, tal como se ha establecido en las sentencias pronunciadas en los Amp. 396-2012 y 446-2012, el 25-VII-2014.

Igualmente, debe mencionarse que el proceso de amparo clasificado bajo la referencia 59-2015, también fue declarado improcedente debido a que este, en esencia, pretendía controvertir el mismo asunto planteado sobre el que este Tribunal ya había emitido un rechazo al inicio del proceso.

Actualmente, se observa que la señora [...] pretende impugnar el despido de hecho adoptado en su contra y solicita que este Tribunal determine que, en su caso particular, las autoridades demandadas debieron iniciar el proceso de autorización de despido correspondiente, es decir, tal como en la demanda anteriormente presentada.

Al respecto, de la lectura de la documentación presentada se advierte que la actora, pese a estar nombrada como auxiliar del Registro y Control Tributario, ejercía las funciones de Secretaria Municipal, de lo que se colige que no era titular del derecho a la estabilidad laboral. Además, si bien aduce que fue recontratada el 4-V-2012, tal designación estaba sujeta a la revisión de su expediente laboral según se relaciona en la copia de un acta agregada por la actora.

En ese orden de ideas, se observa que los reclamos que fueron sometidos a conocimiento constitucional en los Amps. 868-2013 y 59-2015 versan, en esencia, sobre el mismo asunto planteado en el presente proceso de amparo, pues

existe identidad entre los elementos que conforman ambas pretensiones –sujetos, objeto y causa–.

Y es que, aunque la parte actora manifiesta que no pretende controvertir el mismo asunto que ya ha sido planteado a este Tribunal y argumente que esta demanda pretende atacar el despido realizado cuatro días después de su supuesta recontratación, en esencia el reclamo se reduciría a la misma pretensión planteada anteriormente en los citados procesos de amparo. Lo anterior, debido a que, al haber fungido como Secretaria Municipal, era una funcionaria pública que desempeñaba un cargo de confianza y, por lo tanto, se encontraba comprendida en una de las excepciones que la Constitución estableció para la titularidad del derecho a la estabilidad laboral, por lo que no era necesario seguirle un procedimiento previo a su remoción.

En ese sentido, puede verificarse la semejanza relevante entre los sujetos activo y pasivo, así como la identidad de objeto –el control de constitucionalidad del mismo acto reclamado–; además, se observa una identidad de causa o fundamento, puesto que la actuación impugnada, la relación fáctica, los motivos por los cuales se alega la vulneración constitucional y los derechos invocados en los supuestos planteados son básicamente los mismos.

Por ende, se colige que la peticionaria pretende que este Tribunal revise nuevamente la pretensión referida a la supuesta conculcación de sus derechos constitucionales como consecuencia de su despido, pese a que ya se han emitido pronunciamientos sobre esta declarando su improcedencia anteriormente.

En consecuencia, se advierte que la pretensión de amparo planteada por la actora en relación a la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales, ya fue objeto de previas decisiones judiciales definitivas –en otros procesos de amparo–; razón por la cual, no debe ser atacada ni contradicha en posteriores decisiones de órganos judiciales, situación que se traduce en un vicio de la pretensión que impide el conocimiento del fondo de la petición así planteada y produce el rechazo liminar de la demanda mediante la figura de la improcedencia". *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 569-2015, fecha de la resolución: 06/11/2015.*

CURADOR AD LITEM

DEBEN AGOTARSE MEDIOS PARA GARANTIZAR DERECHO DE AUDIENCIA, PREVIO A SU NOMBRAMIENTO

"*B.* Para la utilización de la figura del curador especial o *ad litem* deben haberse agotado otros medios que permitan garantizar el derecho de audiencia al demandado. Esto significa que debe haberse intentado el emplazamiento para contestar la demanda por los mecanismos que la ley prevé al efecto; por ejemplo, ante la imposibilidad material del juez de efectuar una notificación personalmente, puede hacerse por medio de otra persona. Ahora bien, cuando se desconoce el paradero de la persona contra la que se reclama, el mismo legislador ha previsto la figura del curador especial o *ad litem,* quien representará los intereses

del demandado ausente. Dicha figura no contraviene la Constitución si se aplica conforme a Derecho; para el caso, tal como prescribía el citado art. 141 del Pr.C.

C. Ahora bien, a pesar de que el cuerpo legal al que se ha hecho referencia no contenía una disposición que expresamente obligara a los jueces a indagar la ubicación de la persona demandada cuando esta era de domicilio desconocido, este vacío no los eximía de aplicar directamente el art. 11 de la Cn., en virtud del cual, previo a autorizar las diligencias de ausencia y nombrar un curador especial, debían agotar otros mecanismos que sirvieran para establecer que efectivamente se desconocía el paradero de una persona y que, por ende, los actos de comunicación no podían ser efectuados de manera personal.

Así, la intervención del curador especial solo debe habilitarse de manera excepcional, a efecto de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de audiencia y defensa. Precisamente, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de realizar otras diligencias para verificar que efectivamente el demandado es de paradero desconocido, tales como solicitar informes a aquellas entidades que legalmente poseen la obligación de recopilar y almacenar datos relacionados con el domicilio de las personas *v.gr.,* el Registro Nacional de las Personas Naturales y el Tribunal Supremo Electoral".

VULNERACIÓN CONSTITUCIONAL AL EMPLAZAR MEDIANTE CURADOR ESPECIAL, SIN INTENTAR REALIZAR EL EMPLAZAMIENTO DE MANERA PERSONAL

*"3. A.*En el presente proceso de amparo no se comprobó que la Jueza de Primera Instancia de La Libertad, previo a ordenar la realización del emplazamiento y demás notificaciones a los señores [...] por medio de una curadora especial, haya efectuado alguna diligencia orientada a investigar la veracidad de lo afirmado por la actora y, en su caso, cuál era el domicilio de los demandados, a efecto de llevar a cabo su emplazamiento de manera personal.

B. Por consiguiente, *se colige que la Jueza de Primera Instancia de La Libertad vulneró los derechos de audiencia, defensa y a recurrir de los señores [...], en relación con su derecho a la propiedad, pues emitió una sentencia en que se les condenaba al pago de cierta cantidad de dinero sin haberles brindado la oportunidad real de conocer la existencia del proceso entablado en su contra y comparecer a defender sus intereses en ese juicio; por lo que resulta procedente declarar que ha lugar el amparo solicitado"*.

"VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación de la Jueza de Primera Instancia de La Libertad, corresponde establecer en este apartado el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan

vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración a los derechos de audiencia, defensa, a recurrir y a la propiedad de los demandantes como consecuencia de la sentencia emitida por la Jueza de Primera Instancia de La Libertad el 31-VIII-2010, mediante la cual se les condenó al pago de cierta cantidad de dinero a las sociedades [...], S.A. de C.V., y [...], S.A. de C.V., el efecto restitutorio de esta sentencia de amparo se concretará en dejar sin efecto la aludida resolución, así como todos los actos que se efectuaron con posterioridad a esa actuación.

En consecuencia, *deberá retrotraerse el proceso ejecutivo mercantil en cuestión al momento en que se admitió la demanda presentada, a efecto de que se emplace debidamente a los señores [...], para que tengan la oportunidad de ejercer la defensa de los derechos que la ley le confiere.*

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente contra la persona que cometió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 321-2011, fecha de la resolución: 16/02/2015.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL PONERSE A DISPOSICIÓN DEL TRABAJADOR EL EXPEDIENTE LABORAL

"*3.* Procede ahora verificar si la autoridad demandada, al no poner a disposición de la demandante su expediente laboral cuando esta lo solicitó, le vulneró el derecho a la autodeterminación informativa.

A. En el presente caso, se expuso en la demanda que la Jefa de Recursos Humanos del Hospital, por órdenes de la autoridad demandada, negó a la señora [...]. su expediente laboral para que esta pudiera revisarlo, pero luego, cuando lo solicitó por escrito la defensora pública laboral, le fue entregado a esta. De tal forma que, al interponer la demanda de amparo, ya había recibido dicho expediente.

Al respecto, la parte demandada manifestó que el motivo por el cual el expediente no fue entregado a la señora [...]. fue que los expedientes de todos los

empleados serían puestos a disposición de los auditores de la Corte de Cuentas de la República el 7-I-2013, situación que no fue refutada por la parte actora.

B. En vista de lo anterior, esta Sala concluye que la autoridad demandada justificó la omisión que se le atribuyó y además puso a disposición de la representante de la señora [...] su expediente laboral en un tiempo razonable, en consecuencia, no le vulneró su derecho a la autodeterminación informativa, por lo que es procedente desestimar la pretensión también por este derecho".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 73-2013, fecha de la resolución: 11/02/2015.

TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS

"*4. A.* En la Sentencia del 4-III-2011, Amp. 934-2007, se sostuvo que el *derecho a la autodeterminación informativa (art. 2 inc. 1°)* tiene por objeto preservar la información de las personas que se encuentra en registros públicos o privados —especialmente la almacenada a través de medios informáticos—, sin que necesariamente se trate de datos íntimos, frente a su utilización arbitraria. Desde esa perspectiva, el ámbito de protección del aludido derecho no puede entenderse limitado a determinado tipo de datos —*v. gr.,* los sensibles o íntimos—, pues lo decisivo para fijar su objeto es la utilidad y el tipo de procesamiento que de la información personal se quiere hacer.

De ahí que, a efecto de establecer si existe una vulneración del derecho a la autodeterminación informativa, se deberá analizar, por una parte, la finalidad que se persigue con la recepción, el procesamiento, el almacenamiento, la transmisión y/o la presentación de la información personal de que se trate —con independencia de sus características y de su naturaleza— y, por otra parte, los mecanismos de control que con relación a dichas actividades de tratamiento de datos se prevén.

B. En la Sentencia del 20-X-2014, Amp. 142-2012, se expresó que la autodeterminación informativa tiene dos facetas: *(i) material (preventiva),* relacionada con la libertad del individuo con relación a sus datos personales, y *(ii) instrumental (protectora y reparadora),* referida al control que la resguarda y restablece en caso de restricciones arbitrarias.

a. En cuanto a su *dimensión material,* el derecho en análisis pretende satisfacer la necesidad de las personas de preservar su identidad, en caso de posible revelación y uso de los datos que les conciernen, y de protegerlas de la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos. En virtud de dicha faceta, la persona adquiere una situación que le permite: *(i) definir* la intensidad con que desea que se conozcan y circulen tanto su identidad como otras circunstancias y datos personales, *(ii) combatir* las inexactitudes o falsedades que afecten dicha información y *(iii) defenderse* de cualquier utilización abusiva, arbitraria, desleal o ilegal que quiera hacerse de esos datos.

Tales objetivos se consiguen por medio de la *técnica de protección de datos,* la cual está integrada por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, principios, procedimientos, instituciones y reglas objetivas. Entre algunos de los derechos o modos de ejercicio de esta faceta material se pueden mencionar:

i. La facultad de conocer, en el momento específico de la recolección de datos, el tipo de información personal que se va a almacenar, cuál es la finalidad que se persigue con su obtención y procesamiento, a quién se le hace entrega de esos datos y quién es el responsable del fichero donde se resguardan, para poder realizar cualquier oposición, modificación o alteración de aquellos.

ii. La potestad de la persona a saber si los datos que le conciernen son objeto de uso o tratamiento por terceros en bancos de datos automatizados.

iii. La libertad de la persona de acceder a la información, a fin de comprobar si se dispone de información de ella, y de conocer su origen y la finalidad que se persigue con su almacenamiento.

iv. El derecho a la rectificación, integración o cancelación de los datos, para asegurar su calidad y el acceso a ellos. Ello exige: primero, la modificación de la información consignada erróneamente y la integración de la que está incompleta; segundo, la facultad de cancelación o anulación de datos, por la falta de relevancia o actualidad de la información para los fines del banco de datos o, simplemente, para permitir al titular que recupere la disposición de cualquier faceta de su personalidad y de sus datos íntimos o estrictamente privados que figuran en la memoria informática o en el fichero respectivo.

v. La potestad de conocer la transmisión de datos personales a terceros, lo que implica no solo conocer de forma anticipada la finalidad perseguida con la base de datos —*v. gr.* que esta implique la posibilidad de poner en circulación la información personal—, sino también obtener de los responsables del banco de datos noticia completa de a quién se le ha facilitado aquella y con qué extensión, uso y finalidad".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 749-2014, fecha de la resolución: 11/03/2015.

DERECHO A LA CARRERA POLICIAL

IMPLICA EL DERECHO A ACCEDER A PROMOCIONES, ASCENSOS Y PRESTACIONES

"*2.* En la Sentencia de fecha 18-III-2011, pronunciada en el proceso de Amp. 919-2008, entre otras, se sostuvo que el *derecho a la carrera policial* –que, a su vez, implica el derecho a acceder a promociones, ascensos y prestaciones– deriva de los *arts. 159 inc. 3° y 219 de la Cn.*

La carrera policial, al igual que otro tipo de carreras, tiene como finalidad la eficiente realización de funciones estatales por el elemento humano que presta sus servicios al Estado en un régimen de subordinación. Dicha carrera se inicia precisamente al superar el curso impartido por la ANSP y ser aprobado por el Tribunal de Ingreso y Ascensos de la PNC. Tal ingreso a la PNC se hace solamente en la categoría de agente en el nivel básico y en la categoría de subinspector en el nivel ejecutivo, siendo inscrito el nuevo miembro en el escalafón respectivo.

En ese sentido, la normativa policial regula las diferentes situaciones administrativas relacionadas con el personal que ejerce la carrera, estableciendo sus derechos y obligaciones respecto del ingreso, la permanencia en la carrera y la terminación de esta. Y es que, producto del ejercicio de la carrera policial, las

promociones, ascensos y prestaciones son precisamente algunos de los derechos que se confieren a los policías previa observancia de los requisitos y condiciones especificados en tal normativa.

La carrera policial profesional, entonces, es una categoría de reconocimiento constitucional cuyo inicio o ejercicio se interrumpen, por ejemplo, cuando el aspirante es suspendido o expulsado del proceso de graduación o cuando el personal policial es sancionado con la destitución, lo cual implica que el policía afectado no puede continuar su carrera en la institución y, consecuentemente, acceder a las promociones, ascensos y prestaciones inherentes a esta.

Para que se acredite una vulneración del derecho a la carrera policial profesional, debe haberse interrumpido esta sin la tramitación del procedimiento correspondiente de acuerdo con la normativa legal aplicable o, en caso de falta de regulación, de acuerdo con la Constitución".

VULNERACIÓN, PUES NO SE INTENTÓ NOTIFICAR DE MANERA PERSONAL AL ACTOR LAS RESOLUCIONES EMITIDAS EN EL PROCEDIMIENTO INCOADO EN SU CONTRA

"*C.* Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos: *(i)* que en fecha 11-I-1999 el Subdirector General de Operaciones de la PNC fue informado de que el señor […] había manifestado su decisión de abandonar la corporación policial "para superarse fuera" de ella y que "cualquier consulta [en relación con dicha decisión] se la hicieran al teléfono […]"; *(ii)* que, con base en el informe antes mencionado, el jefe de Investigación Disciplinaria de la PNC ordenó en fecha 25-II-1999 el inicio del procedimiento disciplinario en contra del actor; *(iii)* que el jefe de la Delegación de la PNC de Usulután fue comisionado para notificar al pretensor las actuaciones suscitadas en el referido procedimiento disciplinario, bajo el argumento de que una de las subdelegaciones del departamento de Usulután –subdelegación de Berlín-- fue "el último lugar donde laboró el indagado" y "por no existir en la base de datos [del tribunal instructor] la dirección del referido agente"; y *(iv)* que el emplazamiento, la declaratoria de rebeldía, la formulación del pliego de cargos y la resolución en la que se ordenó su destitución le fueron comunicadas al actor mediante esquelas publicadas en un lugar visible de la delegación en la que este prestó sus servicios por última vez.

2. A. a. El señor […] alegó en su demanda que nunca tuvo conocimiento del procedimiento disciplinario que fue promovido en su contra ni de la sanción que finalmente le impuso la autoridad demandada, pues en el transcurso del aludido procedimiento no recibió ninguna notificación de forma personal o en su domicilio, pese a que –en su opinión– la referida autoridad pudo solicitar un informe sobre su lugar de residencia al Departamento de Recursos Humanos de la PNC.

b. Por su parte, el Tribunal Disciplinario de la Región Metropolitana de la PNC – sucesor procesal del anterior Tribunal Disciplinario de esa institución– alegó que el procedimiento disciplinario en contra del pretensor fue tramitado en legal forma, y que las notificaciones correspondientes no fueron hechas de forma personal al peticionario debido a la naturaleza de la infracción cometida

–abandono de servicio– y a la carencia de información sobre su domicilio en ese tribunal.

B. a. En relación con los actos procesales de comunicación, la jurisprudencia constitucional –v. *gr.,* la Sentencia de fecha 16-III-2011, pronunciada en el Amp. 94-2009– ha sostenido que tales actuaciones tienen por finalidad hacer del conocimiento de las partes que intervienen en un proceso o procedimiento lo que acontece en él, a efecto de que puedan hacer uso adecuado de los mecanismos de defensa que la ley pone a su disposición, y constituyen la herramienta de la que se vale la autoridad para posibilitar la intervención de las partes y el ejercicio de sus derechos.

A efecto de asegurar tales condiciones, el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil –vigente al momento de los hechos discutidos en este amparo– establecía en su art. 66 que la tramitación del procedimiento disciplinario debía ajustarse a los principios de "sumariedad, celeridad, información de la acusación al investigado y audiencia".

Por ello, previo a que se emitiera una sanción por la comisión de faltas graves y muy graves contenidas en el citado reglamento, este disponía la obligación de notificar, por un lado, la existencia del aludido procedimiento, el nombramiento de instructor y secretario y lo relativo a las medidas preventivas impuestas –art. 81–; y, por otro lado, las resoluciones que contuvieran la formulación del pliego de cargos y el informe propuesta que fijaba los hechos atribuidos al investigado –arts. 85 y 89–. Lo anterior con el fin de propiciar la intervención del personal policial en las diferentes etapas en que el procedimiento estaba estructurado.

Además, el precitado reglamento, en su art. 94, establecía que el Tribunal Disciplinario, una vez que hubiera estudiado el expediente respectivo, debía proceder a emitir la resolución, imponiendo una sanción o absolviendo al indagado, con posterioridad a lo cual dicha decisión debería ser notificada al interesado.

b. Por otra parte, si bien el art. 83 inc. 3° del RDPNC contemplaba la posibilidad de practicar el emplazamiento por medio de edictos "que se fijarán en los lugares habituales", ello era procedente únicamente si el interesado no podía ser notificado a través de los medios usuales de comunicación procesal. Ello se infiere de la expresión "si el indagado no fuera habido" utilizada en el citado artículo. De lo anterior se desprende que dicho mecanismo de notificación era de carácter *extraordinario y subsidiario* respecto de otras formas de comunicación procesal, pues la notificación por medio de edicto es la que menos garantías ofrece respecto a que la persona destinataria pueda enterarse de su contenido.

C. a. En el presente caso, ha quedado establecido que en fecha 31-I-1999 el Subdirector General de Operaciones de la PNC fue informado acerca de la supuesta infracción disciplinaria cometida por el señor […] y que, con base en dicha información, el Jefe de Investigación Disciplinaria de la corporación policial ordenó el inicio del procedimiento disciplinario en contra del pretensor. Asimismo, se ha acreditado que, *desde el inicio del aludido procedimiento, las comunicaciones procesales correspondientes al referido señor fueron comisionadas al jefe de la delegación policial de Usulután,* con justificación en que una subdelegación policial vecina –la subdelegación de Berlín– había sido el último lugar de trabajo de aquel y, a la vez, se desconocía su lugar de residencia.

b. En ese sentido, ninguna de las autoridades que intervinieron en el aludido procedimiento –particularmente el Tribunal Disciplinario de la PNC, quien emitió la resolución en virtud de la cual se destituyó al peticionario– llevó a cabo alguna gestión previa orientada a procurar que las actuaciones emitidas en dicho procedimiento fueran notificadas al pretensor de manera personal y, con ello, garantizar a este el ejercicio de sus derechos fundamentales. Al respecto, debe acentuarse que, *de manera simultánea a su supuesto abandono de la institución, el actor proporcionó un número telefónico en el cual podían realizarle cualquier consulta en torno a su retiro, medio que indudablemente pudo ser utilizado a .fin de intentar realizar personalmente el emplazamiento y posteriores actuaciones en el procedimiento.*

c. De esta forma, se concluye *que el Tribunal Disciplinario de la PNC vulneró los derechos de audiencia, a la estabilidad laboral y a la carrera policial del señor […], pues no intentó notificar de manera personal al actor las resoluciones emitidas en el procedimiento incoado en su contra, previo a hacer uso de la notificación por edicto, lo que produjo que aquel no tuviera conocimiento del aludido procedimiento y pudiera ejercer la defensa de sus intereses; por lo que es procedente ampararlo en su pretensión".*

EFECTO RESTITUTORIO: ORDENA QUE SE LE PAGUEN AL PETICIONARIO LOS SALARIOS CAÍDOS CON BASE EN EL ARTÍCULO 61 INCISO 4° DE LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

"VI. Determinadas las vulneraciones constitucionales derivadas de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el proceso de Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, se determinó que el Tribunal Disciplinario de la PNC vulneró los derechos de audiencia, a la estabilidad laboral y a la carrera policial del señor […].

B. Ahora bien, en el caso particular, el reinstalo que correspondería como efecto material de la lesión a la estabilidad laboral constatada en este amparo

no es posible debido al tiempo que transcurrió entre el acaecimiento de la vulneración constitucional y el inicio de este proceso. Por ello, el efecto de esta sentencia de amparo consistirá únicamente en que se le paguen al señor C. M. los salarios caídos con base en el art. 61 inc. 4° de la Ley del Servicio Civil.

Por ello, debido a que el pago de los salarios caídos es susceptible de ser cuantificado, le corresponde al Director General de la PNC hacerlo efectivo, en forma directa, cargando la orden de pago del monto de los salarios y prestaciones respectivos al presupuesto vigente de la institución o, en caso de no ser esto posible por no contarse con los fondos necesarios, emitir la orden para que se incluya la asignación respectiva en la partida correspondiente al presupuesto del ejercicio siguiente.

C. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales constatada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que cometieron las vulneraciones aludidas".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 262-2012, fecha de la resolución: 02/09/2015.

DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL

IGUALDAD

"IV. *1. A.* Con fundamento en el art. 3 de la Cn., se ha interpretado jurisprudencialmente que la igualdad se proyecta como *principio constitucional y como derecho fundamental.* En virtud de la primera modalidad el Estado, en sus actividades de creación, aplicación y ejecución de la ley, está obligado a garantizar a todas las personas en condiciones similares un trato equivalente; lo cual no significa que, de forma deliberada y en condiciones distintas, *pueda dar un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados, bajo criterios estrictamente objetivos y justificables a la luz de la misma Constitución.* Mediante la segunda modalidad, la igualdad se proyecta en la esfera jurídica de los individuos como el derecho fundamental *a no ser arbitrariamente diferenciado, esto es, a no ser injustificada o irrazonablemente excluido del goce y ejercicio de los derechos que se reconocen a los demás.*

B. a. En perspectiva con lo antes expuesto, el *derecho a la igualdad salarial* contemplado en el art. 38 ord. 1° de la Cn. hace referencia a que, en un mismo centro de trabajo y en idénticas circunstancias, por igual trabajo corresponde al empleado igual remuneración, cualquiera que sea su sexo, raza, credo o nacionalidad. Al respecto, de acuerdo con los arts. 2 y 3 del Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre igualdad de remuneración, los Estados tienen el deber de garantizar a todos los trabajadores el principio de igualdad salarial, mediante la promoción de métodos objetivos para la fijación de tasas salariales, la incorporación de un sistema de escaños salariales en la ley de la materia o el fomento de su uso en las contrataciones colectivas, entre otros".

INFORME SOBRE LA IGUALDAD SALARIAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

"En el informe sobre Igualdad Salarial: Guía Introductoria (2013), la OIT sostiene que en virtud del mencionado derecho debe asegurarse a los trabajadores recibir igual salario por un trabajo igual o bien de igual valor –cuando pese a las diferencias entre dos o más puestos de trabajo, la importancia del servicio aportado y las competencias requeridas para su realización son equiparables–; ello exige al empleador –público o privado– realizar una *evaluación objetiva* de los puestos de trabajo, es decir, del tipo de atribuciones a desempeñar, los conocimientos exigidos, las aptitudes requeridas, etc., para valorar y fijar la categoría salarial que corresponde, a fin de que a las personas que desarrollan similares atribuciones o de igual valor se les reconozca igual salario".

EVALUACIÓN DEL RENDIMIENTO DE PERSONAL

"*b.* En este contexto, no debe confundirse la evaluación técnica objetiva de los puestos de trabajo –empleadas para establecer los rangos salariales de cada cargo– con la *evaluación de rendimiento del personal,* la cual tiene por objeto medir y valorar la productividad del empleado, su desempeño, aptitudes, el interés por actualizar sus conocimientos y aportarlos a las labores, el cumplimiento de metas, etc.; factores que indiscutiblemente inciden y justifican ascensos de puesto de trabajo, el reconocimiento de incrementos salariales, bonificaciones u otros incentivos a quienes tienen mejores resultados. Otros factores a considerar en la evaluación de rendimiento son la antigüedad, la experiencia profesional y la formación académica del personal.

En el mencionado informe, la OIT señala que de la evaluación del rendimiento puede resultar favorecido un trabajador en concreto con el reconocimiento de una prima o emolumento diferente en relación con otros, sin que ello represente un trato discriminatorio al resto de empleados si los criterios empleados para dicha evaluación no son discriminatorios en sí y todo aquel, en su misma posición laboral, ha tenido la oportunidad de beneficiarse de estas primas".

DIFERENCIAS EN EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES AL PERSONAL QUE REALIZA IGUAL TRABAJO NO IMPLICAN PER SE UNA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL

"*c.* De lo anterior se colige que las diferencias en el pago de las remuneraciones al personal que realiza igual trabajo no implican *per se* una vulneración al derecho a la igualdad salarial; *pues la valoración de algunos aspectos en el desempeño de las labores, tales como la productividad, aptitudes, capacidades, formación continua, etc., puede colocar a uno o varios empleados en una posición diferente al resto que merezca reconocimiento mediante aumentos salariales, ascensos, bonificaciones, etc. De ahí que la conculcación al derecho fundamental en estudio devendría cuando la diferenciación en el pago de la remuneración entre dos o más personas, pese a desempeñar trabajo igual o de igual valor, no se encuentra justificada en tales aspectos.*

C. a. Ahora bien, en la Sentencia de fecha 6-VI-2008, pronunciada en el Amp. 259-2007, se sostuvo que, si bien la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominantemente formal, su correcta aplicación requiere del intérprete la valoración de las circunstancias concretas en las que se encuentran las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede equiparar, o bien diferenciar; pues existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado a fin de lograr la igualdad formal en el plano real, por medio de acciones positivas –esto es, "igualdad material"–.

En efecto, al tratarse la igualdad de un concepto relacional que no puede predicarse respecto de personas o cosas en abstracto, la formulación de un juicio relacionado con esta requiere: *(i)* la concurrencia de al menos dos personas, cosas o situaciones concretas que se busca comparar, así como de las características, criterios o aspectos comunes y específicos que se empleen como términos de comparación; y *(ii)* las consecuencias jurídicas que tal tratamiento ocasiona a los sujetos comparados que trascienden al ámbito constitucional, para que el operador o aplicador jurídico evalúe si existe un trato desigual que resulta injustificado".

PROCEDE EL SOBRESEIMIENTO ANTE LA DEFICIENCIA DE LOS REQUISITOS Y CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA PRETENSIÓN

"*b.* Así, para la procedencia de un amparo contra actuaciones que aparentemente *conculcan el derecho a la igualdad salarial en la aplicación de la ley,* la parte actora deberá señalar en sus argumentos –atendiendo los presupuestos antes mencionados– *las circunstancias específicas por las que considera que las autoridades demandadas le han dado un tratamiento diferente e injustificado en relación con otros sujetos en paridad de situaciones y, además, durante la tramitación de este proceso constitucional deberá comprobar la existencia de tales circunstancias.*

Y es que, ante tal deficiencia, surge la imposibilidad de juzgar por parte de este Tribunal, debiendo rechazarse la pretensión al inicio o, en su caso, durante la tramitación del proceso mediante un sobreseimiento, de conformidad con el art. 31 n° 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L.Pr.Cn.)

2. A. a. El peticionario ha alegado que cinco defensores públicos de la unidad a la que pertenece reciben un salario mayor al suyo, pese a que él desempeña iguales atribuciones funcionales y se sujeta a las mismas normas de trabajo; razón por la cual considera que la Procuradora General de la República ha vulnerado su derecho a la igualdad salarial. Además, señala que, si bien a partir de enero de 2014 fue beneficiado con un aumento salarial, sus compañeros de trabajo continúan ganando más que él.

b. Para fundamentar su pretensión incorporó certificación de los Acuerdos n° 1, de fechas 3-I-2013, 6-I-2014 y 5-I-2015, firmados por la Procuradora General de la República, mediante los cuales refrendó su nombramiento en la plaza nominal de defensor público penal (Ahuachapán), primera categoría, con un salario de $755.30; lo ascendió a la tercera categoría, por lo que su salario pasó a ser de $1,185.00; y renovó dicho nombramiento.

También aportó las Resoluciones n° 08-UAIP18-2015 y 08-UAIP18-02-2015 de fechas 8-IV-2015 y 28-IV-2015, respectivamente, firmadas por la Oficial de Información de la PGR, mediante las cuales informó que la unidad en la que se desempeña el señor F. R. está integrada por nueve defensores públicos, de los cuales en el año 2013 cinco tenían un salario de $1,200.00, uno de $1,142.72, dos de $755.30 –entre estos el pretensor– y uno de $1,400.55, aclarando que este último conserva el salario que devengaba en el cargo de procurador auxiliar. Aunado a ello, señaló que a partir de enero de 2014 los referidos defensores resultaron beneficiados con incrementos salariales, entre estos el peticionario cuyo salario pasó a ser de $1,185.00.

B. a. Con los acuerdos de nombramiento antes relacionados, se ha establecido que, al igual que los cinco profesionales mencionados en la demanda, el señor […] labora en la PGR como defensor público penal en las oficinas de la institución en Ahuachapán y que en el año 2014 recibió un aumento salarial.

b. Ahora bien, no obstante el señor […] argumentó en su demanda y comprobó en el transcurso del proceso que, desde el punto de vista técnico y objetivo, realiza iguales atribuciones a las de sus compañeros en similares condiciones de trabajo, este omitió señalar y comprobar que los resultados de sus evaluaciones de desempeño y rendimiento, antigüedad, etc., son equiparables a los de aquellos, a efecto de sostener que, pese a tales circunstancias, la autoridad demandada no lo favoreció con igual promoción salarial.

Y es que, de acuerdo con el contenido del derecho a la igualdad salarial, si bien a trabajo igual o de igual valor debe corresponder en principio el mismo salario, ello no obsta para que el empleador pueda incentivar a aquellos que destaquen u obtengan mejores resultados en las evaluaciones de rendimiento, así como reconocer la antigüedad en la institución o la mejora de las capacidades y la actualización de los conocimientos necesarios para el mejor desempeño del trabajo, mediante el pago de bonificaciones, ascensos, aumentos salariales, etc.

C. En consecuencia, dado que el actor no argumentó ni comprobó que, pese a encontrarse en igualdad de condiciones a la de sus compañeros, la autoridad demandada le ha fijado injustificadamente un salario diferente al que aquellos perciben, se configura un supuesto de ausencia de los presupuestos necesarios para realizar el examen de constitucionalidad requerido que impide la terminación normal del presente proceso, debiendo «finalizarse por medio de la figura del sobreseimiento".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 912-2013, fecha de la resolución: 27/11/2015.

DERECHO A LA PROPIEDAD

VULNERACIÓN AL TENER UBICADAS SUS TORRES DE TELEFONÍA CELULAR EN TERRENOS DE PROPIEDAD PRIVADA, SE OBLIGA A PAGAR CIERTA CANTIDAD DE DINERO EN CONCEPTO DE UN TRIBUTO

"*3.* Establecido lo anterior, corresponde examinar el argumento planteado por la parte actora, para lo cual se debe analizar la naturaleza del tributo cuestionado

con la finalidad de determinar si existe un servicio jurídico o administrativo como contraprestación por la obligación contenida en aquel y, en caso de acreditarse la existencia de tal servicio, establecer si el contenido de este es susceptible de ser gravado mediante una tasa municipal.

A. a. La sociedad demandante alega que la disposición impugnada grava expresamente las torres que se encuentran en propiedades privadas, por lo que, en concepto de su pago, no obtiene ninguna contraprestación.

En contraste, la autoridad demandada afirma que, en virtud de la tasa municipal cuestionada, la sociedad contribuyente recibe como beneficio la construcción y mantenimiento de las vías de comunicación que sirven de acceso a los lugares donde las estructuras se encuentran.

b. Al respecto, no basta con que la autoridad demandada argumente que como contraprestación del tributo impugnado concede el derecho de realizar determinada actividad o que confiere algún beneficio, *sino que en la ordenanza debe consignarse expresamente que por el pago de la tasa se otorga una licencia, permiso o autorización que efectivamente faculte a la sociedad contribuyente a realizar dicha actividad.*

Los arts. 5 y 129 de la Ley General Tributaria Municipal prescriben que las tasas municipales se generan en virtud de aquellos servicios públicos de naturaleza jurídica o administrativa prestados por los municipios. De ello se desprende que, para justificar constitucionalmente el cobro de una tasa, la normativa respectiva deberá establecer con precisión cuál es la actividad que se generará como contraprestación por el cobro del canon, como podrían ser, por ejemplo, la extensión de un permiso, una licencia, una autorización -servicios jurídicos o administrativos- o una actividad material, siempre que pueda determinarse sin duda alguna que esta es consecuencia directa del pago de ese tributo.

c. La disposición impugnada establece un permiso por uso de subsuelo por cada torre que mantiene antenas de telefonía celular ubicadas en espacios públicos o privados en el Municipio de Ahuachapán. De lo anterior se advierte que, por el pago mensual de $400.00 por cada torre que se encuentra en espacio público o privado dentro del municipio, *este efectivamente se encuentra en la obligación de extender un permiso que faculte para desarrollar la mencionada actividad.* Así, la Ordenanza -específicamente la disposición impugnada- sí regula un servicio público de carácter jurídico o administrativo que los sujetos obligados al pago reciben como contraprestación.

B. a. Ahora bien, para que un tributo pueda ser constitucionalmente calificado como una tasa no solo se debe constatar que por su pago se otorgue efectivamente una contraprestación -permiso-, sino que es necesario analizar también cuál es el contenido del servicio que se brinda. En ese orden, *el hecho generador del tributo impugnado está constituido por el uso del subsuelo por cada torre que mantiene antenas de telefonía celular en espacio público o privado dentro del Municipio de Ahuachapán.*

Al respecto, en la Sentencia de fecha 21-VIII-2013, emitida en el proceso de Amp. 428-2011, se sostuvo que las municipalidades son competentes para regular el uso de *espacios públicos propios o encomendados a la Administración municipal,* por lo que, aunado al poder tributario que les confiere el art. 204 ord. 1°

de la Cn., aquellas *gozan de la facultad constitucional para gravar la utilización del suelo y subsuelo administrado por el municipio* mediante tasas municipales, siempre que por su pago se pueda individualizar un servicio a favor del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

En consecuencia -continuó dicha sentencia- las disposiciones legales que graven expresamente el uso del suelo y subsuelo de *propiedades privadas* exceden las facultades de regulación legalmente conferidas a los municipios, pues, al no tener los municipios la potestad de gravar ese tipo de propiedades, se encuentran inhabilitados para ofrecer y/o proporcionar una contraprestación de carácter jurídico o administrativo.

b. En el presente proceso la sociedad demandante acreditó, mediante las certificaciones notariales de los contratos de arrendamiento antes relacionados, que posee torres de telefonía celular instaladas en *terrenos de propiedad privada.*

En la Sentencia de fecha 29-X-2010, emitida en el proceso de Amp. 1047-2008, se afirmó que el *subsuelo* es propiedad del Estado como tal y que el otorgamiento de concesiones para su *explotación* -entendida como el aprovechamiento de los recursos naturales que posee- es una facultad constitucional exclusiva de aquel -art. 103 inc. 3° Cn. -. No obstante, su *utilización,* toda vez que no implique explotación, es una facultad que puede ser ejercida por el titular del inmueble.

Así, al quedar determinado que las torres de telefonía celular de la sociedad actora se encuentran ubicadas en terrenos de propiedad privada -es decir, que la municipalidad no concede el uso exclusivo de un espacio público- y, además, que su instalación no implica el aprovechamiento de los recursos naturales que el subsuelo -propiedad del Estado- posee, se colige que la municipalidad de Ahuachapán no se encuentra facultada para ofrecer y/o proporcionar una contraprestación de carácter jurídico o administrativo que otorgue como beneficio el uso del suelo o subsuelo de propiedades privadas.

En razón de lo anterior, debido a que el hecho imponible de las tasas debe consistir en un servicio o actividad que la Administración Pública central o municipal se encuentra facultada a prestar, *el poder tributario municipal emanado del tributo controvertido es ilegítimo porque grava el uso del subsuelo de terrenos de propiedad privada.* Ello implica que *el poder tributario emanado de la disposición impugnada únicamente es legítimo cuando grava el uso del subsuelo de terrenos de propiedad pública.*

En consecuencia, en relación con la sociedad […]., se *concluye que la disposición impugnada vulnera su derecho a la propiedad, pues al tener ubicadas sus torres de telefonía celular en terrenos de propiedad privada se le obliga a pagar cierta cantidad de dinero en concepto de un tributo que fue emitido por el Concejo Municipal demandado excediendo la esfera de sus competencias, es decir, infringiendo el principio de reserva de ley en materia tributaria; razón por la cual deberá estimarse la pretensión planteada por la referida sociedad..*

VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. De acuerdo con el art. 35 de la L.Pr.Cn., cuando se reconoce la existencia de un agravio a la parte actora en un proceso de amparo, la consecuencia de la

sentencia es la de reparar el daño causado, ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto declarado inconstitucional.

2. A. En el presente caso, al haber consistido el acto lesivo en la emisión de una disposición autoaplicativa por parte del Concejo Municipal de Ahuachapán, *el efecto restitutorio se traducirá en dejar sin efecto la aplicación del art. 15 n° 9 de la Ordenanza en relación con la sociedad* […]*.,* por lo que dicho municipio no deberá realizar cobros ni ejercer acciones administrativas o judiciales tendentes a exigir el pago de cantidades de dinero en concepto del tributo declarado inconstitucional en este proceso o de los intereses o multas generadas por su falta de pago.

B. Finalmente, dado que el objeto de control del presente amparo recayó en la disposición recién citada y no en los actos aplicativos derivados de esta, *la presente decisión no conllevará la obligación de devolver cantidad de dinero alguna que haya sido cancelada en concepto de pago por el tributo ahora declarado inconstitucional.*

C. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora, si así lo considera conveniente, *tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que cometieron la trasgresión constitucional.*

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a las personas que fungían como funcionarios, independientemente de que se encuentre o no en el ejercicio del cargo, deberá comprobársele en sede ordinaria que incurrió en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada por su actuación dio lugar a la existencia de tales daños -morales o materiales-; y *(ii)* que dicha circunstancia se produjo con un determinado grado de responsabilidad -dolo o culpa-. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda, dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso particular".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 506-2012, fecha de la resolución: 13/02/2015.

VULNERACIÓN POR INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

"IV. *1.* El derecho a la propiedad faculta a su titular a: *(i)*usar libremente los bienes, que implica la potestad del propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; *(ii)* gozar libremente de los bienes, que se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que derivan de su explotación; y *(iii)* disponer libremente de los bienes, que se traduce en actos de enajenación sobre la titularidad del bien.

Las modalidades del derecho a la propiedad, esto es, el libre uso, goce y disposición de los bienes, se efectúan sin otras limitaciones más que las es-

tablecidas en la Constitución o en la ley, siendo una de estas limitaciones: la función social.

Finalmente, cabe aclarar que el derecho a la propiedad previsto en el art. 2 de la Cn. no se limita a la tutela del derecho real de dominio que regula la legislación civil, *sino que, además, abarca la protección de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas consolidadas por un sujeto determinado y sobre los cuales este alega su legítima titularidad.*

2. A. Por otro lado, tal derecho se encuentra estrechamente relacionado con los tributos y, en razón de tal conexión, tanto los principios formales (reserva de ley y legalidad tributaria) como los principios materiales (capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscación) del Derecho Constitucional Tributario funcionan como garantías en sentido amplio de ese derecho. Por ello, la inobservancia o el irrespeto a alguno de esos principios puede ocasionar una intervención ilegítima en el citado derecho fundamental, por lo que su vulneración puede ser controlada por la vía del proceso de amparo, tal como dispone el art. 247 inc. 1° de la Cn.

B. Respecto al *principio de capacidad económica* (art. 131 ord. 6° de la Cn.), en la Sentencia de fecha 5-X-2011, emitida en el Amp. 587-2009, se sostuvo que las personas deben contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado en proporción a su aptitud económico-social, limitando de esa manera a los poderes públicos en el ejercicio de su actividad financiera. Así, dicho principio condiciona y modula el deber de contribuir de las personas, constituyéndose en un auténtico presupuesto y límite de la tributación. En todo caso, la capacidad económica es una exigencia tanto del ordenamiento tributario globalmente como de cada tributo.

La capacidad económica generalmente se mide por medio de cuatro indicadores: *(i)* el patrimonio; *(ii)* la renta; *(iii)* el consumo; o *(iv)* el tráfico de bienes. Teniendo en cuenta lo anterior, en las Sentencias de fechas 22-IX-2010 y 2-II-2011, pronunciadas en los Amps. 455-2007 y 1005-2008, respectivamente, se sostuvo que el legislador *solo puede elegir como hechos que generen la obligación de tributar aquellos que, directa o indirectamente, revelen cierta capacidad económica y, de manera congruente, la base o elemento para establecer la intensidad del gravamen también debe reflejar dicha capacidad.* En otras palabras, es obligatorio al configurar el hecho generador y la base imponible, tener en cuenta situaciones, aspectos o parámetros que revelen capacidad económica para soportar la carga tributaria".

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE STARE DECISIS Y DE ECONOMÍA PROCESAL

"*2.* En el presente caso, el peticionario impugna la constitucionalidad del art. 3 n° 27 letra ch) de la TGAMI, el cual regula un impuesto a las actividades económicas realizadas por comerciantes sociales o individuales, cuyo pago mensual debe efectuarse con base en el activo de las empresas, el cual, a su criterio, no refleja capacidad económica.

Al respecto, en la Sentencia de fecha 21-VIII-2013, pronunciada en el Amp. 540-2011, se realizó el control de constitucionalidad de una disposición tributaria con características similares a la ahora impugnada, es decir, que establecía un

impuesto a cargo de los comerciantes sociales o individuales cuya base imponible era el activo de las empresas.

En consecuencia, el análisis de la pretensión planteada por la parte actora seguirá este orden: en primer lugar, se retomarán los principales fundamentos expuestos en el citado precedente jurisprudencial *(A);* para, posteriormente, en virtud de los principios *stare decisis* y de economía procesal, proceder a verificar si la disposición tributaria en cuestión reviste características análogas a la examinada en dicho precedente, a efecto de determinar si lo resuelto en aquella oportunidad es aplicable a este caso concreto *(B).*

A. a. En el referido precedente se sostuvo que, en el caso de aquellos impuestos cuyo hecho generador lo constituye algún tipo de actividad económica –industrial, comercial, financiera o de servicios– realizada por comerciantes individuales o sociales – sujetos pasivos–, el legislador generalmente prescribe que la base imponible o la forma en la que se cuantifican monetariamente esos tributos es el *activo* de la empresa, por lo que la capacidad económica con la que cuentan dichos sujetos para poder contribuir se calcula por medio del análisis de los balances generales de sus empresas, los cuales muestran la situación financiera de estas en una determinada fecha mediante el detalle de sus activos, pasivos y capital contable".

DEFINICIÓN DE ACTIVO Y PASIVO DE UNA EMPRESA

"*b.* En relación con ello, se afirmó que el *activo* se encuentra integrado por todos los recursos de los que dispone una entidad para la realización de sus fines, los cuales deben representar beneficios económicos futuros fundadamente esperados y controlados por una entidad económica, provenientes de transacciones o eventos realizados, identificables y cuantificables en unidades monetarias. Dichos recursos provienen tanto de fuentes externas –pasivo– como de fuentes internas –capital contable–.

El *pasivo* representa los recursos con los cuales cuenta una empresa para la realización de sus fines y que han sido aportados por fuentes externas a la entidad – acreedores–, derivados de transacciones realizadas que hacen nacer una obligación de transferir efectivo, bienes o servicios. Por su parte, el *capital contable* –también denominado patrimonio o activo neto– está constituido por los recursos de los cuales dispone una empresa para su adecuado funcionamiento y que tienen su origen en fuentes internas de financiamiento representadas por los aportes del mismo propietario – comerciante individual o social– y otras operaciones económicas que afecten a dicho capital; de esa manera, los propietarios poseen un derecho sobre los *activos netos,* el cual se ejerce mediante reembolso o distribución. En otras palabras, el capital contable representa la diferencia aritmética entre el activo y el pasivo.

c. En consecuencia, se estableció que, para la realización de sus fines, una empresa dispone de una serie de recursos –activo– que provienen de obligaciones contraídas con terceros acreedores –pasivo– y de las aportaciones que realizan los empresarios, entre otras operaciones económicas –capital contable–, *siendo únicamente esta última categoría la que efectivamente refleja la*

riqueza o capacidad económica de un comerciante y que, desde la perspectiva constitucional, es apta para ser tomada como la base imponible de un impuesto a la actividad económica, puesto que, al ser el resultado de restarle al activo el total de sus pasivos, refleja el conjunto de bienes y derechos que pertenecen propiamente a aquel.

B. a. En el presente caso, se advierte que el art. 3 n° 27 letra ch) de la TGAMI, al igual que la disposición que fue objeto de análisis en el Amp. 540-2011 citado, regula un impuesto que tiene como hecho generador la realización de actividades económicas, cuya base imponible es el "activo", el cual se determina en este caso concreto de acuerdo con lo prescrito en el art. 41 de la TGAMI, es decir, deduciendo del activo total los bienes del sujeto pasivo que estén ubicados o radicados en otra jurisdicción, inclusive el de las salas de venta o agencias.

b. De lo expuesto, se colige que el "activo" resulta de restar al activo total de la empresa únicamente las "deducciones" –exenciones en realidad– mencionadas en dicha ley, *sin considerar las obligaciones que aquella posee con acreedores –pasivo–, por lo que no refleja la riqueza efectiva del destinatario del tributo en cuestión y, en ese sentido –tal como se estableció en el citado precedente–, no atiende al contenido del principio de capacidad económica.*

Por consiguiente, del análisis de los argumentos planteados y de las pruebas incorporadas al proceso, se concluye que *existe vulneración del derecho fundamental a la propiedad del señor [...], como consecuencia de la inobservancia del principio de capacidad económica en materia tributaria; debiendo, consecuentemente, amparársele en su pretensión.*

VI. Determinada la vulneración constitucional derivada de la actuación de la Asamblea Legislativa, se debe establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia. a

1. De acuerdo con el art. 35 de la L.Pr.Cn., cuando se reconoce la existencia de un agravio a la parte actora en un proceso de amparo, la consecuencia natural y lógica de la sentencia es la de reparar el daño causado, ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto constatado inconstitucional.

2. A. En el presente caso, al haber consistido el acto lesivo en la emisión de una ley autoaplicativa inconstitucional por parte de la Asamblea Legislativa, *el efecto restitutorio se traducirá en dejar sin efecto la aplicación del art. 3 n° 27 letra ch) de la TGAMI, en relación con el señor [...],* por lo que el Municipio de Ilopango no deberá realizar cobros ni ejercer acciones administrativas o judiciales tendentes a exigir el pago de cantidades de dinero en concepto del impuesto constatado inconstitucional en este proceso o de los intereses o multas generadas por su falta de pago.

B. Finalmente, dado que el objeto de control del presente amparo recayó en la disposición recién citada y no en los actos aplicativos derivados de esta, la presente decisión no conllevará la obligación de devolver cantidad de dinero alguna que haya sido cancelada en concepto de pago por el tributo ahora constatado inconstitucional".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 56-2013, fecha de la resolución: 20/04/2015.

DERECHO A LA SALUD DE LOS NEONATOS

ESTADO DEBE IMPLEMENTAR MECANISMOS DE CONTROL Y EVALUACIÓN DE NIVELES DE SEGURIDAD Y EFECTIVIDAD DE USO DE MEDICAMENTOS

"*b.* Sin embargo, a pesar que los avances científicos en el campo de la medicina desarrollen continuamente nuevas alternativas para tratar las enfermedades, previo a que se ofrezcan y pongan a disposición de la persona, el Estado tiene la obligación de realizar gestiones y acciones concretas para corroborar la seguridad y eficacia de los tratamientos, e informar a los profesionales de la salud sobre los beneficios y riesgos que estos pueden ocasionar, a fin de que se adopte —con el consentimiento informado del paciente— la mejor opción para la recuperación de la salud de la persona.

Y es que, como la OMS lo afirmó en el estudio denominado *"Vigilancia de la seguridad de los medicamentos. Guía para la instalación y puesta en funcionamiento de un centro de farmacovigilancia" (2001),* la información farmacéutica presentada en la fase de pre-comercialización de los productos suele ser incompleta respecto a posibles reacciones adversas al medicamento (RAM), ya que los ensayos clínicos realizados por la industria se practican en pequeños grupos de personas cuidadosamente seleccionadas, en circunstancias de uso que difieren de las de la práctica médica habitual y por un tiempo limitado, por lo que sus resultados respaldan los efectos del producto a corto plazo. Aunado a ello, los datos aportados hacen poca o nula referencia a las RAM graves e infrecuentes, a su uso en grupos específicos —niños, mujeres embarazadas y neonatos—, o a su interacción con otros productos.

c. En consecuencia, *el Estado deberá implementar mecanismos de control y evaluación de los niveles de seguridad y efectividad que ofrecen en su uso clínico los distintos medicamentos cuyo uso y comercialización autorice, no solo en la fase de pre-comercialización —como requisito ineludible para su autorización y registro—, sino también cuando estos ya son prescritos y administrados a los pacientes en la práctica clínica cotidiana, a efecto de que no se ponga en peligro la salud de las personas a quienes dichos medicamentos son suministrados"*.

FARMACOVIGILANCIA ESTÁ ORIENTADA A MANTENER RELACIÓN BENEFICIO-RIESGO DE LOS MEDICAMENTOS EN UNA SITUACIÓN FAVORABLE

"*2. A. a.* En este contexto, dentro de las actividades de vigilancia de la salud pública se encuentra la *farmacovigilancia,* la cual hace referencia a los procesos necesarios para controlar y evaluar las reacciones adversas de los productos farmacéuticos. Dicha actividad tiene por objeto la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos nocivos o fallos terapéuticos en la población, especialmente en grupos vulnerables como los niños —en etapa neonatal y pediátrica—.

b. De lo anterior se desprende que la referida actividad está orientada inevitablemente a la toma de decisiones que permitan mantener la relación beneficio-

riesgo de los medicamentos en una situación favorable o, incluso, suspender su uso cuando no sea posible establecer el equilibrio entre ambos aspectos, con repercusiones en todo el sistema de salud del país, lo cual exige la creación y el funcionamiento de un sistema de vigilancia permanente en el que participen los diferentes sectores de la sociedad que intervienen en la salud. Al respecto, en el estudio sobre *"La farmacovigilancia: garantía de seguridad en el uso de los medicamentos" (2004),* la OMS recomendó que el sistema de farmacovigilancia esté integrado por un organismo nacional de reglamentación farmacéutica y un centro oficial para el estudio de RAM, a quienes corresponde crear canales de comunicación con los diferentes departamentos del ministerio de salud y de farmacovigilancia de cada hospital, a fin de recopilar la información del uso del medicamento, comparar el comportamiento de este en casos particulares y analizar sus resultados.

Lo anterior permite afirmar que el control de la seguridad y efectividad de los medicamentos es responsabilidad primordial del Estado, pero todos los que intervienen en la etapa de post-comercialización de los fármacos —centros hospitalarios, médicos, enfermeras, farmacéuticos, laboratoristas, trabajadores sociales, autoridades sanitarias, etc.— tienen el deber de dar seguimiento e informar a las autoridades respectivas cualquier cambio inusual en el paciente sometido a determinado tratamiento farmacológico, actualizar la información sobre el uso de estos productos y adoptar, con base en esos conocimientos, las medidas pertinentes para evitar colocar en riesgo la salud y la vida de las personas".

ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE PERMITAN USO DE MEDICAMENTOS NOCIVOS EN ETAPA NEONATAL PONEN EN RIESGO DERECHO A LA SALUD

"*B. a.* En el caso particular del uso de medicamentos en etapa neonatal o pediátrica, la OMS —en el estudio sobre *"Promover la seguridad de los medicamentos para niños" (2007)*— ha advertido a los Estados sobre la prescripción de nuevos e innovadores productos farmacéuticos con indicación pediátrica sin evidencia suficiente o real sobre su beneficio o riesgo a largo plazo y sobre la administración de otros fuera de las especificaciones descritas en la licencia —por ejemplo, formulación, indicaciones, contraindicaciones o edad—, en virtud de que tales prácticas pueden poner en riesgo la salud de los niños que son expuestos a un índice de error de medicación potencialmente peligroso.

Por tal motivo, y tomando en cuenta los obstáculos a los que se enfrenta la farmacovigilancia neonatal y pediátrica —las implicaciones éticas de ensayos clínicos en este grupo de la población, grupos muéstrales reducidos, el tiempo de duración, etc.—, la OMS recomienda a los Estados hacer un seguimiento sistemático a nivel local —si es posible informatizado— de las historias clínicas de los pacientes, en las que se identifique las indicaciones reales en las que se emplea el medicamento, la dosificación y tiempo de duración de los tratamientos, para actualizar la información disponible sobre RAM, potenciales riesgos o errores de medicación, a fin de recopilar y analizar los resultados de seguridad y eficacia obtenidos y comunicar dicha información a la comunidad médica y al público.

b. Con fundamento en lo expuesto, las actuaciones de la administración pública sanitaria que incentiven, apoyen o permitan la administración de medicamentos en etapa neonatal, cuando existe evidencia científica sobre su nocividad o potencial daño a la salud, pondría en riesgo el derecho a la salud de los neonatos, ya que no estarían cumpliendo con la obligación de suministrar medicamentos adecuados, bajo estándares de calidad, seguridad y eficacia para tratar sus afecciones".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 32-2012, fecha de la resolución: 17/07/2015.

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

DERECHOS REPRODUCTIVOS

"IV. *1. A. a.* Los *derechos reproductivos* son aquellos derechos fundamentales relacionados con la reproducción humana que derivan del reconocimiento de autonomía a toda persona para procrear o no, y tienen por objeto garantizarle las condiciones óptimas en ello.

La Organización de las Naciones Unidas precisó en el Programa de Acción de la Tercera Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) que los derechos de reproducción se basan en "el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva". De igual manera, reconoció el derecho a "adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los instrumentos de Derechos Humanos". Asimismo, se pronunció sobre el "derecho de los hombres y las mujeres a estar informados y a tener acceso a métodos de planificación de la familia que sean seguros, eficaces, costeables y aceptables, así como a otros métodos de su elección para la regulación de la fecundidad, que no violen la ley".

b. Los referidos derechos tienen una *faceta individual* que le permite a su titular decidir de manera libre, informada y responsable en los aspectos relacionados con su capacidad reproductiva. En esta faceta está comprendida la *planificación familiar* y comprende —entre otras— la libertad de decidir el número de hijos y el intervalo que debe mediar entre ellos, de optar por métodos de control de la fecundidad y de decidir el momento y la persona con quien se dará inicio al plan de procreación. Por otro lado, estos derechos tienen una *faceta prestacional,* la cual requiere de acciones positivas del Estado a efecto de garantizar que toda persona tenga acceso a los servicios de salud reproductiva, es decir, a la asistencia médica, a los tratamientos terapéuticos necesarios para desarrollar en óptimas condiciones el plan de procreación de los individuos y a recibir la información adecuada y oportuna que les permita elaborar de forma responsable su proyecto de vida en el ámbito reproductivo.

Ahora bien, aunque los hombres y las mujeres, individualmente considerados, son titulares de derechos reproductivos, su ejercicio generalmente deman-

da una participación conjunta. Además, el ejercicio de ciertos derechos atiende a las características biológicas de sus titulares, de manera que algunos de ellos, principalmente los relacionados con la atención sanitaria para la gestación y el parto, se orientan a dar una especial protección a la mujer y a la vida humana en formación.

B. En el Derecho internacional convencional de los derechos humanos también se reconocen derechos reproductivos. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) establece, a hombres y mujeres, en condiciones de igualdad, el derecho a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a información, educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (art. 16). Además, se establecen los deberes de los Estados Parte —entre ellos El Salvador— de adoptar las medidas necesarias para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12.1); de garantizarle a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior a este, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario (art. 12.2)".

En ese mismo orden, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el principio del interés superior de la niñez (art. 3), según el cual: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". También prescribe en su art. 12 que: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. --- 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

El art. 24.2 letra c) de la mencionada Convención prescribe que: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

Por su parte, la Ley Especial de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA) reconoce el interés superior de la niñez, conforme al cual se exige tomar en consideración la opinión de los niños y niños en los asuntos de su interés, así como el consentimiento de sus padres o de quienes ejerzan la representación, a fin de que la decisión que deba tomarse respete sus derechos fundamentales (art. 12).

La LEPINA reconoce, asimismo, el derecho a la salud sexual y reproductiva de la niñez y adolescencia, el derecho a recibir información y educación en esta materia, de forma prioritaria por sus padres, y a tener acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral (art. 12)".

AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA

"*C.* Algunas manifestaciones concretas de los referidos derechos son la autodeterminación reproductiva y el derecho a la salud reproductiva (arts. 2 y 65 de la Cn. respectivamente).

a. La *autodeterminación reproductiva* es una manifestación del *derecho de libertad (art. 2 inc. 1° Cn.),* en virtud del cual —como se sostuvo en las Sentencias del 14-XII-2005 y 25-IX-2013, Inc. 17-95 y Amp. 545-2010 respectivamente— las personas tienen derecho a organizar su vida individual y social como deseen, es decir, a optar por una acción, cosa o situación conforme a sus propias ideas, preferencias, intereses y capacidades sin mediación de influencias externas no deseadas, teniendo únicamente que respetar las prohibiciones establecidas en la Constitución y la ley. De forma correlativa, los poderes públicos tienen el deber de respetar y de garantizar a la persona que, en su condición de ser racional, igual, libre y capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con su entorno, pueda, sin interferencias injustificadas, optar por aquellos aspectos de la vida que más se ajusten a su personalidad, ideas e intereses y que coadyuven al desarrollo de su personalidad en los ámbitos individual, familiar y social.

Concretamente, la *autodeterminación reproductiva* es un derecho fundamental que le permite a su titular decidir libremente si desea procrear o no, reconociéndole autonomía para elaborar su proyecto de vida en el ámbito reproductivo de acuerdo con su voluntad informada, sus valores y expectativas. Por ello, el ámbito de protección del aludido derecho se orienta a garantizar el libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que le permite a todo ser humano decidir la conformación de su familia, es decir, la posibilidad de ser padre o madre, de escoger la persona con quien se desarrollará el plan de procreación, el número de hijos que tendrá y el intervalo que mediará entre ellos. Dicha autonomía se refiere únicamente a la libertad de toda persona de elaborar y llevar a cabo su plan de procreación, pero no significa, como se dijo en la Sentencia del 20-XI-2007, Inc. 18-98, que pueda desconocerse o anularse el derecho a la vida del *nasciturus.* De forma correlativa, el ámbito de protección del aludido derecho prohíbe la interferencia de terceros en la esfera de autonomía de su titular, de manera que este no sea objeto de manipulaciones tendientes a limitar o anular su libertad de decisión informada.

Con relación a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) sostiene que el reconocimiento de la *autonomía reproductiva* deriva del art. 16 letra e) de la CEFDM y se vulnera cuando "se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos" (Sentencia del 28-XI-2012, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica,* párr. 146).

Con relación a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) sostiene que el reconocimiento de la *autonomía reproductiva* deriva del art. 16 letra e) de la CEFDM y se vulnera cuando "se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos" (Sentencia del 28-XI-2012, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica,* párr. 146).

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

"El *derecho a la salud reproductiva* es una manifestación del derecho a la salud y faculta a su titular a recibir la atención sanitaria adecuada en las distintas etapas de desarrollo de su plan de procreación, a efecto de garantizarle que este se lleve a cabo en condiciones óptimas y dignas. Dicha atención conlleva, entre otros aspectos, el deber de proporcionarle a la persona orientación sobre los métodos de planificación familiar y de brindarle atención médica adecuada durante el embarazo, el parto y el período posterior a este. Como derivación de lo anterior, la *salud reproductiva* persigue garantizarle al individuo un estado de completo bienestar físico y mental en el desarrollo de su proyecto reproductivo, no solo evitarle las enfermedades o complicaciones sanitarias que surjan en ese proceso".

SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

"Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) sostiene que la *salud sexual y reproductiva* es "la condición en la cual se logra el proceso reproductivo en un estado de completo bienestar físico, mental y social para la madre, el padre y los hijos/as y no solamente en ausencia de enfermedad o trastornos de dicho proceso. Supone la integración de los aspectos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales de la sexualidad, de manera que se enriquezcan y estimulen la personalidad, la comunicación y el amor". Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sostiene que la salud sexual y reproductiva implica que "las personas [disfruten] de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia" *(Salud en las Américas,* Vol. I-Regional, 2007).

Con relación a ello, la CrIDH —retomando los lineamientos de la III Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo— sostuvo que la *salud reproductiva* es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos" (caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* cit., párr. 148)".

ATENCIÓN A LA SALUD REPRODUCTIVA

"Finalmente, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional relacionada, se definió la *atención de la salud reproductiva* como "el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.

Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual"".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 749-2014, fecha de la resolución: 11/03/2015.

DERECHO A LA SALUD Y MEDIO AMBIENTE SANO

PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y SUS CONCRECIONES

"IV**.** *1.* A. En la Sentencia del 9-XII-2009, Amp. 163-2007, se afirmó que la regulación de las obligaciones del Estado en relación con la política ambiental y los límites prescritos a esa actividad son establecidos en favor de las personas, lo cual conlleva que *el derecho al medio ambiente sano* tenga rango constitucional y que, en consecuencia, sea obligación del Estado proteger a aquellas en su conservación y defensa.

Este derecho se refiere a la obligación de preservar el medio ambiente, por lo que sus titulares pueden exigir del Estado medidas suficientes de protección. De ahí que este derecho presente una vertiente prestacional; por tanto, presupone la actividad del legislador y la acción protectora de los poderes públicos mediante las instituciones creadas para alcanzar tal finalidad, así como la participación solidaria de los particulares y de la colectividad en general para su preservación.

En efecto, los poderes públicos deben regular y limitar el aprovechamiento de los recursos naturales para asegurar su protección, pues están obligados a poner a disposición de la población los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. En ese sentido, las personas tienen el derecho a recibir de los poderes públicos la protección a un "medio ambiente adecuado" para su desarrollo, por lo que tanto el acceso como el uso de los recursos naturales deben realizarse según las condiciones fijadas por las autoridades competentes, las cuales deben asegurar la adecuación de esas actividades a la finalidad del contenido del derecho.

De ahí que la adecuación del medio ambiente para el desarrollo de la persona, la calidad de vida de esta y su salud, así como el uso racional de los recursos naturales y la intensidad en la protección del entorno, son aspectos que ineludiblemente deben ser evaluados por los poderes públicos, por lo cual no es posible que cada titular del derecho interprete a su conveniencia los términos en los cuales las políticas de protección del medio ambiente deben ser orientadas, En efecto, el carácter colectivo de este derecho exige esa intervención pública que valore la adecuación de los bienes ambientales y el grado de preservación y protección necesarios para que el entorno pueda seguir siendo disfrutado.

B. El art. 117 de la Cn. asegura la protección estatal del medio ambiente mediante la garantía de la utilización racional de los recursos y la obligación de los poderes públicos de respetar principios ambientales como el proteccionista, el cual se materializa en los principios de prevención y precaución, que se distinguen de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una determinada acción.

En términos generales, si se tiene conocimiento previo de las consecuencias negativas que una determinada acción tendrá para el medio ambiente, estas se deben prevenir. Por el contrario, si no se tiene la certeza de que dichas consecuencias dañinas se producirán porque en el ámbito científico existen dudas o no hay pruebas al respecto, se deben tomar todas las medidas de precaución necesarias en favor del medio ambiente".

"*a.* El principio de prevención implica la utilización de mecanismos, instrumentos y políticas con el objetivo de evitar afectaciones relevantes al medio ambiente, no necesariamente prohibiendo una actividad, sino condicionando, supervisando y controlando su ejecución. Este principio utiliza numerosos instrumentos de gestión para concretar su función, entre los que se pueden citar: *(i)* las declaratorias de impacto ambiental, *(ii)* los permisos y licencias ambientales, *(iii)* los estudios de impacto ambiental y sus planes de manejo, *(iv)* la auditoría ambiental y *(v)* la consulta pública.

En la práctica, la medida protectora de carácter preventivo más importante es *la evaluación del impacto ambiental,* la cual se realiza por medio de la elaboración de un estudio que introduce la variable ambiental en la ejecución de proyectos, tanto públicos como privados. El análisis del impacto ambiental se inserta en un procedimiento que tramita la Administración Pública, cuya decisión concede o deniega la autorización para realizar un proyecto con incidencia en el medio ambiente".

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN O PRECAUTORIO

"*b.* El principio de precaución opera ante la incertidumbre o el desconocimiento científicos respecto a qué impactos tendría una actividad sobre el ambiente y la salud de los seres vivos, obligando a que no se autorice una actividad ni se proceda a otorgar un permiso. De ahí que, con la finalidad de proteger el medio ambiente, las instituciones encargadas deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. En ese sentido, el criterio hermenéutico que en este campo debe prevalecer es el que considera que, en caso de duda, debe de resolverse siempre lo más favorable al medio ambiente".

DERECHO A LA SALUD

"*2. A.* El derecho a la salud está reconocido en el art. 65 de la Constitución, el cual establece que "La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las Personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento." En concordancia con lo anterior, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador (arts. 12 y 10, respectivamente) reconocen que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

B. En la Sentencia del 20-VI-2005, Amp. 634-2000, se sostuvo que la salud, en sentido amplio, es un estado de completo bienestar físico y mental de la persona, cuyo disfrute posibilita a los individuos contar con una de las condiciones necesarias para vivir dignamente. Dicha condición no se reduce a un objetivo

a alcanzar por el Estado, sino que es el derecho fundamental de toda persona de acceder a los mecanismos dispuestos para la prevención, asistencia y recuperación de la salud en los términos previstos en los *arts 2* y *65 de la Cn.* y la legislación de la materia.

Con relación al contenido del *derecho a la salud,* en las Sentencias de 17-XII-2007 y 21-IX-2011, Amps. 674-2006 y 166-2009, respectivamente, se desarrollaron tres aspectos que integran su ámbito de protección: *(i)* la adopción de medidas para su conservación, de ahí que, desde el punto de vista positivo, se deban implementar medidas que prevengan cualquier situación que la lesione o que restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, se debe evitar la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; *(ii)* la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de acceder al sistema o red de servicios de salud; y *(iii)* la vigilancia de los servicios de salud, lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas con la salud.

C. a. En la referida Sentencia de Amp. 634-2000, se sostuvo que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MINSAL) es la instancia estatal encargada de garantizar la conservación de la salud de las personas, específicamente es el competente para prevenir con acciones concretas posibles atentados a la salud. Así, el art. 56 del Código de Salud (CS) establece que el MINSAL, por medio de los organismos regionales, departamentales y locales de salud, desarrollará programas de saneamiento ambiental encaminados a lograr para las comunidades, entre otros servicios, el abastecimiento de agua potable y la eliminación y control de contaminaciones del agua de consumo, del suelo y del aire.

b. Aunado a ello, la adopción de medidas para la conservación del derecho a la salud que prevengan cualquier situación que lo lesione o ponga en riesgo también es facultad del MARN, pues este es el encargado de autorizar la realización de proyectos –previo análisis de los respectivos estudios de impacto ambiental– que pueden tener una incidencia negativa en el medio ambiente y, en consecuencia, provocar daños a la salud de la población".

MEDIO AMBIENTE, ELEMENTO DETERMINANTE PARA LA SALUD

"Al ser el medio ambiente un elemento determinante para la salud, el control y la prevención de los riesgos ambientales constituyen una prioridad para la efectiva protección de la salud de la población. Así, la tutela integral de este derecho requiere de un medio ambiente adecuado, libre de contaminación y degradación que garantice el bienestar de las personas. Es precisamente en esa labor que el MARN desempeña un papel trascendental para el respeto del derecho a la salud, al ser una institución que se encuentra en la obligación de participar y colaborar en el cumplimiento de la política nacional de salud.

D. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que existe una relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física. Así, en el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador de fecha 24-IV-1997, afirmó que "el ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física

está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos"".

VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL ANTE OMISIÓN DEL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES DE CONTROLAR ACTIVIDAD DE RELLENO SANITARIO

"*C. a.* En lo tocante a la afirmación de los peticionarios en el sentido de que el Relleno Sanitario de Santa Ana ha ocasionado perjuicios concretos al medio ambiente de la zona con incidencia directa en sus derechos a la vida y a la salud, los señores [...] expusieron –en la audiencia probatoria del 27-IV-2015– que dichas instalaciones funcionan como "un botadero de basura a cielo abierto", con lo cual dieron a entender que el citado relleno es solamente un lugar en el que se acumulan desechos a los que no se les da ningún tratamiento.

Además, manifestaron que, desde la construcción del relleno, han aumentado el número de enfermedades respiratorias y gastrointestinales sufridas por ellos y sus familias, la contaminación de las fuentes de agua potable de la zona, la proliferación de animales carroñeros y el hedor insoportable que emana de dicho lugar. Todo lo anterior, concluyen, se ha producido por la falta de control por parte del MARN respecto a las condiciones de funcionamiento del relleno en cuestión.

b. Al respecto, debe mencionarse que, por la naturaleza de los derechos " fundamentales cuya vulneración se alegó en el presente amparo, este Tribunal consideró necesaria la implementación de ciertas medidas cautelares innovadoras que, aparte del objetivo inherente a esta clase de providencias –garantizar la eficacia de la decisión que eventualmente se pronuncie–, se emitieron en orden a comprobar si la actividad del Relleno Sanitario de Santa Ana tenía los efectos perniciosos en el medio ambiente denunciados por los peticionarios. Es bajo esta lógica que, en el auto de fecha 27-III-2015, se admitieron como prueba los estudios científicos realizados por el MARN a efecto de dar cumplimiento a las aludidas medidas precautorias y, en ese sentido, resulta pertinente analizar su contenido.

En el primero de tales informes, presentado por el MARN el 29-I-2015, se estableció que "el diseño del relleno sanitario contempla la impermeabilizada [*sic*] de la celda de disposición de desechos sólidos con una capa de 30 centímetros de arcilla compactada y geomembrana de 1.5 mm de espesor, un sistema de drenaje de lixiviados y de gases a través de chimeneas, una laguna impermeabilizada [...] para la captación yretención de lixiviados [y] un sistema para la recirculación [de estos]; garantizando que los desechos dispuestos en la celda y los lixiviados generados no toquen suelo natural y que no se descarguen a los cuerpos de agua".

Así también, en dicho informe se describe la realización de pruebas en el agua y suelo del inmueble en el que se encuentra ubicado dicho proyecto y de ciertas locaciones ubicadas en su perímetro. *En las muestras de aguas superficiales, se obtuvo como resultado que tres de los parámetros fijados para el es-*

tudio –aluminio, níquel y coliformes .fecales–presentaban niveles que excedían los límites máximos establecidos por la Norma Salvadoreña de Agua Potable. Respecto de ellos, se precisó que "no [era] posible asociar los incrementos de los niveles de níquel y aluminio al funcionamiento del relleno sanitario, ya que estas condiciones se observan en todos los sitios muestreados, inclusive en el sector aguas arriba del relleno sanitario". En relación con el análisis de suelo, no se detectó la presencia de metales pesados en ninguno de los puntos elegidos para tomar muestras, *a excepción de uno de ellos en el que se detectaron trazas de plomo;* no obstante ello, se consideró que "no [existían] riesgos a la salud o el medio ambiente debido a la exposición de las sustancias plomo, arsénico, mercurio y selenio".

En el segundo informe, elaborado con motivo de la ampliación de las medidas cautelares ordenada por esta Sala en auto de fecha 25-II-2015, se describió la realización de pruebas de calidad en cuerpos de agua ubicados dentro y fuera de las instalaciones del Relleno Sanitario de Santa Ana, específicamente en los ríos Amayo y San Jacinto. *En algunos de los puntos sometidos a evaluación, se hallaron niveles anormales de conformes fecales.* Respecto de tales hallazgos, en el informe se acota que "no [existen] datos concluyentes para identificar contaminación derivada del funcionamiento del relleno sanitario, lo que sí se concluye es que para prevenir una posible contaminación se debe dar continuidad a los monitoreos realizados, para esto el MARN plantea la implementación del sistema de monitoreo y seguimiento de rellenos sanitarios que actualmente está en prueba pero entrará oficialmente en vigencia en el segundo semestre de 2015".

c. A tenor de lo expuesto en tales informes, se *comprobó la presencia de ciertos niveles de contaminación en la zona del Relleno Sanitario de Santa Ana. Ello implica que el MARN incurrió en falta de control de la actividad del citado relleno y, por ende, vulneró el derecho a un medio ambiente sano de los peticionarios, con la consiguiente puesta en riesgo de sus derechos a la vida* y *a la salud. En vista de todo lo anterior, es procedente estimar la pretensión planteada respecto a este motivo de queja"*.

"*1.* El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya nosea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o M. ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de 15-II-2013, Amp. 51- 2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración del derecho al medio ambiente sano de los peticionarios –con la consiguiente puesta

en riesgo de sus derechos a la vida y a la salud–, el efecto restitutorio deberá considerarse desde una perspectiva material y consistirá en ordenar al MARN que cumpla con las recomendaciones establecidas en el informe presentado a esta Sala el 2l-IV-2015, en el sentido de: *(i)*establecer un sistema permanente de monitoreo y seguimiento del Relleno Sanitario de Santa Ana, con el que periódicamente se determine si la actividad del mencionado relleno produce o puede producir consecuencias perjudiciales para el medio ambiente de la zona, con especial énfasis en la protección de la salud de los residentes de la zona y del recurso hídrico, el cual, según se desprende de los informes agregados a este proceso, presenta anomalías cuya magnitud e implicaciones pueden aumentar de no ser vigiladas constantemente; y *(ii)* revisar las condiciones de operación establecidas en los permisos ambientales de construcción y funcionamiento del referido relleno, incluir aquellas que " coadyuven a una protección más eficaz del medio ambiente, en caso de ser necesarias, y ejercer una supervisión constante sobre el titular del proyecto a fin de que este cumpla estrictamente con tales condiciones. Sobre el cumplimiento de las anteriores medidas, *el MARN deberá presentar a esta Sala el informe correspondiente en el plazo de 90 días, a partir de la notificación de esta sentencia"*.

REQUISITOS QUE DEBERÁN COMPROBARSE EN SEDE CIVIL PARA DEMOSTRAR RESPONSABILIDAD CIVIL

"*B.* Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., queda expedita a los peticionarios la promoción de un proceso por los daños materiales y/o M. ocasionados en contra de las personas que cometieron la vulneración constitucional constatada en esta sentencia.

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a dichas personas, independientemente de que se encuentren o no en el ejercicio de los cargos respectivos, deberá comprobárseles en sede ordinaria que incurrieron en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada por sus actuaciones dio lugar a la existencia de tales daños –morales o materiales–; y *(ii)* que dicha circunstancia se produjo con un determinado grado de responsabilidad –dolo o culpa–. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda, dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso particular".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 931-2014, fecha de la resolución: 15/06/2015.

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL

FACETAS

"*2. A.* El *derecho a la seguridad personal* tiene fundamento en el *art. 2 inc. 1° Cn.* En el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitu-

ción se expone que el derecho a la seguridad comprende la seguridad material e inmaterial. Por una parte, se trata del derecho de la persona a estar exenta de todo peligro, daño o riesgo que ilegítimamente amenace sus derechos. Por otra parte, implica seguridad jurídica, es decir, la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara.

El derecho a la seguridad personal tiene una faceta colectiva y una faceta individual. La faceta colectiva se refiere al derecho de los miembros de la sociedad en su conjunto a ser protegidos frente a aquellas circunstancias que ponen en riesgo bienes jurídicos colectivos importantes para la misma, como por ejemplo el patrimonio público, el espacio público, la salud y el medio ambiente.

La perspectiva individual está referida al derecho de las personas de recibir protección adecuada de las autoridades cuando quiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar estos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad".

TUTELA DEL DERECHO DEPENDIENDO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO ESPECÍFICO

"B. La posibilidad de tutelar el derecho a la seguridad personal depende especialmente de las circunstancias del caso específico, y estas deben ser evaluadas como un todo para establecer la naturaleza, alcance, intensidad y continuidad de los riegos que gravitan sobre el o los individuos, según el caso. En consecuencia, el funcionario competente, ante quien se haya manifestado la situación de riesgo, deberá evaluar en el caso específico si el riesgo es concreto, presente, relevante y excepcional.

C. A fin de que las prestaciones necesarias en cada situación concreta para garantizar el derecho a la seguridad personal sean exigibles al Estado, es preciso probar los hechos que apuntan a la existencia de un riesgo extraordinario o extremo. Así, será necesario demostrar: *(i)* que el riesgo respecto del cual se pide protección ante las autoridades administrativas o judiciales competentes reúne todas o la mayoría de las características antes apuntadas; y *(ii)* la situación de vulnerabilidad o especial exposición al riesgo en que se encuentran la persona o grupo de personas afectadas".

ALCALDE MUNICIPAL VULNERÓ EL DERECHO DE PETICIÓN DEL DEMANDANTE CON RELACIÓN AL DERECHO DE SEGURIDAD PERSONAL Y COLECTIVA

"*2. A.* Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos y datos: *(i)* que el señor [...]., en calidad de Presidente de la Asociación de Desarrollo Comunal del Cantón Las Lomas, presentó de manera escrita y en forma decorosa una solicitud, en fecha 6-XI-2012, al Alcalde Municipal de San Bartolomé Perulapía, para que esta autoridad gestionara un proyecto de construcción e instalación de un puente en el paso del río Chancuiste, que conecta el Cantón Las Lomas con la Comunidad Bosques de Perulapía, la cual fue reiterada, también de forma escrita, el día 5-XII-2012; ello ha sido comprobado con

las copias simples de dichas peticiones, en las que se consignó sello y firma de recibido en la Alcaldía Municipal correspondiente; *(ii)* que la única gestión realizada por el Alcalde Municipal, con posterioridad a la primera petición, consistió en solicitar al MOPTVDU, el 30-XI-2012, una inspección y presupuesto para la construcción de una pasarela peatonal en el paso del río Chancuiste, lo que se ha comprobado con las copias simples de escrito de fecha 30-XI-2012 y del oficio 020/2012 de fecha 12-VI-2013, así como con escrito original, de fecha 17-III-2014, remitido por el Director del Centro de Emergencia del MOPTVDU al Alcalde de San Bartolomé Perulapía; y *(iii)* que el Alcalde Municipal respondió por escrito la petición del señor A. C. en fecha 31-VII-2013, como forma de cumplir la medida cautelar ordenada por esta Sala; lo que se ha comprobado con la copia simple de la respuesta en la que se consignó sello y firma, en el sentido de informarse a los miembros de la Asociación de Desarrollo Comunal del Cantón Las Lomas que en fecha 12-VI-2012 se solicitó al Coordinador Logístico del FOVIAL la realización de una inspección para la construcción de un puente en el paso del río Chancuiste y que el día 30-XI-2012 se remitió al MOPTVDU una solicitud de inspección y presupuesto para la construcción de una pasarela peatonal en el paso del río Chancuiste.

B. En relación con ello, el apoderado de la autoridad demandada argumentó que la omisión de contestar en forma escrita la solicitud planteada por el señor A. C. no constituyó un agravio para los habitantes de la referida comunidad, en cuanto a poner en riesgo su seguridad, pues aquella fue respondida en forma verbal y con la documentación aportada demostró que se ha hecho todo lo posible para gestionar el proyecto correspondiente ante las autoridades competentes, específicamente el MOPTVDU. Asimismo, manifestó que el MOPTVDU no tenía prevista la construcción de la obra solicitada y que la municipalidad de San Bartolomé Perulapía se encontraba imposibilitada para ejecutar la obra, por no contar con capacidad económica, pero se comprometía a buscar cooperantes internos y externos que ayudaran a solucionar el problema de la comunidad.

C. a. Ahora bien, del contenido de la documentación aportada se infiere que la autoridad municipal ante la cual el demandante formuló su petición, de acuerdo con sus potestades legales, tenía la obligación de contestar la solicitud formulada. En efecto, el Código Municipal (arts. 4 n° 1 y 25, 31 n° 5, y 124) establece, entre otras, la competencia y obligación de las municipalidades de planificar y ejecutar obras de beneficio comunal. Si bien el contenido de la solicitud planteada por el actor estaba referida a la gestión de un proyecto que implicaba la coordinación con otras instituciones gubernamentales, específicamente con el MOPTVDU y el FISDL, conforme a las competencias que le atribuye la legislación municipal el Alcalde se encontraba obligado a proporcionar una respuesta y hacerla saber al interesado en un plazo razonable.

No es suficiente argumentar que la petición se respondió de manera oral, pues el derecho de petición se satisface cuando la respuesta se da en forma motivada, congruente y haciendo saber a los interesados su contenido, lo que implica que dicha respuesta se debe brindar por escrito.

b. Por otra parte, se colige que la contestación que brindó el Alcalde no fue efectuada dentro de un plazo razonable, en razón de que esta se proporcionó 8

meses y 25 días después de realizada la solicitud inicial, pues esta se efectuó el día 6-XI-2012 y la respuesta fue notificada el 31-VII-2013. Además, en el documento se hizo constar de forma expresa que la respuesta se proporcionaba en cumplimiento de la medida cautelar ordenada por esta Sala en el auto de fecha 5-VII-2013.

Asimismo, se deduce que la actitud de la autoridad demandada fue de inactividad durante el tiempo que invirtió para dar una respuesta escrita al peticionario, debido a que se observa que la mayoría de los documentos con los que intentó demostrar que la municipalidad había gestionado un proyecto para la construcción de un puente en la zona del Cantón Las Lomas fueron emitidos en fechas previas a la formulación de la solicitud del señor A. C.

c. En ese sentido, se advierte que los oficios 020/2012 y 021/2012, remitidos por la municipalidad de San Bartolomé Perulapía a la Jefa del Departamento de Diseño y Supervisión de Obras Civiles de la Alcaldía Municipal de San Salvador y al Coordinador Logístico del FOVIAL, corresponden a las fechas 12-VI-2012 y 18-VI-2012 respectivamente, es decir que son anteriores a la solicitud formulada por el señor A. C. Igual situación se aprecia con el informe de inspección realizado por el MOPTVDU, que data del 22-II-2010.

En dicho informe se determina que el punto donde se localiza el río Chancuiste y se requiere la construcción de la obra de paso se encuentra altamente contaminado, ya que en él se evacuan las aguas negras provenientes de las zonas urbanas de San Martín y San Bartolomé Perulapía, lo que pone en peligro de contraer enfermedades a los peatones que cruzan el río y accidentalmente hacen contacto con el agua contaminada, y por no contarse con una obra de paso en ese lugar, dichos peatones también corren el riesgo de ser arrastrados por las corrientes cuando estas crecen en invierno. Además, se recomienda la celebración de un convenio entre la Alcaldía y el MOP a efectos de que se construya un puente provisional o que, con recursos propios de la Alcaldía, se realicen los estudios hidrológicos e hidráulicos correspondientes y, de acuerdo con los resultados, se decida qué tipo de obra se debe diseñar y construir para solucionar el problema en el sector.

Lo anterior permite concluir que la autoridad demandada tenía conocimiento previo del fondo de la petición formulada por el señor A. C., lo cual posibilitaba que, a pesar de la complejidad de la solicitud, aquella brindara una respuesta en un periodo razonable.

d. Vinculado con lo anterior, se observa, por una parte, que en el escrito remitido por el Director del Centro de Emergencia del MOPTVDU al Alcalde de San Bartolomé Perulapía se indicaba que esta comunicación se daba en respuesta a las notas recibidas los días 15-X-2013 y 30-X-2013. Y, por otra parte, que la nota por medio de la que el Alcalde informó a los habitantes del Cantón Las Lomas las gestiones realizadas para atender su solicitud fue notificada el 31-VII-2013. De ello se colige que las únicas gestiones realizadas por el Alcalde con posterioridad a las peticiones del actor fueron derivación de la medida cautelar ordenada por esta Sala el 5-VII-2013.

e. Aunado a ello, se considera que la falta de respuesta en un plazo razonable no puede ser atribuida a una actitud de negligencia de la parte demandante

en este proceso, pues esta, al percatarse de la demora en la respuesta a su solicitud, interpuso de forma escrita, reiterada y decorosa otra petición ante la autoridad respectiva.

f. Lo antes expuesto permite inferir que en este caso el plazo para emitir una respuesta a lo solicitado por el señor [...]. fue irrazonable, lo cual menoscabó la protección efectiva del derecho a la seguridad personal de él y los demás habitantes del Cantón Las Lomas, pues estos se encontraron expuestos a riesgos, como adquirir enfermedades o ser arrastrados por la corriente del río Chancuiste, riesgos que no tenían el deber jurídico de soportar y que la autoridad demandada estaba en la obligación de mitigar. En consecuencia, se concluye que *el Alcalde Municipal vulneró el derecho de petición del señor [...]., con relación al derecho a la seguridad personal de él y los demás habitantes del Cantón Las Lomas, siendo procedente estimar la pretensión".*

EFECTO RESTITUTORIO: ORDENA QUE SE GESTIONE DE MANERA INMEDIATA POR PARTE DEL MUNICIPIO, ACTOS Y MEDIOS DE PROTECCIÓN, ADECUADOS Y SUFICIENTES PARA EVITAR QUE LA AMENAZA A LA SEGURIDAD PERSONAL DE LOS DEMANDANTES SE MATERIALICE O SE INCREMENTE

"VI. Determinadas las transgresiones constitucionales derivadas de la omisión del Alcalde Municipal, corresponde establecer el efecto restitutorio de esta sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el caso que nos ocupa, se comprobó que la autoridad demandada vulneró el derecho de petición del señor Manuel A. C., en relación con el derecho a la seguridad personal de él y los demás habitantes del Cantón Las Lomas, al darle una respuesta a su escrito del 31-X-2012 en un plazo irrazonable: 8 meses y 25 días después de presentada la referida solicitud.

Así, respecto al derecho de petición se infiere que la omisión impugnada consumó sus efectos, *lo que impide una reparación material,* por lo que procede únicamente declarar mediante esta sentencia la infracción constitucional a este derecho, *quedando expedita a la parte demandante, en atención a los aras. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la promoción de un proceso, por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración declarada en esta sentencia, directamente en contra de la o las personas que ocuparon el cargo de Alcalde Municipal de .San Bartolomé Perulapía mientras persistió la vulneración aludida.*

B. Sin embargo, con relación al derecho a la seguridad personal, este Tribunal, en el auto de 5-VII-2013, adoptó como medida cautelar la obligación del Alcalde Municipal de tomar las medidas necesarias para salvaguardar ese derecho a los habitantes del Cantón Las Lomas. No obstante, de la prueba valorada en el proceso no se logra advertir que la autoridad demandada haya realizado todas las gestiones y medidas necesarias para garantizar tal derecho a los habitantes del cantón aludido. Con relación a ello, conviene aclarar que el demandante del presente amparo pedía que esta Sala ordenara la construcción de un puente en el referido cantón. Sin embargo, en el presente caso no se logró determinar con exactitud el alcance, intensidad y continuidad de los riesgos que sufre dicha comunidad para poder ordenar con precisión la medida idónea que garantice su derecho a la seguridad personal.

Por lo anterior, el efecto material de esta sentencia consistirá en ordenar al Alcalde Municipal de San Bartolomé Perulapía que *gestione de manera inmediata, ante las autoridades competentes, medios de protección específicos, adecuados y suficientes para evitar que la amenaza a la seguridad personal de dichos habitantes se materialice o que el riesgo se incremente.* En ese sentido, parte de las obligaciones de la autoridad demandada para satisfacer este derecho incluiría gestionar y coordinar con otras instituciones estatales (por ejemplo el MOPTVDU, FISDL, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, etc.) la realización de estudios de caracterización del riesgo de inundaciones en la zona (análisis de los factores de peligrosidad, vulnerabilidad y exposición) con el objeto de tener información técnico-científica que permita decidir qué tipo de acciones deben tomarse para mitigar el riesgo (obras de mitigación estructural: puente, pasarela peatonal, estabilización de taludes, reubicación de población etc.; obras de mitigación no estructural: sistemas de alerta temprana, mapas de riesgo de inundaciones y peligrosidad asociada, etc.)".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 787-2012, fecha de la resolución: 28/04/2015.

DERECHO A RECURRIR

CONTENIDO RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"*2.A.* En cuanto al *derecho a los medios impugnativos o derecho a recurrir,* se ha sostenido –*v.gr.,* en las Sentencias de fechas 4-II-2011, 24-XI-2010 y 4-VI-2010, emitidas en los procesos de Amp. 224-2009, 1113-2008 y 1112-2008, res-

pectivamente– que este es un derecho de naturaleza constitucional procesal que esencialmente dimana de la ley, pero también se ve constitucionalmente protegido en cuanto *constituye una facultad para que las partes intervinientes en un proceso o procedimiento tengan la posibilidad de agotar todos los medios para obtener una reconsideración de la resolución impugnada por parte del tribunal o ente administrativo superior en grado de conocimiento.*

Y es que, si bien corresponde a la jurisdicción ordinaria la interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan los presupuestos y requisitos establecidos en la ley para la válida promoción de los medios impugnativos, ello no obsta para que dicha concreción se realice de conformidad con la Constitución, esto es, en la forma más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales.

B. Consecuentemente, cuando se ha establecido legalmente un medio para la impugnación de las resoluciones emitidas en un proceso o procedimiento concreto, o para una clase específica de resoluciones, el derecho de acceso al medio impugnativo adquiere connotación constitucional y una negativa de este basada en la imposición de requisitos e interpretaciones impeditivas u obstaculizadoras que resulten innecesarias, excesivas o carezcan de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislativo, deviene en vulneradora de dicho derecho".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 272-2013, fecha de la resolución: 20/11/2015.

CRITERIO DE FALTA DE IMPUGNABILIDAD OBJETIVA DE PARTE DE AUTORIDAD DEMANDADA PARA RECHAZAR EL RECURSO DE APELACIÓN, VULNERA DERECHOS CONSTITUCIONALES

"*3. A.* En otro orden, la parte actora también estimó vulnerados sus derechos a los medios impugnativos y a la propiedad, en razón de que la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia pronunciada por el Juez Cuarto de Paz de San Miguel, bajo el argumento de que la misma había sido emitida de conformidad con la LEGPPRI y que tal cuerpo normativo no contempla la posibilidad de impugnar dicha resolución.

B. Al respecto, tal como se acotó *supra,* el procedimiento prescrito en la LEGPPRI fue sometido a conocimiento de este Tribunal mediante el proceso de Inc. 40-2009, dentro del cual se emitió la sentencia de fecha 12-XI-2010. Uno de los puntos abordados en la referida sentencia fue el relativo a la imposibilidad de impugnar las resoluciones pronunciadas conforme a la LEGPPRI ante una instancia superior en grado, es decir, que el procedimiento establecido en dicha ley no prescribe la oportunidad de interponer recurso alguno para someter a conocimiento de otra autoridad la sentencia emitida en ese trámite.

En efecto, el art. 6 de la LEGPPRI determina que, después de concluida la audiencia, el juez emitirá la resolución correspondiente, ordenando, en su caso, el desalojo del inmueble invadido y previniendo a los invasores que ventilen sus derechos ante el juez competente. Sobre este punto, se evidenció que la decisión a la que hace referencia dicho artículo tendría como efecto la limitación del

ejercicio de un derecho fundamental y teóricamente cabe la posibilidad de que la condena no haya sido impuesta conforme a Derecho.

En ese sentido, se advirtió, por una parte, que la LEGPPRI no determina expresamente cuál es la vía procedimental a seguir o si se aplicará supletoriamente alguna ya prevista en la ley p1ocesal; y, por otra parte, que el supuesto proceso, en el cual los "invasores" podrán ventilar sus derechos una vez que han sido condenados, no se configura como un mecanismo por medio del cual pueda controlarse la actividad judicial y sea factible provocar la reforma, revocación o anulación de la decisión definitiva que se considera incorrecta.

Para solventar tal situación —se sostuvo— resulta pertinente acudir al estatuto jurídico-procesal del órgano jurisdiccional al que se ha dado la competencia para conocer de este tipo de pretensiones para garantizar la propiedad o posesión regular de inmuebles y buscar dentro del contexto de sus respectivas competencias el medio de impugnación más adecuado. Así, se afirmó que el estatuto jurídico procesal que constituye el margen de actuación para la jurisdicción civil y que, a su vez, sirve de instrumento auxiliar supletorio a otras materias de conocimiento judicial es el Código Procesal Civil y Mercantil, dada la amplitud con que desarrolla los diversos trámites y procedimientos pertinentes a esta materia, por lo que es en dicho cuerpo normativo que debe buscarse la integración de alguna figura de impugnación que resulte pertinente y adecuada a los fines de la disposición omisa.

En efecto, el Código Procesal Civil y Mercantil —específicamente en sus art. 471, 476 inc. 2° y 508— prevé que en aquellos procesos jurisdiccionales en los que se tutele la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos —en los términos de los art. 918 al 951 del Código Civil— se habilita la interposición del recurso de apelación contra la sentencia emitida en ellos. En ese sentido, al existir en las pretensiones iniciadas con fundamento en la LEGPPRI un fundamento análogo —la tutela del derecho a la propiedad o a la posesión regular sobre un inmueble—, resulta pertinente integrar la normativa procesal y habilitar para la sentencia emitida con ocasión de este tipo de reclamos *el recurso de apelación,* con el objeto de que el tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, *la confirme, reforme, revoque o anule.*

C. Efectuadas las anteriores consideraciones *y* en atención al criterio jurisprudencial sostenido en la sentencia de Inc. 40-2009, en la cual se declaró que los arts. 4, 6 y 7 de la LEGPPRI admiten una interpretación conforme con la Constitución, *se concluye que la aplicación de la referida ley no resulta contraria a la normativa constitucional, siempre y cuando el juzgador se ajuste a los parámetros establecidos en la referida sentencia.*

Por consiguiente, *se colige que la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente, al haber declarado improcedente el trámite del recurso interpuesto bajo el criterio de falta de impugnabilidad objetiva, vulneró el derecho a recurrir de la parte demandante, así como el derecho a la propiedad que esta pretende le sea reconocido en esa sede ordinaria; razón por la cual deberá estimarse la pretensión constitucional planteada con relación a dichos derechos y, en consecuencia, declarar ha lugar el amparo requerido.* Además, es de hacer notar que

la resolución pronunciada por la aludida Cámara fue emitida *con posterioridad a la adopción por parte de este Tribunal del criterio jurisprudencial antes señalado.*

VI. Determinada la vulneración constitucional antes mencionada, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados.

En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, pronunciada en el Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración del derecho a recurrir de la parte actora, en relación con el derecho a la propiedad que esta pretende hacer valer en sede ordinaria, el efecto restitutorio deberá considerarse desde una perspectiva material, consistente en dejar sin efecto la resolución emitida por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente el 30-I-2012, mediante la cual se declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; debiendo dicha autoridad pronunciar la resolución que corresponda tomando en cuenta el criterio jurisprudencial adoptado en la Sentencia de Inc. 40-2009, el cual ha sido relacionado en la presente resolución.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que ocupaban los cargos de magistrados de la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente cuando ocurrió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 444-2012, fecha de la resolución: 14/01/2015.

VULNERACIÓN POR NO TOMARSE EN CUENTA LA JUSTA CAUSA DE IMPEDIMENTO

"*2.* Establecido lo anterior, corresponde verificar si la autoridad demandada vulneró los derechos invocados por el peticionario.

El art. 229 del C.Pr.C. derogado, pero aplicable al caso, establecía que "Al impedido con justa causa no le corre término [...]". De igual manera, el art. 43 del Código Civil señala que es "fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir". Por su parte, esta Sala en la Resolución de 10-I-2007, Amp. 784-2006, estableció que, *para que un impedimento configure justa causa y habilite la*

suspensión de un plazo procesal, debe provenir de fuerza mayor o caso fortuito que coloque a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí o por mandatario. Esto es así porque dichas situaciones constituyen circunstancias ajenas a la voluntad de la parte, caracterizadas por su imprevisibilidad e irresistibilidad, que la colocan en la imposibilidad de realizar el acto, *no configurándose, por lo tanto, la justa causa de impedimento cuando el acto haya podido realizarse por un representante de la parte imposibilitada o cuando exista una mera dificultad.*

Asimismo, debe tomarse en cuenta que los actos procesales de comunicación efectuados en el caso en cuestión orientaron la actividad procesal a futuro de las partes. En ese sentido, dichas actuaciones les posibilitaron conocer lo que ocurría en el proceso, para poder defender sus derechos e intereses legítimos.

Desde esa perspectiva, el plazo de 5 días del que disponía la sociedad peticionaria desde el 23-XI-2011 para la interposición del recurso de casación no debía finalizar el 29-XI-2011, pues en esta fecha aún existía el obstáculo que le impedía depositar la cantidad de dinero que el art. 591 inc. 2° del CT exigía para que le fuera recibido el escrito correspondiente. Por el contrario, se ha comprobado que las actividades en el Ministerio de Hacienda se reanudaron con normalidad el 1-XII-2011, fecha en la cual la sociedad demandante presentó el recurso de casación.

Al respecto, si bien la Cámara Primera de lo Laboral no precisó en el auto de 1-XII-2011 por cuántos días había habilitado el plazo para la presentación del recurso, la sociedad pretensora debía disponer de dos días más para tal efecto, plazo que debía contabilizarse, bien a partir del día siguiente a la fecha en que cesó la causa que impidió a la parte la realización de un acto procesal –si se hubiera notificado la ampliación del plazo previo al cese de la misma–, bien a partir del día siguiente a la notificación de la ampliación –si esta se hubiera efectuado con posterioridad al cese de la causa que impidió la realización del acto procesal–. Esto en virtud de que si bien había una ampliación del plazo, esta surtiría efecto para las partes hasta que las mismas tuvieran conocimiento de la decisión del tribunal.

De ahí que el plazo para interponer el recurso habría abarcado del 2-XII-2011 al 3-XII-2011, en el supuesto de que la resolución de la Cámara Primera de lo Laboral que habilitó el plazo en cuestión se hubiera notificado el día 1-XII-2011. Sin embargo, de la documentación aportada se colige que la resolución del 1-XII-2011 fue comunicada al apoderado de la sociedad actora hasta el 14-XII-2011. Por ende, *el plazo para interponer el recurso de casación venció en los 2 días hábiles posteriores a dicha notificación, es decir, el 16-XII-2011.* Y es que, conforme al art. 212 del C.Pr.C. derogado, el día de la notificación no se contaba dentro del plazo fijado para los emplazamientos, apelaciones *y* demás recursos. Desde esa perspectiva, a pesar de que el peticionario interpuso el aludido recurso antes de que le fuera comunicada la habilitación del plazo que realizó la Cámara Primera de lo Laboral, ello no le restaba eficacia a la comunicación efectuada el 14-XII-2011.

De igual manera, pese a que la autoridad demandada argumentó que [...], S.A. de C.V., no interpuso recurso contra la resolución que pronunció el 26-X-2012, se advierte que dicha sociedad sí agotó los mecanismos impugnativos

idóneos para acudir a este Tribunal, pues, aparte del acceso al recurso casación que le fue denegado injustificadamente, no contaba con otra vía idónea a la cual acudir para solicitar la tutela de sus derechos. En efecto, en la Sentencia del 9-XII-2009, Amp. 18-2004, se sostuvo que la exigencia del agotamiento de los recursos debe ser razonable, en el sentido de atender a su *finalidad e idoneidad* para reparar la lesión de derechos fundamentales en cuestión.

Por consiguiente, se colige que la Sala de lo Civil vulneró los derechos a recurrir y a la propiedad de la sociedad peticionaria al declarar inadmisible el recurso de casación por extemporáneo, pues no consideró las circunstancias concretas que habían habilitado a la aludida sociedad para presentarlo con posterioridad al 29-XI-2011. *Por tales razones, resulta procedente declarar que ha lugar el amparo solicitado.*

VI**.** Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación de la Sala de lo Civil, corresponde establecer en este apartado el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, por medio de la resolución del 1-IX-2014 se ordenó la suspensión de los efectos de la sentencia proveída por la Cámara Primera de lo Laboral el 11-XI-2011. Asimismo, del informe remitido por el Juez Quinto de lo Laboral se concluye que aún no se había ejecutado dicha decisión, pues manifestó haber dado cumplimiento a la citada medida cautelar.

De ahí que el efecto a otorgarse en este proceso de amparo será *material* y consistirá en invalidar la resolución pronunciada por la Sala de lo Civil el 26-X-2012, mediante la cual declaró inadmisible por extemporáneo el recurso de casación promovido por la sociedad peticionaria, así como todos los actos derivados de dicha decisión. En consecuencia, *la Cámara Primera de lo Laboral deberá remitir nuevamente el recurso de casación interpuesto por el apoderado de [...], S.A. DE C. V., a la Sala de lo Civil, para que esta realice el examen de admisibilidad de dicho recurso, según los parámetros establecidos en la ley"*.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que ocupaban el cargo de magistrados de la Sala de lo Civil cuando ocurrió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 821-2013, fecha de la resolución: 21/10/2015.

DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

TITULARES DE DERECHOS DE CONTENIDO ECONÓMICO

"*1.*En la Sentencia del 6-VI-2014, Amp. 377-2012, se dijo que, debido a que una de las funciones de los derechos fundamentales es la protección del individuo –en su carácter individual o colectivo–, las organizaciones que las personas naturales creen para la satisfacción de sus intereses, en la medida en que efectivamente sirvan a esos intereses, también serán titulares de derechos fundamentales. Ahora bien, lo que condiciona la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas de Derecho Privado no son solo los fines para los que estas se constituyen, sino también la naturaleza del derecho fundamental cuya protección se pretende.

Así, debido a su naturaleza, en la jurisprudencia de esta Sala se ha admitido que las personas jurídicas de Derecho Privado son titulares, entre otros, de derechos de contenido procesal (audiencia, defensa, protección jurisdiccional, etc.) y de contenido económico (propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa, etc.). En todo caso, la no mención de un derecho fundamental, por parte de la jurisprudencia, como derecho del cual pueda predicarse la titularidad de personas jurídicas no implica que ello sea imposible, sino que deberá analizarse en el caso concreto la finalidad de la persona jurídica y la naturaleza del derecho fundamental alegado".

NATURALEZA DEL DERECHO AL HONOR

"*2.* Establecido lo anterior, es necesario determinar si las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor. Dicha tarea implica analizar la naturaleza del derecho y los fines para los cuales las personas jurídicas se pueden constituir.

El *derecho al honor* (art. 2 inc. 2° Cn.), por su misma naturaleza, no se presta fácilmente para una conceptualización abstracta; es preferible, a la hora de definirlo, 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, se ha llegado, incluso, a considerar que el honor es un concepto jurídico indeterminado, que necesariamente obliga al intérprete a acudir a la valoración social.

La doctrina adopta una perspectiva subjetiva y una perspectiva objetiva para definir el honor (Sentencias del 18-XII-2001 y 9-VII-2002, Amps. 227-2000 y 494-2001 respectivamente). Desde la perspectiva subjetiva, el honor es el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma. Desde la perspectiva objetiva, el honor es la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los demás. En esa línea, para fundamentar el derecho en cuestión, se dice que todo ser humano tiene derecho a ser tratado de una manera compatible con su dignidad; por ello, se debe asegurar que toda persona en sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas.

Ahora bien, aunque el honor tiene una íntima conexión con la dignidad de la persona humana, ello no impide que se extienda su protección a las personas jurídicas de Derecho Privado (asociaciones, sociedades, fundaciones, etc.). Al respecto, si bien es cierto que tal derecho, desde la perspectiva subjetiva reseñada, es incompatible con la idea de persona jurídica, la consideración es diferente al entender el honor en su sentido objetivo, el cual es un presupuesto necesario para regular la gestión de una persona jurídica. Así, por ejemplo, una sociedad mercantil puede verse afectada en su fama o imagen comercial cuando es objeto de señalamientos, por parte de un ente público, de que los bienes que ofrece o los servicios que presta son de deficiente calidad. De la misma manera, en el caso de asociaciones sin fines de lucro, organizaciones no gubernamentales o fundaciones, estas pueden sufrir menoscabos en su buen nombre o prestigio ante la sociedad cuando son víctimas de acusaciones que ponen en entredicho el cumplimiento de sus fines o manejo de los fondos que reciben.

En estos últimos supuestos, en definitiva, sí es posible afirmar la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas, ya que el desmerecimiento en la consideración ajena sufrido por una persona jurídica impide que esta pueda desarrollar libremente las actividades tendientes a lograr sus fines".

Por otro lado, el pleno ejercicio de sus derechos, por parte de las personas jurídicas de Derecho Privado, les garantizará libertad de actuación. Particularmente, las personas jurídicas deben gozar de aquellos derechos que sean medios o instrumentos necesarios para la obtención de su finalidad. Para ello deben gozar de ciertos derechos fundamentales como el derecho al honor. Pero no debe olvidarse que cualquier reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas parte de concebir a estas como instrumentos al servicio de los intereses de las personas naturales que las crearon".

POSIBILIDAD QUE LAS PERSONAS JURÍDICAS SEAN TITULARES DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

"*3.* En cuanto a la posibilidad de que las personas jurídicas de Derecho Privado sean titulares de la libertad económica, los argumentos consignados en el anterior apartado son igualmente aplicables, por lo que no se volverá a analizar ese punto.

Respecto de la *libertad económica* (art. 102 inc. 1° Cn.), esta Sala sostuvo en la Sentencia del 25-VI-2009, Inc. 26-2008, que se trata de un derecho subjetivo que conlleva para el Estado ciertas obligaciones: *(i)* abstenerse de imponer polí-

ticas públicas o legislativas que anulen o impidan el campo donde legítimamente puede desplegarse la iniciativa privada, y *(ii)*eliminar todos aquellos obstáculos que, en el plano de los hechos, coarten el pleno ejercicio de la libertad en cuestión.

En términos más concretos, la libertad económica es el derecho de toda persona a realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades y con miras a crear, a mantener o a incrementar su patrimonio, siempre que no se oponga al interés social. Entonces, el reconocimiento de este derecho persigue que los particulares ejerzan su actividad económica en un sistema competitivo, en condiciones de igualdad y sin impedimentos o interferencias derivadas de reglamentaciones, prohibiciones o actuaciones del Estado en general.

Así entendida, dicha libertad tiene –entre otras– las siguientes manifestaciones: *(i)* el libre acceso al mercado, que, a su vez, tiene como manifestaciones principales la libre concurrencia y la libre competencia; *(ii)* el libre ejercicio de la empresa o libertad de empresa, y *(iii)* la libre cesación de las dos manifestaciones anteriores. En todo caso, dichas libertades, sin perjuicio de su dimensión individual, están limitadas por los principios de la justicia social (art. 101 inc. 1° Cn.).

Sin perjuicio de lo anterior, es posible advertir vulneraciones de la libertad económica no solo con relación a las manifestaciones enunciadas, sino también –dado que su contenido es muy amplio– en fases previas a la materialización de dichas manifestaciones: cuando se ataca el derecho de toda persona –natural o jurídica– a decidir si incursiona o no en un determinado ámbito de las actividades económicas no reservadas al Estado, el cual solo puede ser limitado con base en la misma Constitución, por ejemplo, para la protección del consumidor o la eficiencia del mercado".

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN COMERCIAL, COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN SU DIMENSIÓN OBJETIVA

"*2.* Para el análisis de la presunta vulneración de los derechos a la imagen comercial –como manifestación del derecho al honor en su dimensión objetiva– y a la libertad económica de la sociedad actora, es necesario establecer: (A) que el contenido de la declaración controvertida era susceptible de afectar los derechos fundamentales antes mencionados; y (B) en caso afirmativo, que el Presidente de la LNB, en la fecha de la publicación del comunicado, tenía certeza sobre la situación denunciada (carencia de autorización por parte de la sociedad demandante para operar).

A. El 25-VI-2012 se publicó en el periódico digital La Página una entrevista que dicho medio de comunicación le realizó al Presidente de la LNB, quien manifestó que " [e]s ilegal, la ley no autoriza a ninguna otra institución pública o privada para realizar actividades relacionadas a captar fondos del público a través de sorteos de lotería" y agregó que ya habían iniciado un proceso contra la sociedad que patrocinaba ese proyecto (Lotto Pisto) para suspenderla.

Con ello, el Presidente de la LNB manifestó públicamente que la sociedad actora no poseía autorización para realizar sus operaciones comerciales, con relación al juego "Lotto Pisto". Ahora bien, como se dijo anteriormente, no cual-

quier expresión respecto de otra persona –para el caso que nos ocupa, persona jurídica– es *per se* idónea o suficientemente grave como para producir una vulneración del derecho al honor.

En relación con lo anterior, al analizar el contenido de la expresión que concretamente se refería a la sociedad actora, se concluye que la autoridad demandada atribuyó, en un medio de comunicación electrónico, un estatus de ilegalidad a la sociedad demandante, ya que afirmó que dicha sociedad no contaba con autorización para desarrollar su actividad comercial. Así, el titular de la LNB emitió públicamente un juicio negativo sobre un aspecto de especial trascendencia para la credibilidad y, en definitiva, el funcionamiento de la sociedad actora.

En ese sentido, la afirmación realizada por el Presidente de la LNB en su entrevista publicada el 25-VI-2012, respecto de Rapa Corporation, debido a su carácter negativo, era capaz de limitar los derechos fundamentales alegados por dicha sociedad. Ahora, para determinar si dicha limitación desembocó en una vulneración de los respectivos derechos, debe establecerse si el Presidente de la LNB, en el momento de la publicación de su entrevista, tenía certeza sobre la señalada ilegalidad de la sociedad actora.

B. a. La autoridad demandada presentó documentación con la cual se acredita, entre otras cosas, que con fecha 7-II-2012 el Alcalde de Santa Tecla le respondió una consulta que le había formulado para determinar si Rapa Corporation se encontraba o no legalmente inscrita en su Registro Tributario Municipal. En su informe, el referido Alcalde le comunicó al Presidente de la LNB que Rapa Corporation se constituyó legalmente en el país y que se encontraba inscrita en el Registro Tributario Municipal. Por otro lado, la autoridad demandada aportó como prueba copias simples de las constancias expedidas, respectivamente, por la jefa del Registro Tributario y por el asesor del Alcalde de Santa Tecla, ambas con fecha 16-XI-2011, en las cuales se consignó que Rapa Corporation estaba registrada en esa municipalidad como “Empresa Comercial y de Servicio” y que ejercía su actividad comercial en virtud de la resolución administrativa del 31-I-2006, la cual la autorizaba para realizar sorteos de lotería de diferente clase.

Del análisis de la prueba agregada a este proceso se infiere que los referidos documentos contenían la información de la que disponía el Presidente de la LNB el 25-VI-2012 y que, no obstante ello, dicho funcionario afirmó en su entrevista que Rapa Corporation no tenía autorización para realizar sus operaciones comerciales.

Al analizar la aludida documentación se infiere que el Presidente de la LNB no podía tener certeza positiva de que Rapa Corporation estaba operando en nuestro país al margen de la ley. Cuando menos, la respuesta de la municipalidad de Santa Tecla, en cuanto a que dicha sociedad era contribuyente de ese municipio, debía generar una duda razonable sobre el estatus –legal o ilegal– de la sociedad actora y ser suficiente para que la autoridad demandada se abstuviera –hasta dilucidarse la situación– de afirmar públicamente que Rapa Corporation no poseía ninguna autorización para funcionar. En este sentido, se advierte que con posterioridad el Presidente de la LNB le solicitó a la municipalidad de Santa Tecla que le aclarara algunos aspectos del permiso que se había conferido a la sociedad actora para el desarrollo de sus actividades y que le remitiera la

documentación respectiva. Por otro lado, la propia LNB, en su informe, reconoció que los Municipios son competentes para autorizar cierto tipo de loterías.

En ese sentido, es preciso resaltar que la finalidad principal de Rapa Corporation es la realización de juegos, rifas y sorteos, por medios mecánicos o electrónicos, como *lottos,* bingos y pronósticos deportivos, tal cual consta en las copias simples de las constancias expedidas, respectivamente, por la jefa del Registro Tributario y por el asesor del Alcalde Municipal, ambas con fecha 16-XI-2011. Por lo tanto, si la sociedad actora era contribuyente de Santa Tecla y su giro principal eran los sorteos de lotería, se deduce que la actividad que desarrollaba en ese municipio era precisamente esa clase de sorteos.

Es así que, en la fecha en que se realizó la entrevista controvertida el Presidente de la LNB contaba con los elementos mínimos para inferir que Rapa Corporation desarrollaba legalmente su actividad comercial en el Municipio de Santa Tecla y que, en esa medida y teniendo en cuenta su giro comercial, el referido municipio probablemente la había autorizado específicamente para realizar sorteos de lotería. Y, en efecto, según la resolución del Jefe del Registro Tributario y el Secretario Municipal de Santa Tecla del 31-I-2006 y la constancia extendida por el Asesor del Alcalde Municipal el 16-XI-2011, la sociedad actora estaba autorizada para realizar sorteos de *lotto,* raspados, "para mutuales", electrónicos, instantáneos y los desarrollados por medios electrónicos, Internet o teléfono, con fines comerciales, que se comercializaran a nivel nacional y se llevaran a cabo de forma periódica en la ciudad de Santa Tecla.

Cabe advertir que la autoridad demandada sostuvo en el presente proceso que la licencia que la Alcaldía de Santa Tecla le otorgó a Rapa Corporation en el año 2006 venció en el año 2011. Sin embargo, este hecho no lo tuvo por establecido este Tribunal al valorar la prueba producida en el proceso, ya que si bien el Jefe del Registro Tributario de Santa Tecla manifestó en un oficio del 22-X-2012 –a solicitud de la LNB– que el permiso en cuestión venció en el año 2011, dicha información se contradice con una constancia que la misma Alcaldía extendió el 16-XI-2011 de que Rapa Corporation estaba autorizada, mediante licencia, para realizar sorteos de lotería, y, aun más, con once actas de sorteos de lotería (la primera del 29-II-2012 y la última del 26-XII-2012), firmadas por un Delegado de la Alcaldía de Santa Tecla, en las que este da fe de la "legalidad" del sorteo.

De esta manera, ha quedado establecido que el Presidente de la LNB, al momento de la difusión de su entrevista en el periódico digital La Página el 25-VI-2012, en la cual aseguró que Rapa Corporation no contaba con la debida autorización para realizar sus operaciones comerciales, *no tenía suficientes elementos para hacer ese tipo de afirmación respecto de una sociedad constituida legalmente en el país y contribuyente del Municipio de Santa Tecla.* También se concluye que, al atribuirse públicamente a dicha sociedad un estatus de ilegalidad, ello implicó un desmerecimiento en la consideración o reputación que la misma tenía ante sus clientes y el público en general.

Por lo tanto, se concluye que *la declaración que dio el Presidente de la LNB en la entrevista que le realizó el periódico digital La Página el 25-VI-2012, específicamente la parte que se refería a la supuesta carencia de autorización de Rapa Corporation para realizar sus operaciones comerciales, vulneró el derecho*

a la imagen comercial –como manifestación del derecho al honor en su dimensión objetiva– de dicha sociedad. En consecuencia, debe estimarse este punto de la pretensión.

b. Por otro lado, toda actuación –manifestada o no por medio de una ley– que afecte un derecho fundamental de manera negativa o desventajosa debe considerarse una intervención en él. Esta noción de afectación negativa se refiere a todo tipo de desventaja que pueda producirse en un derecho, incluso de manera fáctica. Pero, para que en esta última hipótesis el acto estatal pueda considerarse una intervención en el respectivo derecho fundamental, debe efectivamente ser idóneo para intervenir en el mismo, es decir, capaz de impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el estatus de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado.

Se tiene que, en el presente caso, con la entrevista controvertida, se vulneró el derecho a la imagen comercial –como manifestación del derecho al honor en su dimensión objetiva– de Rapa Corporation. No cabe duda de que una actividad económica como la que ejercía dicha sociedad –sorteos de lotería– requiere de previo permiso de la autoridad competente y es un negocio que, por sus singulares características, se encuentra intensamente regulado; tal peculiaridad es, además, del conocimiento del ciudadano medio. Hasta tal punto es importante contar con la respectiva autorización en dicho rubro que un sujeto que carezca de la misma –o del que se informe que no la posee– difícilmente podría sobrevivir en el mercado. De esta manera, se considera que la declaración del Presidente de la LNB, además de vulnerar el derecho a la imagen comercial –como manifestación del derecho al honor en su dimensión objetiva– de Rapa Corporation, también condujo a un estado de cosas en el que el ejercicio efectivo de su libertad económica pudo haber disminuido en relación con el estado de cosas que existía antes de la entrevista. Por tanto, también debe estimarse este punto de la pretensión".

MONOPOLIO DE LA LOTERÍA POR PARTE DE LA LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA NO TIENE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, SINO LEGAL

"*3.* Finalmente, es preciso advertir que el ordenamiento jurídico vigente no es claro en cuanto a cuál o cuáles son las instituciones competentes para autorizar el funcionamiento de un negocio de lotería ni qué tipo de lotería es la que pueden autorizar. Así, como punto de partida, el art. 3 inc. 1° de la LOLNB concede la exclusividad del negocio de lotería a la LNB y prohíbe expresamente su ejercicio a cualquier otro sujeto. Sin embargo, el mismo art. 3 inc. 3° de la LOLNB establece que otro tipo de loterías (las no comprendidas en el art. 3 inc. 1° LOLNB) solo pueden efectuarse con autorización del Ministerio del Interior (ahora de Gobernación). Aunado a ello, el art. 4 n° 24 del Código Municipal prescribe que la autorización y regulación del funcionamiento de loterías es competencia de los municipios. No aclara la ley cuál es la diferencia –salvo su carácter nacional– entre la lotería que gestiona la LNB y aquellas que el Ministerio de Gobernación y las Municipalidades pueden autorizar; el art. 3 inc. 2° de la LOLNB se limita a definir *lotería* en abstracto.

En todo caso, es preciso advertir que el monopolio de la lotería por parte de la LNB no tiene fundamento constitucional, sino legal. En ese sentido, se trata de una limitación a la libertad económica que debe interpretarse restrictivamente. Sin embargo, no le corresponde a esta Sala interpretar el ordenamiento infraconstitucional para determinar cuál o cuáles son las instituciones competentes para autorizar loterías y de qué tipo de loterías se trata, ni tampoco pronunciarse sobre la corrección o no del criterio sostenido al respecto por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso 146-M-98, sentencia del 3-XII-99 –citada por la sociedad demandante–. Es al Legislador al que compete regular la materia en cuestión de una forma que brinde certeza jurídica a los empresarios y a los operadores jurídicos de la Administración central y las Administraciones locales".

"VI**.** Determinada la vulneración constitucional derivada de la actuación reclamada, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. En el caso particular, dado que el reclamo constitucional planteado se refería a la difusión de una entrevista en un medio de comunicación electrónico que ya se consumó, no es posible que las cosas vuelvan al estado que se encontraban antes de la vulneración constitucional, por lo que la sentencia será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

Así, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente en contra de la persona que desempeñaba el cargo de Presidente de la LNB cuando ocurrieron las aludidas vulneraciones".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 167-2013, fecha de la resolución: 14/08/2015.

DERECHO AL HONOR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DOCTRINA

"*2. A.* Con relación al *derecho al honor (art. 2 inc. 2° Cn.),* en las Sentencias del 6-VI-2014 y 30-VII-2014, Amps. 377-2012 y 426-2011 respectivamente, se dijo que, por su misma naturaleza, no se presta fácilmente para una conceptualización abstracta; es preferible, a la hora de definirlo, mantener viva la 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, se ha llegado, incluso, a considerar que el honor es un concepto jurídico indeterminado, que necesariamente obliga al intérprete a acudir a la valoración social.

La doctrina adopta una perspectiva subjetiva y una perspectiva objetiva para definir el honor (Sentencias del 18-XII-2001 y 9-VII-2002, Amps. 227-2000 y 494-2001 respectivamente). Desde la perspectiva subjetiva, el honor es el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma. Desde la perspectiva objetiva, es la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los demás. En esa línea, para fundamentar el derecho en cuestión, se dice que todo ser humano tiene derecho a ser tratado de una manera compatible con su dignidad; por ello, se debe asegurar que toda persona en sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas.

En relación con ello, en la Sentencia del 24-IX-2010, Inc. 91-2007, esta Sala sostuvo que, en términos más concretos, 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 que afecta su estimación propia o aprecio público (ridiculización)".

TITULARES DEL DERECHO AL HONOR

"Según la Constitución, todas las personas son titulares de este derecho y gozan de protección en toda circunstancia, lo cual implica que deben ser protegidas frente a cualquier ataque ilegal, arbitrario o abusivo, y solo 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 ley.

B. El referido derecho también ha sido desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de protección a la honra y la dignidad, y al respecto establece lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17

establece lo siguiente: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En concordancia con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene, respecto del art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que este “prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques.” De conformidad con el referido tribunal, “el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona” (Sentencia del 27I-2009, caso *Tristán Donoso vs. Panamá,* párr. 57)”.

AUSENCIA DE SOLICITUD EN FORMA OPORTUNA Y DILIGENTE IMPOSIBILITA EJERCER EL DERECHO DE RESPUESTA, A EFECTO DE REDIMIR CUALQUIER AGRAVIO CAUSADO POR INFORMACIÓN PUBLICADA RESPECTO AL HONOR DEL ACTOR

“*B.* El actor sostuvo en su demanda que la información publicada por LPG vulneró su derecho al honor, ya que le atribuía responsabilidad por ciertas anomalías que supuestamente ocurrieron en el período durante el cual fungió como director de la ANSP. A su juicio, dichas informaciones fueron “falsas, tergiversadas e incompletas”.

a. Con la prueba aportada al proceso se acreditó que el 10-VIII-2005 LPG difundió información relacionada con un supuesto fraude en el ascenso de 23 oficiales de la 7a promoción del nivel ejecutivo de la ANSP, quienes fueron promovidos al rango de subinspectores a pesar de que no aprobaron los exámenes de admisión. Asimismo, se acreditó que el 25-IX-2005 el demandante solicitó al director del aludido medio de comunicación que le permitiera ejercer su derecho de respuesta.

b. Las restantes informaciones que el actor consideró agraviantes fueron publicadas por LPG el 15-VIII-2005, 20-VIII-2008 y 24-VIII-2009. Ahora bien, dicho señor solicitó al director de ese periódico que le permitiera hacer uso de su derecho de respuesta, respecto de dichas publicaciones, en 3 escritos que presentó el 22-VIII-2010, 10-IX-2010 y 15-IX-2010. De lo anterior se advierte que las últimas 3 solicitudes que el peticionario dirigió al director de LPG no cumplieron uno de los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de respuesta, ya que no fueron presentadas en forma oportuna y diligente a efecto de subsanar los perjuicios que, en su opinión, las referidas publicaciones le irrogaron a su honor.

Ahora bien, de los hechos afirmados por el peticionario en su demanda se colige que tuvo conocimiento inmediato de las publicaciones de LPG que, a su juicio, le generaron agravio; sin embargo, fue hasta el 2010 que el demandante acudió al medio de comunicación para solicitarle que le permitiera ejercer el aludido derecho. Es decir, desde las fechas en las que se publicaron las informaciones que el peticionario califica de “falsas, tergiversadas e incompletas” hasta que solicitó la publicación de sus aclaraciones y rectificaciones transcurrieron 5,

2 y 1 años respectivamente. Dicha inactividad se tiene por injustificada, ya que no se acreditó que el demandante se haya encontrado incapacitado para presentar oportunamente esas 3 solicitudes a LPG, como sí lo hizo con su primer requerimiento. Por ello, aun cuando LPG hubiera accedido a dichas solicitudes del actor, el ejercicio del derecho de respuesta no habría cumplido con su finalidad, pues por el transcurso del tiempo ya no era un medio idóneo para subsanar algún perjuicio que las aludidas informaciones le hubieran causado al actor.

En consecuencia, *respecto de las informaciones contenidas en las publicaciones del 15-VIII-2005, 20-VIII-2008 y 24-VIII-2009, en vista de que el actor no solicitó en forma oportuna y diligente a LPG que le permitiera ejercer su derecho de respuesta, a efecto de remediar cualquier agravio que dichas informaciones le hubieran causado a su honor, no es procedente ampararlo en su pretensión".*

DEBE GARANTIZARSE LA LIBRE FUNCIÓN DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS, RELACIONADO CON EL DESEMPEÑO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

"a. Esta Sala ha sostenido en reiterada jurisprudencia *(v. gr.* Sentencia del 26-V-2014, Amp. 915-2008) que no existen derechos absolutos, ya que, en principio, toda facultad subjetiva admite restricciones. Desde esta perspectiva, el honor no es un derecho absoluto y, por tanto, es susceptible de sufrir limitaciones.

En ese orden de ideas, si bien los funcionarios públicos son titulares del derecho al honor, la protección a estos respecto del referido derecho tiene un carácter más débil en comparación con la que se concede a los particulares. Ello obedece a que las referidas autoridades están sometidas de forma permanente al escrutinio público y a las críticas provenientes de los diferentes sectores de la población en torno a sus decisiones y a la manera en que ejercen sus funciones y administran los bienes del Estado. Estos aspectos, por ser de interés público, se insertan constantemente en el debate, el cual es un mecanismo de control de los ciudadanos frente al poder.

En concordancia con lo anterior, el art. 11 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que "[1]os funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad." Ello se debe, por un lado, a que las actividades que realizan dichos funcionarios tienen relevancia pública y, por otro, a que, cuando dichos servidores deciden optar a un cargo público, aceptan someterse a la referida crítica. Esa decisión coloca al funcionario en una situación de mayor vulnerabilidad que los particulares a sufrir ataques a su honor. Como se afirmó en la Sentencia del 28-II-2014, Inc. 8-2014, se ingresa al servicio voluntariamente y solo deben hacerlo quienes aceptan las condiciones inherentes al cargo.

b. En este proceso, el ejercicio de las libertades de expresión e información desempeña un papel importante, pues, como se apuntó en la Inc. 91-2007 citada, dichas libertades desempeñan una función esencial en una sociedad democrática, ya que la crítica al poder —entendida como cuestionamiento de las políticas públicas y medidas estatales concretas—, con el consiguiente planteamiento de alternativas, facilita que en un proceso de ensayo y error se encuentren las políticas y medidas que mejor satisfacen las necesidades de los individuos y de

la colectividad. Por ello, el fin perseguido por la Constitución al reconocer las libertades de expresión e información es el de 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 buscan su modificación. Por ello, tales derechos también son el presupuesto de los derechos de participación política.

En ese contexto, los medios de difusión juegan un rol fundamental, ya que son un instrumento que le permite a la sociedad acceder a información de relevancia pública al facilitarle la búsqueda, recepción y difusión de información. De forma correlativa, se espera que dichos medios desempeñen con responsabilidad, ética y apego a la verdad su función de informar, ya que la libertad de información también es un derecho limitado en la Constitución.

Dicha función se desarrolla, entre otras manifestaciones, por medio del ejercicio del periodismo. De conformidad con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca" (Sentencia del 2-VII-2004, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* párr. 118 y 119). Lo anterior justifica la necesidad de establecer las medidas necesarias para garantizar que dichos medios y las personas que se dedican al periodismo ejerzan libremente su derecho a informar, sin otras limitaciones más que las establecidas en la Constitución y la ley. Por ello, el art. 6 inc. 1° de la Cn. establece que el ejercicio de las libertades de expresión e información no está sujeto a previo examen, censura ni caución.

Asimismo, en virtud de la relevancia social de las opiniones e información relacionadas con el ejercicio de la función pública, se reconoce mayor libertad en el uso de las expresiones contenidas en ellas, especialmente cuando se trata de crítica al poder. Desde otra perspectiva, las opiniones e información relacionadas con el desempeño de dichas funciones gozan de protección más amplia que las que se refieren a los particulares.

Lo antes apuntado significa que la protección del honor de los funcionarios públicos debe armonizarse con el ejercicio de las libertades de expresión e información. En opinión de la Corte Interamericana, ello In» significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático" (caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* citado, párr. 128, y Sentencia del 31-VIII-2004, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay,* párr. 100). Ello en virtud de que, si se establecieran restricciones arbitrarias al ejercicio de dichas libertades para proteger la reputación de los funcionarios públicos, se podrían generar efectos perjudiciales como la autocensura, la cual impediría la difusión de información relevante por temor a las responsabilidades que ello podría generar.

El referido tribunal insiste en que esa reducción del umbral de protección del derecho al honor de los funcionarios públicos se asienta en que "[s]us actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate

público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza" (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* párr. 129, *Tristán Donoso vs. Panamá,* párr. 115, y *Ricardo Canese vs. Paraguay,* párr. 103). Asimismo, la jurisprudencia interamericana enfatiza que los funcionarios, por su condición, tienen "una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren" (caso *Tristán Donoso vs. Panamá,* párr. 122).

En definitiva, se debe garantizar que los medios de difusión ejerzan libremente su función de informar sobre temas de interés público, entre ellos los relacionados con el desempeño de las funciones públicas. De forma correlativa, los funcionarios deben tolerar, en mayor medida que los particulares, informaciones —producto del ejercicio responsable del periodismo investigativo— que puedan implicar afectaciones a su honor, especialmente las relacionadas con irregularidades en las que se señala su posible participación. Y es que, como ha sostenido la Corte Interamericana, "[t]ales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas (Sentencia del 2-V-2008, caso *Kimel vs. Argentina,* párr. 87 y 88)".

INFORMACIÓN DIFUNDIDA POR LA PRENSA GRÁFICA EN LA PUBLICACIÓN CONTROVERTIDA NO OCASIONÓ VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR DEL PETICIONARIO

"c. Al analizar el contenido de la información consignada en la publicación de LPG del 10-VIII-2005 se advierte que, si bien dicho medio informó sobre la posible responsabilidad del actor por un supuesto fraude en el ascenso de 23 oficiales de la 7a promoción del nivel ejecutivo de la ANSP, dicha publicación consistió en una investigación periodística que contenía, en buena medida, los datos y la cronología de algunas irregularidades que aparentemente ocurrieron en la referida institución, algunos de los cuales el aludido medio de difusión respaldó con documentos cuyas imágenes consignó en uno de los apartados de la publicación —entre ellos, la orden manuscrita mediante la cual el actor mandó a otra autoridad de la referida institución que procediera a la creación de los códigos para dichos oficiales—. Asimismo, algunas de las supuestas anomalías, con posible responsabilidad del demandante, sobre las que LPG informó se encontraban fundadas en la entrevista que dicho periódico realizó al entonces director de la ANSP.

Por otro lado, se advierte que el lenguaje utilizado por dicho medio de comunicación fue decoroso, y, aunque hizo algunos señalamientos sobre supuestas irregularidades en el proceso de selección de los referidos oficiales, estos no fueron de una gravedad tal que implicaran la imputación de un hecho delictivo

al peticionario. Además, si bien el reportaje le atribuyó al actor un "fraude" y un "atropello" en el proceso de selección de los oficiales, estos términos estaban amparados por el normal ejercicio de la investigación periodística y la crítica al poder, especialmente, porque fueron utilizados en el contexto de una investigación periodística de LPG, que, a la vez, servía de denuncia pública de supuestas irregularidades en el proceso de admisión para la 7ª promoción del nivel ejecutivo de la ANSP. Asimismo, no se debe perder de vista la condición que en ese entonces tenía la persona aludida en las referidas publicaciones —de funcionario público—, en virtud de la cual debía soportar las denuncias y crítica realizadas en torno a su desempeño como funcionario.

Finalmente, cabe señalar que la difusión de la aludida información se justificaba por la dimensión objetiva de la libertad de información, la cual se funda en la convicción de que los seres humanos, para ser verdaderamente libres, han de vencer la desinformación. De este modo, la referida publicación propició el derecho de los ciudadanos a recibir información, lo cual, a su vez, les brindó la oportunidad real de exigir a las instituciones competentes que realizaran las investigaciones necesarias para determinar la veracidad de las referidas informaciones y, en su caso, exigir que se dedujeran los distintos tipos de responsabilidad previstos en el ordenamiento jurídico —al ahora demandante o a otra(s) persona(s)— si hubiera existido alguna actuación ilegal o abuso de poder.

De lo anterior se infiere que la información difundida por LPG en la publicación del 10-VIII-2005 no ocasionó una vulneración del derecho al honor del peticionario; por consiguiente, no es procedente ampararlo en su pretensión".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 375-2011, fecha de la resolución: 23/01/2015.

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO, A LA SALUD Y A LA VIDA

REGULACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO

"IV**.** *1. A.* En la Sentencia de fecha 9-XII-2009, pronunciada en el Amp. 163-2007, se afirmó que la regulación de las obligaciones del Estado en relación con la política ambiental y los límites prescritos a esa actividad son establecidos en favor de las personas, lo cual conlleva a que el *derecho al medio ambiente sano* tenga rango constitucional y, en consecuencia, sea obligación del Estado proteger a aquellas en su conservación y defensa.

Este derecho se refiere a la obligación de preservar el medio ambiente, por lo que sus titulares pueden exigir del Estado medidas suficientes de protección. De ahí que este derecho presente una vertiente prestacional que lo engloba en la estructura típica de los derechos sociales y colectivos, por tanto, presuponga la actividad del legislador y la acción protectora de los poderes públicos mediante las instituciones creadas para alcanzar tal finalidad, así como de la participación solidaria de los particulares y de la colectividad en general para su preservación.

En efecto, los poderes públicos deben regular y limitar el aprovechamiento de los recursos naturales para asegurar su protección, pues están obligados a poner a disposición de la población los bienes ambientales en las condiciones

adecuadas para su disfrute. En ese sentido, las personas tienen el derecho de recibir de los poderes públicos la protección a un "medio ambiente adecuado" para su desarrollo, por lo que tanto el acceso como el uso de los recursos naturales debe realizarse en las condiciones fijadas por las autoridades competentes, las cuales deben asegurar la adecuación de esas actividades a la finalidad del contenido esencial del derecho.

De ahí que la adecuación del medio ambiente al desarrollo de la persona, a la calidad de vida de esta o a su salud, así como al uso racional de los recursos naturales o a la intensidad en la protección del entorno, son aspectos que ineludiblemente deben ser evaluados por los poderes públicos, por lo cual, no es posible que cada titular del derecho interprete subjetivamente y a su conveniencia los términos en los cuales las políticas de protección al medio ambiente deben ser orientadas, *pues el carácter colectivo del contenido de este derecho exige esa intervención pública que pondere la adecuación de los bienes ambientales y el grado de preservación y protección necesarios para que el entorno pueda seguir siendo disfrutado".*

PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

"*B.* El art. 117 de la Cn. asegura la protección estatal del medio ambiente mediante la garantía de la utilización racional de los recursos y la vinculación de los poderes públicos a principios ambientales como el *proteccionista,* el cual se materializa en los *principios de prevención y precaución.* Dichos principios comúnmente son utilizados como sinónimos para hacer referencia a la necesidad de adoptar medidas anticipadas para evitar daños al medio ambiente; sin embargo, *la prevención y la precaución se distinguen de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una determinada acción.*

En términos generales, si se tiene conocimiento previo de las consecuencias negativas que una determinada acción ocasionará en el medio ambiente, estas se deben prevenir; por el contrario, si no se tiene la certeza razonable de que dichas consecuencias dañinas se producirán porque en el ámbito científico existen dudas o no hay pruebas irrefutables al respecto, se deben tomar todas la medidas de precaución necesarias en favor del medio ambiente.

a. El *principio de prevención* implica la utilización de mecanismos, instrumentos y políticas con el objetivo de evitar afectaciones relevantes al medio ambiente o a la salud de las personas. Así, su función básica es prever y evitar el daño antes de que se produzca, no necesariamente prohibiendo una actividad, sino condicionando, supervisando y controlando su ejecución.

Este principio utiliza numerosos instrumentos de gestión para concretar su función, entre los que se pueden citar: *(i)* las declaratorias de impacto ambiental; *(ii) los permisos y licencias ambientales; (iii)* los estudios de impacto ambiental y sus planes de manejo; *(iv) la auditoría ambiental; (v)* la consulta pública; y*(vi)* en general, todos los mecanismos de tipo preventivo que tienen como finalidad obtener información acerca de los impactos negativos que sobre el medio ambiente tendría la realización de una obra o proyecto.

En la práctica, la medida protectora de carácter preventivo más importante es la evaluación del impacto ambiental, la cual se realiza por medio de la elaboración de un estudio que introduce la variable ambiental en la ejecución de proyectos, tanto públicos como privados. El análisis del impacto ambiental se inserta en un procedimiento que tramita la Administración Pública, cuya decisión concede o deniega la autorización para realizar un proyecto con incidencia negativa en el medio ambiente.

En este contexto, la eficiente aplicación del principio de prevención adquiere mayor relevancia respecto de los demás principios ambientales como el de restauración, ya que el efectivo respeto y cumplimiento de las medidas preventivas implica que, al tener conocimiento que determinada acción tendrá un efecto negativo e irreversible en el medio ambiente y la salud de la población, se debe evitar su realización, a fin de prevenir futuros daños ambientales y su consecuente y obligatoria reparación".

b. El *principio de precaución o precautorio* opera ante la falta de conocimientos científicos, es decir, ante la incertidumbre o el desconocimiento. Así, cuando se carece de información respecto a qué impactos tendría una actividad sobre el ambiente y la salud de los seres vivos, se debe proceder a dar aplicación a este principio, el cual obliga a que no se autorice una actividad ni se proceda a otorgar un permiso cuando no se tenga una caracterización e identificación de los riesgos que aquella provocará una vez autorizada.

De ahí que, con la finalidad de proteger el medio ambiente, las instituciones encargadas deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Así, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. En ese sentido, *el criterio hermenéutico que en este campo debe prevalecer es el que considera que, en caso de duda, debe de resolverse siempre lo más favorable al medio ambiente"*.

PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

"*b.* El *principio de desarrollo sostenible* supone la integración de la protección ambiental y el crecimiento económico de forma equilibrada, a efecto de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras. Así, la explotación de los recursos naturales debe hacerse en forma racional procurando su uso equitativo y cubrir las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de hacerlo. Por consiguiente, debe haber un proceso de cambio progresivo de la calidad de vida del ser humano, a efecto de procurar el crecimiento económico con equidad social y la transformación de los medios de producción y de los patrones de consumo para garantizar el equilibrio ecológico y la calidad de vida de las generaciones futuras".

PRINCIPIO "QUIEN CONTAMINA PAGA"

"*d.* El *principio "quien contamina paga"* implica que el agente causante de la contaminación está obligado asumir sus costos, tomando en cuenta que pri-

mero debió haber sufragado las medidas de prevención sin recibir, en principio, ningún tipo de ayuda financiera compensatoria. Y es que el costo ambiental no puede suponer una ventaja competitiva en el mercado, por lo que cada actividad empresarial debe asumir todas las consecuencias ambientales y no la sociedad.

C. Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador", y adoptado por El Salvador el 17-XI-1988, establece en su artículo 11 el Derecho a un Medio Ambiente Sano, por el cual "1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. --- 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

2. A. En la Sentencia de fecha 20-VI-2005, emitida en el Amp. 634-2000, se sostuvo que la salud, en sentido amplio, es un estado de completo bienestar físico y mental de la persona, cuyo disfrute posibilita a los individuos contar con una de las condiciones necesarias para vivir dignamente. Dicha condición no se reduce a un objetivo a alcanzar por el Estado, sino que es el derecho fundamental de toda persona de acceder a los mecanismos dispuestos para la prevención, asistencia y recuperación de la salud en los términos previstos en los *arts. 2*y *65 de la Cn.* y la legislación de la materia.

Con relación al contenido del *derecho a la salud,* en las sentencias de fechas 17- XII-2007 *y* 21-IX-2011, pronunciadas en los procesos de Amp. 674-2006 y 166-2009, respectivamente, se desarrollaron tres aspectos o elementos esenciales que integran su ámbito de protección, estos son: *(i) la adopción de medidas para su conservación,* pues la salud requiere tanto de una protección estatal activa como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; *(ii) la asistencia médica,* en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y *(iii) la vigilancia de los servicios de salud,* lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas a la salud.

B. a. En la referida Sentencia de Amp. 634-2000, se sostuvo que el MINSAL es la instancia estatal encargada de prevenir, con acciones concretas, la conservación de la salud de las personas, específicamente es el competente para prevenir con acciones concretas posibles atentados contra la salud. Así, el art. 56 del Código de Salud (CS) establece que el MINSAL, por medio de los organismos regionales, departamentales y locales de salud, desarrollará programas de saneamiento ambiental encaminados a lograr para las comunidades, entre otros servicios, el abastecimiento de agua potable y la eliminación y control de contaminaciones del agua de consumo, del suelo y del aire.

b. Aunado a ello, la adopción de medidas para la *conservación* del derecho a la salud que tiendan a la *prevención* de cualquier situación que lo lesione o ponga en riesgo también es facultad del MARN, pues dicha Secretaría de Estado es la institución encargada de autorizar la realización de proyectos —previo análisis

de los respectivos estudios de impacto ambiental— que pueden tener una incidencia negativa en el medio ambiente y, en consecuencia, provocar daños en la salud de la población.

Y es que, al ser el medio ambiente un elemento determinante para la salud, se infiere que el control y la prevención de los riesgos ambientales constituyen una prioridad para la efectiva protección de la salud de la población. Así, la tutela integral de este derecho requiere de un medio ambiente adecuado, libre de contaminación y degradación para evitar poner en peligro el bienestar de las personas. Es precisamente en esa labor que el MARN desempeña un papel trascendental en el respeto al derecho a la salud, al ser una institución que se encuentra en la obligación de participar y colaborar en el cumplimiento de la política nacional de salud debido a la estrecha vinculación que existe entre este derecho y la protección, conservación y recuperación del medio ambiente".

C. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que existe una relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física. Así, en el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador de fecha 24-IV-1997, afirmó que "el ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos"".

DERECHO A LA VIDA IMPLICA LA NECESIDAD DE BRINDAR CONDICIONES INDISPENSABLES PARA EL DESARROLLO NORMAL Y PLENO DEL PROCESO VITAL

"*3.* El carácter esencial e imprescindible de la *vida humana* como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades, así como para el disfrute de los bienes, ha posibilitado su reconocimiento como un derecho fundamental que merece una especial protección por parte del Estado. En las aludidas Sentencias de Amp. 166-2009 y 674-2006, se expresó que el contenido del derecho a la vida comprende dos aspectos fundamentales: el primero, referido a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y el segundo, relacionado con elderecho de estas de acceder a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas.

En efecto, el derecho en cuestión comporta la necesidad de brindar a las personas las condiciones mínimas que, de manera indefectible, resultan indispensables para el desarrollo normal y pleno del proceso vital; razón por la cual tal derecho se encuentra estrechamente vinculado con otros factores o aspectos que coadyuvan con la procuración de la existencia física y mental bajo estándares de calidad y dignidad, siendo algunas de estas condiciones el goce de la salud y de un medio ambiente sano".

RECONOCIMIENTO DE VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL POR RETARDO INJUSTIFICADO PARA FRENAR DE FORMA DEFINITIVA LA CONTAMINACIÓN GENERADA POR FÁBRICA DE BATERÍAS

"*d.* En consecuencia, al haberse comprobado que el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social autorizó la instalación de la fábrica de [...], S.A. de C.V., sin valorar que esta funcionaría en un área poblada cercana al cantón Sitio del Niño y, una vez emitido el referido permiso, no adoptó las medidas necesarias para supervisar y controlar que las operaciones industriales desarrolladas en ese establecimiento no afectarían el medio ambiente y la salud de los trabajadores y los habitantes de esa zona, .se concluye que dicha autoridad vulneró los derechos al medio ambiente, a la salud y a la vida de un número indeterminado de personas que vivían en los alrededores de la fábrica, y que la actora alegó conculcados en su demanda.

Asimismo, en virtud de que se ha establecido que el aludido Ministro tuvo conocimiento de los daños al medio ambiente y a la salud que la población del cantón Sitio del Niño sufría como consecuencia de la contaminación que la fábrica en cuestión ocasionaba y, pese a ello, no ordenó oportunamente el cierre de esta, se concluye que la dilación o retardo injustificado en el que incurrió la citada autoridad para frenar de forma definitiva la contaminación generada por el funcionamiento de dicho establecimiento industrial, constituye también una afectación a los derechos fundamentales antes mencionados, por lo que procede estimar la pretensión de la parte actora respecto de esta autoridad.

Y es que, si bien dicha autoridad brindó asistencia sanitaria a las personas afectadas en su salud por la contaminación, la medida idónea para evitar que se continuaran transgrediendo los derechos de los afectados era la de ordenar el cierre temporal o definitivo, según correspondiera, del mencionado establecimiento, sobre todo cuando desde el 22-VI-2005 este no contaba con permiso de funcionamiento y se constató que muchas de las personas que sufrían la contaminación ambiental eran niños y otras personas de alta vulnerabilidad".

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES ESTÁ OBLIGADO A APLICAR DE FORMA INTEGRAL TODA LA NORMATIVA QUE GARANTICE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LOS RECURSOS NATURALES

"5. A. Respecto a la actuaciones que la actora le atribuye al Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales —esto es, la aprobación del estudio de impacto ambiental de la fábrica propiedad de [...], S.A. de C.V., y la aprobación a la sociedad [...], S.A. de C.V., para construir un proyecto habitacional en una zona protegida y de reserva de agua—, se ha comprobado que, por resolución n° 628-2003 de fecha 3-IX-2003, el citado Ministro concedió permiso ambiental a la primera de dichas sociedades para que su fábrica de baterías continuara funcionando y, por resolución n° 650- 2004 de fecha 20-X-2004, otorgó permiso ambiental a la segunda sociedad como titular del proyecto habitacional Ciudad Versailles.

B. a. Del contenido de las citadas resoluciones se advierte que, si bien el Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales estableció determinadas condiciones para que la fábrica de [...], S.A. de C.V., continuara funcionando, no tomó en cuenta el contenido específico de los Decretos Ejecutivos n° 22 y n° 70, de fechas 7-II-1974 y 27-VII-1983, que establecieron una zona protegida del suelo en las áreas del volcán de San Salvador y declararon zonas de aguas de reserva dentro del municipio de San Juan Opico para el área metropolitana de San Salvador. Asimismo, tampoco se observa que haya ponderado el contenido de los referidos decretos cuando otorgó el permiso ambiental para la ejecución del proyecto habitacional Ciudad Versailles.

b. Tal como lo prescribe el art. 14 letra b) de la LMA, para incorporar la dimensión ambiental en toda política, plan o programa de desarrollo y ordenamiento del territorio, deben tomarse en cuenta las características ambientales del lugar y sus ecosistemas, especialmente sus recursos naturales, culturales y la vocación natural y el uso potencial del suelo. Además, el art. 15 letra d) de la LMA establece que los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial deberán incorporar la dimensión ambiental, tomando como base la ubicación de las áreas naturales y culturales protegidas, así como de otros espacios sujetos a un régimen especial de conservación y mejoramiento del ambiente.

De dichos preceptos se colige que el Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales debió valorar el contenido de los Decretos Ejecutivos n° 22 y n° 70 previo a otorgar los permisos en cuestión, ya que, como autoridad especializada en la protección de los suelos, mantos acuíferos, bosques, flora y fauna, se encuentra obligada a aplicar de forma integral toda la normativa que garantice la protección del medio ambiente y de los recursos naturales en el territorio del Estado".

INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN PARA OTORGAR PERMISOS AMBIENTALES GENERA VULNERACIÓN

"*c.* El Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales no controvirtió en el transcurso de este proceso la aplicación de los Decretos Ejecutivos n° 22 y n° 70 a la zona donde se ubicaba la fábrica de baterías y donde se construyó la Urbanización Ciudad Versailles. Por el contrario, dicha autoridad únicamente arguyó en su defensa que esos cuerpos normativos no especifican sus alcances y limitaciones, así como tampoco establecen restricciones o consecuencias que prohíban el desarrollo de la actividad industrial y el crecimiento de desarrollo urbanístico en la zona.

Ahora bien, del contenido de las resoluciones n° 628-2003 y n° 650-2004 no se advierte cuáles fueron las razones por las cuales la autoridad demandada consideró que la protección al ecosistema de esa zona, ordenada en virtud de los referidos decretos, no constituía un impedimento para otorgar los permisos ambientales correspondientes; es decir, las valoraciones técnicas que la llevaron a concluir que con la aprobación de estos no se ocasionaría un perjuicio en el suelo y las aguas de los lugares aledaños a la fábrica de baterías y al referido proyecto habitacional.

En consecuencia, *se colige que dicho funcionario inobservó el principio de prevención que se deriva del derecho al medio ambiente, el cual obliga a adoptar los mecanismos necesarios para evitar afectaciones relevantes a los ecosistemas, al medio ambiente y a los derechos a la salud y a la vida de las personas; por tal razón resulta procedente estimar la pretensión planteada por la actora en relación con tales derechos fundamentales"*.

"*C. a.* Aunado a ello, por medio de los escritos de fechas 9-XI-2004 y 29-III-2005 — presentados el 15-XI-2004 y 4-IV-2005— el Presidente y el Secretario del Comité Ambiental del cantón Sitio del Niño le comunicaron al Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales la existencia de problemas de contaminación en el aire y los mantos acuíferos generados por la materia prima que utilizaban las empresas que operaban en ese sector, especialmente la de [...], S.A. de C.V., lo que generaba diversas enfermedades y daños en la fauna.

b. Asimismo, la PDDH emitió las resoluciones de fechas 29-III-2005 y 1-VI-2005, en las que, respectivamente, recomendó al citado Ministro adoptar las medidas necesarias para detener la contaminación ambiental ocasionada por la referida fábrica de baterías en el cantón Sitio del Niño y, además, le requirió que informara si otorgó permiso para el funcionamiento de dicho establecimiento industrial y si contaba con el diagnóstico correspondiente y con los resultados de las auditorías exigidas por la ley con el objeto de prevenir los impactos ambientales y los efectos negativos en la salud de la población.

Posteriormente, la PDDH emitió la resolución de fecha 7-VII-2007, en la que señaló como responsable de vulneraciones a derechos al Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales por su negligente actuación en la protección del medio ambiente y de la salud de las personas residentes en los alrededores de la citada fábrica, no obstante las denuncias recibidas y la contaminación por plomo, por lo que le recomendó iniciar el procedimiento para establecer las responsabilidades correspondientes y las indemnizaciones de las víctimas a raíz de la contaminación por plomo generada en esa zona.

c. Con fecha 11-VII-2007 el citado Ministro remitió a la Comisión de Salud, Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Asamblea Legislativa el informe técnico de fecha 2-III-2007, referente a la actividad de [...], S.A. de C.V., en el cual hizo constar que esta no cumplió con las recomendaciones que le efectuó (instalar un sistema de purificación de aire al interior del área de fabricación de baterías; adecuar la altura de las chimeneas del área de fabricación de rejillas; mejorar el confinamiento de la escoria para evitar su diseminación por el viento; y garantizar una disposición final ambientalmente adecuada de la escoria) y que los resultados del monitoreo del efluente de la planta de tratamiento de aguas de proceso no contenían todos los parámetros requeridos.

Además, tal como se acotó *supra,* con fecha 19-VIII-2010 el referido Ministro emitió el Decreto Ejecutivo n° 12 en el que declaró estado de emergencia ambiental por un plazo de 6 meses en el área comprendida dentro del radio de los 1,500 metros a partir de las instalaciones donde funcionó hasta el año 2007 la aludida fábrica de baterías, pues en los meses de julio y agosto de 2010 confirmó —mediante la determinación de las concentraciones de plomo en muestras de suelo y agua— que en el Cantón Sitio del Niño persistía la contaminación

por plomo en niveles peligrosos para la salud de la población. En consecuencia, adoptó medidas de asistencia y se movilizaron recursos humanos y financieros para apoyar a las poblaciones afectadas y mitigar el deterioro ambiental.

Posteriormente, con fecha 17-II-2011 el aludido funcionario emitió el Decreto Ejecutivo n° 3, publicado en el Diario Oficial n° 34, Tomo 390, de esa misma fecha, mediante el cual prorrogó por un período de 6 meses a partir del 20-II-2011 el plazo de vigencia de la declaratoria del estado de emergencia ambiental en el área antes relacionada. Dicho estado también fue prorrogado mediante el Decreto Ejecutivo n° 10, de fecha 18-VIII-2011, por un período de 12 meses a partir del 19-VIII-2011 y por medio del Decreto Ejecutivo n° 6, de fecha 16-VIII-2012, por 12 meses más a partir del 19-VIII-2012.

d. De lo anteriormente expuesto, se colige que desde el 4-IV-2005 el Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales tuvo conocimiento que en el cantón Sitio del Niño existían problemas de contaminación como consecuencia de la materia prima que utilizaba la fábrica de [...], S.A. de C.V.

Al respecto, a pesar de que el MARN realizó distintas auditorías e inspecciones en las que determinó el incumplimiento de las condiciones establecidas en el permiso ambiental otorgado a la citada sociedad, el Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales se limitó a efectuar ciertas recomendaciones a aquella y fue hasta el 5-II-2007 que inició el procedimiento administrativo sancionatorio por la infracción grave de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el aludido permiso. Sobre este último punto, no consta en el expediente de este amparo que se hayan adoptado medidas preventivas de carácter provisional previo o durante la tramitación del referido procedimiento, a efecto de prevenir posibles daños al medio ambiente y los ecosistemas, de conformidad con lo establecido en los arts. 83 y 84 de la LMA.

Por el contrario, fue hasta que emitió la resolución de fecha 29-VIII-2007 que el aludido Ministro impuso medidas ambientales para palear la contaminación ambiental producida por la referida fábrica, de lo cual se deduce que dicha autoridad adoptó medidas concretas para frenar el problema de contaminación aproximadamente tres años después de que en julio de 2004 advirtiera el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales confirió el respectivo permiso ambiental.

También, fue hasta el 19-VIII-2010 —es decir, aproximadamente tres años después de que impusiera las referidas medidas— que el citado Ministro declaró el estado de emergencia ambiental en el área donde funcionó hasta el año 2007 la mencionada planta de fabricación y reciclaje de baterías, por persistir la contaminación ambiental por plomo en niveles que constituían un peligro para la salud de la población, y adoptó medidas de asistencia y se movilizaron recursos humanos y financieros para apoyar a las poblaciones afectadas y mitigar el deterioro ambiental. Además, fue hasta el 6-IX-2010 que dicho funcionario solicitó a otras instituciones del Estado que, de manera coordinada y dentro de sus respectivas competencias, realizaran en determinadas áreas y zonas acciones tales como: restringir el acceso y el uso de la tierra para fines agrícolas; restringir el acceso y uso habitacional; y clausurar pozos artesanales.

En consecuencia, *dado que el Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales no actuó con la diligencia necesaria en su labor preventiva respecto de*

la contaminación que la fábrica de [...], S.A. de C. V., produjo en el agua, aire y suelos en las zonas aledañas a dicho establecimiento, a pesar de que la sola probabilidad de afectación de estos la obligaba a actuar con celeridad para evitar daños irreversibles, se concluye que vulneró los derechos al medio ambiente, a la salud y a la vida de las personas afectadas por la contaminación; por lo que es procedente estimar la pretensión planteada".

MUNICIPALIDADES DEBEN EJERCER LABORES DE CONTROL Y VIGILANCIA SOBRE LA INSTALACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES PARA EVITAR CONTAMINACIÓN

"*6. A. a.* En cuanto a las actuaciones atribuidas por la actora al Concejo Municipal de San Juan Opico —esto es, la aprobación de los planos, de la instalación y del funcionamiento de la referida fábrica de baterías, y la omisión de prevenir de manera eficaz la afectación al medio ambiente y de proteger a la población afectada—, con la prueba aportada al proceso se ha comprobado que el 3-IX-2004 los habitantes de la comunidad Sitio del Niño convocaron al Alcalde Municipal de San Juan Opico a una reunión de carácter urgente que se celebraría el 11-IX-2004, a efecto de que explicara las medidas o acuerdos que había tomado el citado Concejo respecto al problema de contaminación ambiental en la zona.

b. Además, la PDDH emitió la resolución de fecha 1-VI-2005, en la que solicitó a la municipalidad de San Juan Opico que informara sobre las acciones administrativas realizadas, de conformidad con sus atribuciones legales, para prevenir los impactos ambientales y los riesgos a la salud de la población aledaña a los lugares de contaminación. Posteriormente, la PDDH pronunció la resolución de fecha 4-I-2006, en la que recomendó a la citada municipalidad que efectuara las acciones administrativas de su competencia a fin de prevenir la afectación de los habitantes de la zona contaminada.

Con relación a dicha recomendación, la PDDH emitió la resolución de fecha 7-VI- 2007, en la cual declaró que los graves problemas de salud que vivían las comunidades del cantón Sitio del Niño eran producto de la contaminación por plomo generada por la fábrica de Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., y señaló que existía falta de la debida diligencia para prevenir y tratar las vulneraciones ocasionadas por parte del Concejo Municipal de San Juan Opico, por no intervenir de forma alguna para velar por el bienestar de la población afectada en su municipio.

c. El Concejo Municipal de San Juan Opico emitió el Acuerdo n° 2 de fecha 17-IX- 2007, en virtud del cual acordó:*(i)* exigir a [...], S.A. de C.V., el cumplimiento de las recomendaciones faltantes hechas por el Comité Interinstitucional (conformado por el mencionado Concejo, el MINSAL, el MARN, el MTPS, el MAG, la ANDA, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano) por el problema de contaminación por plomo en las comunidades aledañas a sus instalaciones; *(ii)* exigir a dicha sociedad el cierre de todas las actividades que en su proceso productivo generaran riesgos para la salud dentro del plazo de 30 días; y *(iii)* exigir a esa sociedad la eliminación de desechos peligrosos almacenados en sus instalaciones y que cumpliera

con las medidas de mitigación para proteger la salud de las personas afectadas por la contaminación en la zona.

d. Asimismo, se ha comprobado que el 27-VI-2011 la Comisión Especial para Investigar la Problemática por Intoxicación por Plomo en el Sitio del Niño de la Asamblea Legislativa rindió informe en el cual se hizo constar que el Presidente de la Corte de Cuentas de la República (CCR) comunicó el 23-V-2011 los hallazgos del examen especial a la gestión ambiental de diversas autoridades y en el que a la municipalidad de San Juan Opico se le encontró la falta de: *(i)*una regulación para el funcionamiento de la fábrica de Baterías [...], S.A. de C.V.; *(ii)* un documento de aprobación para la construcción de la citada fábrica; *(iii)* programas de saneamiento ambiental para prevenir y combatir enfermedades; y *(iv)*programas para preservar, restaurar, aprovechar y mejorar los recursos naturales. Asimismo, el Presidente de la CCR indicó que el Concejo Municipal de esa localidad fue condenado en sentencia pronunciada por la Cámara Primera de Primera Instancia de esa institución en el juicio de cuentas con ref. C.I.-088-2007, por no haber presentado prueba suficiente para desvanecer los señalamientos, considerándose suficiente la evidencia agregada en papeles de trabajo.

B. De conformidad con lo prescrito en los arts. 2, 4 n° 10 y 31 n° 6 del Código Municipal, los Municipios deben velar por el bien común de los habitantes de la localidad y son competentes para regular y desarrollar los planes y programas destinados a la preservación, restauración, aprovechamiento racional y mejoramiento de los recursos naturales, y los Concejos Municipales deben contribuir a la preservación de la salud y delos recursos naturales. Por consiguiente, *los Municipios deben promover el eficiente control de las actividades industriales y coadyuvar esfuerzos con otras instituciones en beneficio de la población, principalmente cuando se trata de situaciones que atentan contra el medio ambiente, los recursos naturales, la salud y la calidad de vida de sus habitantes.*

C. a. A partir de lo expuesto, se advierte que el Concejo Municipal de San Juan Opico carecía de un documento de aprobación para la construcción de la fábrica de Baterías [...], S.A. de C.V., así como de una regulación para su funcionamiento; de lo cual se colige que dicha autoridad no ejerció debidamente sus labores de control y vigilancia sobre la instalación y el funcionamiento de ese establecimiento industrial, situación que incidió de manera negativa sobre los recursos naturales y el bienestar de la población residente en la zona afectada por la contaminación por plomo.

b. Aunado a ello, a pesar de que el 3-IX-2004 los habitantes de la comunidad Sitio del Niño convocaron al Alcalde Municipal de San Juan Opico a una reunión para que explicara las medidas o acuerdos que el Concejo Municipal había tomado con relación al problema de contaminación ambiental y que la PDDH emitió la resolución de fecha 4-I-2006 en la que se le recomendó efectuar las acciones administrativas de su competencia para prevenir la afectación de los habitantes de la zona contaminada, consta que fue hasta el 17-IX-2007 que el Concejo Municipal de esa localidad adoptó medidas concretas para evitar que la referida fábrica de baterías continuara afectando el ecosistema y la salud de los habitantes de esa municipalidad.

Además, entre los hallazgos del examen realizado por la CCR a la gestión ambiental efectuada por la municipalidad de San Juan Opico se encontraba la falta de programas de saneamiento ambiental para prevenir y combatir enfermedades, así como de planes y programas para preservar, restaurar, aprovechar y mejorar los recursos naturales.

c. En consecuencia, dado que el Concejo Municipal de San Juan Opico no cumplió con sus labores de control respecto de la instalación y el funcionamiento de la fábrica de Baterías [...], S.A. de C. V., ni con sus obligaciones de preservación y restauración de los recursos naturales, se concluye que sus omisiones permitieron que se ocasionaran daños en el medio ambiente y se pusiera en grave peligro la salud y la vida de los habitantes de ese municipio, por lo que vulneró los derechos al medio ambiente, a la salud y a la vida de estos; razón por la cual resulta procedente estimar la pretensión planteada contra dicha autoridad".

FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA ESTÁ OBLIGADO A INVESTIGAR DE OFICIO POSIBLE COMISIÓN DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

"*7. A.* En último lugar, respecto a las actuaciones atribuidas al Fiscal General de la República —esto es, la dilación en que incurrió para ejercer la acción penal y la omisión de iniciar una investigación de oficio y plantear los recursos correspondientes—, en la Sentencia de fecha 5-II-2014, emitida en el proceso de Amp. 665-2010, se sostuvo que el Ministerio Público tiene una posición relevante dentro del marco constitucional del Estado.

Dentro de ese ámbito la FGR ocupa una posición destacada por la relevancia de las funciones que ejecuta y resulta determinante para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución. Dicha institución realiza funciones públicas y goza de autonomía respecto de los órganos fundamentales del Estado, por lo que sus actos solo están regidos por los principios de legalidad y el deber de objetividad e imparcialidad, lo cual supone que su titular y delegados deben realizar una labor técnica especializada.

Entre las funciones constitucionales de la FGR destacan: *(i)*la representación jurídica del Estado y sus intereses en los ámbitos público y privado, así como la defensa de los intereses de la sociedad; *(ii)* la defensa de la justicia y legalidad, de oficio o a petición de parte; y *(iii)* en materia criminal, la investigación de los hechos punibles, con la colaboración de la Policía Nacional Civil (PNC), y la promoción de la acción penal de oficio o a petición de parte.

a. De conformidad con el art. 193 ord. 1° Cn., el Fiscal General de la República tiene como una función esencial la salvaguarda de los intereses del Estado y de la sociedad, cuando estos se encuentren amenazados o hayan sido conculcados. En puridad, lo que la Constitución pretende al atribuir a dicho funcionario la defensa de los intereses de la sociedad es la efectividad de un derecho o interés colectivo, a fin de que cese su lesión o amenaza o que las cosas vuelvan a su estado anterior —si fuera posible—.

b. De acuerdo con el art. 193 ord. 2° de la Cn., a dicho funcionario compete *la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad.* Tal postulado encierra la misión genérica de la defensa del orden jurídico y delimita el proceso

como el ámbito natural en el que la FGR ejerce sus funciones e identifica a los tribunales como la instancia ante la que acude. La defensa pública de la legalidad es un instrumento para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común (art. 1 inc. 1° de la Cn.). Desde estos fines de la actividad del Estado, *la defensa de la legalidad es la que explica y justifica todas las intervenciones procesales del funcionario en cuestión ante los distintos tribunales.* En ese orden, el Fiscal General está vinculado a la legalidad en una doble dimensión: el deber de actuar *conforme a la legalidad* y el deber de actuar en *defensa de la legalidad.*

La intervención del Fiscal General de la República se produce tanto en la *jurisdicción ordinaria* (penal, tributaria, civil, etc.) como en la *jurisdicción especializada* (constitucional), *pues a este funcionario corresponde representar al Estado en toda clase de juicios* (art. 193 ord. 5° de la Cn.).

c. Finalmente, el art. 193 ords. 3° y 4° de la Cn. prevé que al Fiscal General de la República compete dirigir la investigación del delito —con la colaboración de la PNC— y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

i. Respecto a la *investigación del delito,* en la Sentencia de fecha 28-III-2006, pronunciada en el proceso de Inc. 2-2005, se sostuvo que previo a la iniciación de un proceso penal es posible la realización de una serie de diligencias preliminares de carácter indagatorio que, a partir de la comunicación de la*notitia criminis,* permitan determinar la posible existencia de un hecho delictivo e individualizar a su responsable.

Este conjunto de actividades de adquisición de elementos indiciarios probatorios que servirán para el ejercicio de la acción penal vía requerimiento fiscal y el posterior sostenimiento de la pretensión punitiva en el juicio oral y público corresponden al Fiscal General, de acuerdo con lo prescrito en el art. 193 ord. 3° de la Cn. Según dicha función constitucional, el citado funcionario público debe investigar oficiosamente el delito y perseguir a los presuntos responsables, lo cual es una aplicación práctica de los principios que rigen el marco de ejecución del *ius puniendi* estatal: *(i)* oficialidad; *(ii)* obligatoriedad; *(iii)* irrevocabilidad; *(iv)* indivisibilidad; y *(v)* unicidad.

Para cumplir con ese cometido, la Constitución designa a la PNC como el órgano colaborador de la actividad fiscal, por lo que las relaciones entre ambas entidades se rigen por medio de la denominada *dirección funcional de la investigación; situación que convierte a la FGR en la responsable de la legalidad y constitucionalidad de todo acto de investigación que avale.*

Los actos de investigación no solamente pueden iniciar de oficio, sino que también pueden promoverse por medio de denuncia, querella o aviso, teniendo en cuenta que la FGR no solamente puede tener conocimiento de los hechos delictivos mediante la PNC, sino también a través de las víctimas, ofendidos u otros sujetos o instituciones. Así, para que la FGR empiece a realizar las indagaciones pertinentes, se requiere presencia de una situación fáctica de la que se deduzca la comisión de ilícitos penales.

ii. El art. 193 ord. 4° de la Cn. le atribuye de igual manera al Fiscal General el ejercicio de la *acción penal.* En la citada Sentencia de Inc. 2-2005 se estableció que la acción penal pública está a cargo de dicho funcionario, en la medida en

que la persecución del delito debe ser llevada a cabo con rigor, uniformidad y objetividad, sin tomar en cuenta otros intereses más que el de la aplicación de la ley. También se sostuvo que el ejercicio de la acción penal por la FGR se ha instaurado para excluir toda posibilidad de que el proceso penal sea iniciado de oficio por el juez.

Sin embargo, en la Sentencia de fecha 23-XII-2010, emitida en el proceso de Inc. 5- 2001 se *reinterpretó dicha función fiscal,* teniendo en cuenta el derecho de acceso a la justicia y su relación con los derechos y garantías de las víctimas, que les permiten participar en los procesos judiciales, ser escuchadas, aportar pruebas, recurrir los fallos o resoluciones judiciales y obtener una reparación integral.

B. a. Con la documentación agregada a este expediente, se ha comprobado que la PDDH emitió la resolución de fecha 1-VI-2005, en la que ordenó hacer del conocimiento de la Unidad de Medio Ambiente y Salud de la FGR el problema de contaminación que la fábrica de Baterías [...], S.A. de C.V., generó en el cantón Sitio del Niño, a efecto de que, conforme a su competencia legal, adoptara las medidas necesarias para garantizar a las personas afectadas el goce de sus derechos. En dicha resolución se hizo constar que miembros del Comité Ambiental del Sitio del Niño denunciaron que aproximadamente *siete mil doscientas cincuenta personas* que habitaban en *seis comunidades* de esa localidad estaban siendo afectadas por la contaminación.

Asimismo, la PDDH pronunció las resoluciones de fechas 4-I-2006 y 7-VI-2007, en las que, respectivamente, recomendó al Fiscal General de la República realizar una investigación penal, a fin de determinar las acciones legales necesarias para prevenir que se continuaran dañando el medio ambiente y la salud de los residentes del cantón Sitio del Niño; y declaró que los graves problemas de salud en las comunidades de dicho cantón eran producto de la contaminación por plomo generada por la referida fábrica de baterías. Esta última decisión se comunicó al Fiscal General con el objeto de que informara sobre las acciones adoptadas conforme a los procedimientos legales de su competencia.

b. En virtud del contenido de la última de las citadas resoluciones, el Fiscal General de la República informó el 20-VI-2007 a la PDDH que en la Unidad de Medio Ambiente de la FGR se abrió un expediente por la comisión del delito de contaminación ambiental acontecido en el cantón Sitio del Niño, en virtud de la denuncia efectuada el 8-III-2007 por la señora Ángela Esther Gómez Carrillo. Agregó que dicho expediente se encontraba en la etapa de investigación, junto con las denuncias interpuestas por los señores Mauricio García Andrade, Domenica Lisset López González y Orlando García Jerónimo.

Respecto a las aludidas denuncias, el 29-II-2008 se presentó requerimiento fiscal ante el Juez de Paz de San Juan Opico contra ciertas personas, a quienes se les atribuyó la comisión de los delitos de contaminación ambiental agravada e infracción de reglas de seguridad, tipificados en los arts. 255, 256 y 267 del Código Penal. El primero, en perjuicio de la naturaleza y del medio ambiente, así como de los habitantes del cantón Sitio del Niño y los trabajadores de la aludida fábrica; el segundo, en perjuicio de la seguridad colectiva.

Con relación al citado requerimiento fiscal, se ha acreditado que el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla emitió distintos autos, en virtud de los cuales repro-

gramó la lectura de la sentencia del proceso con ref. 469-3-2009, relativo al delito de contaminación ambiental en el cantón Sitio del Niño, siendo la última fecha señalada para llevar a cabo dicha actuación procesal el 2-V-2014. Asimismo, en sesión plenaria de la Corte Suprema de Justicia del 19-II-2015, la Secretaría General de la CSJ informó al pleno sobre la emisión de la sentencia definitiva en el caso "Baterías Record".

c. En otro orden, en las declaraciones de parte realizadas por los agentes auxiliares de la FGR, licenciados Mario González Ventura y Cecy Nohemy Portillo Palacios, estos declararon que la señora Domitila Rosario Piche Osorio presentó en el año 2011 una denuncia ante dicha institución y que realizaron las investigaciones correspondientes, pero se determinó que los niveles de plomo encontrados en el lugar de residencia de la denunciante en Ciudad Versailles eran bajos y que los estudios realizados a la denunciante y su grupo familiar no sobrepasaban los límites mínimos de plomo establecidos en las normas internacionales, por lo que se concluyó que el hecho denunciado no constituía delito y se ordenó el archivo de esas diligencias en el mes de julio de 2012.

En dicha acta también constan las declaraciones testimoniales de las doctoras en medicina Orbelina Hernández de Palma Morán y Lilian Angélica Cruz de Menjívar, quienes básicamente indicaron que en el estudio que practicaron en la zona de Ciudad Versailles no encontraron daño en la salud de las personas examinadas y que las viviendas se encontraban dentro de los niveles permitidos, salvo una ubicada en Villa París, que tenía niveles de plomo por arriba de la norma.

C. a. A partir de lo expuesto, se advierte que desde el 7-VI-2005 —es decir, cuando se le notificó la resolución de fecha 1-VI-2005 pronunciada por la PDDH— el Fiscal General de la República conocía la existencia de un problema ambiental en el cantón del Sitio del Niño, el cual se relacionaba con el funcionamiento de la fábrica de Baterías [...], S.A. de C.V.; sin embargo, fue hasta el 8-III-2007 que dicha autoridad inició, después de la interposición de una denuncia, diligencias de investigación por los posibles daños en el medio ambiente y en la salud de los pobladores de esa localidad.

b. Tal como se acotó *supra,* conforme a lo prescrito en el art. 193 ord. 3° de la Cn., a dicho funcionario compete investigar oficiosamente el delito y perseguir a los presuntos responsables, lo cual es una aplicación práctica de los principios que rigen el marco de ejecución del *ius puniendi* estatal. Para cumplir con ese cometido, la Constitución designa a la PNC como órgano colaborador de la actividad fiscal, regida bajo la figura de la denominada *dirección funcional de la investigación.*

Por ello, desde que tuvo conocimiento del problema ambiental que fue denunciado ante la PDDH, el Fiscal General debió comisionar a la PNC para que realizara las indagaciones correspondientes, recabando entrevistas de los habitantes de la zona y trabajadores de la fábrica o requiriendo los informes correspondientes a las entidades administrativas especializadas en el tema —principalmente al MARN y al MINSAL—, sin esperar que se interpusiera una denuncia formal por parte de las personas afectadas, ya que el delito de contaminación ambiental (art. 255 del Código Penal) únicamente exige para su configuración el

que las emisiones, radiaciones o vertidos que se realicen en el suelo, atmósfera o aguas terrestres, superficiales o subterráneas en contravención a las leyes y reglamentos respectivos pongan en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente.

En ese sentido, no era necesario que existieran denuncias sobre lesiones en la salud de los habitantes de la zona para que se iniciaran las diligencias de investigación correspondientes, sino que únicamente bastaba un aviso en el que se expusiera la existencia de la posibilidad real de que las emisiones, radiaciones o vertidos pudieran ocasionar daños en la salud o calidad de vida de las personas o en el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente.

c. En consecuencia, se concluye que el Fiscal General de la República incurrió en una dilación injustificada al iniciar la investigación del caso en estudio, ya que, no obstante se encontraba obligado a investigar de oficio cuando tuvo conocimiento de la posible comisión del delito de contaminación ambiental y a promover la acción penal a efecto de evitar que se pusiera en peligro la salud de los pobladores y el medio ambiente de esa zona, llevó a cabo su actividad hasta que se interpusieron denuncias concretas, con lo cual vulneró los derechos al medio ambiente, a la salud y a la vida de las personas que resultaron afectadas por la contaminación por plomo que la fábrica de Baterías [...], S.A. de C.V., generó en esa zona; motivo por el cual resulta procedente estimar la pretensión planteada contra dicha autoridad, por la dilación no justificada".

"VI. Establecida la vulneración constitucional derivada de las actuaciones y omisiones de las autoridades demandadas, corresponde determinar el efecto restitutorio de esta sentencia.

1. A. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso contra el funcionario personalmente responsable. En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados.

En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente proceso, no obstante se ha constatado que las vulneraciones a los derechos al medio ambiente, a la salud y a la vida derivadas de los actos y las omisiones de las autoridades demandadas ya han producido graves consecuencias negativas sobre el interés difuso tutelado en este amparo, en virtud de las circunstancias específicas del caso en estudio es procedente establecer un efecto restitutorio de carácter material, con el objeto de evitar que dichas consecuencias se continúen materializando.

B. En ese sentido, como efecto de la presente sentencia, corresponde ordenar:

a. Al Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales que: *(i)* adopte las medidas idóneas y realice las acciones pertinentes para la restauración del ecosistema afectado, con el objeto de que este retorne a la situación en la que se encontraba antes del daño ambiental ocasionado o, al menos, logre una recuperación sustancial de su estado, y se adopten políticas públicas y las medidas necesarias a fin de garantizar la no repetición de hechos como el que se conoce en este proceso, todo conforme a lo prescrito en el art. 54 de la LMA, y con fundamento en los estudios técnicos en virtud de los cuales se tomó la decisión de declarar estado de emergencia ambiental en la zona afectada por la contaminación por plomo; *(ii)* ejecute las medidas necesarias para impedir que la materia prima, productos, escoria, desechos y cualquier otro tipo de material o sustancia que aún se encuentre en las instalaciones donde funcionó la fábrica de Baterías [...], S.A. de C.V., continúe contaminando el ambiente, afectando la salud y poniendo en grave riesgo la vida de la población residente en esa zona, para lo cual deberá realizar de forma expedita el retiro o la destrucción —según corresponda— de tales materiales con las medidas de seguridad que el caso exige, con los estándares de calidad internacional requeridos, a efecto de evitar daños en la salud y el medio ambiente durante su transporte o disposición final; y *(iii)* informe a este Tribunal sobre el estado y la calidad actual del agua, el aire y los suelos en el área en la cual declaró estado de emergencia ambiental, estableciendo si estos aún se encuentran contaminados por plomo. A efecto de cumplir con lo anterior, el MARN deberá requerir la colaboración de las entidades estatales que estime necesario y coordinar su actuación.

El Tribunal Ambiental de San salvador deberá darle seguimiento a lo ordenado al MARN, e informar oportunamente a esta Sala sobre su cumplimiento.

b. Al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social que: *(i)*informe a esta Sala sobre los resultados del "Plan preventivo de pacientes con riesgo de intoxicación ambiental por plomo" que implementó en el año 2007 y si, a la fecha, este continúa ejecutándose; y *(ii)* garantice el tratamiento médico idóneo a las personas que, según consta en sus registros, resultaron afectadas en su salud por la contaminación por plomo, debiendo remitir a este Tribunal información general sobre el estado de salud de cada una de ellas y del tratamiento que se encuentran recibiendo.

c. Al Concejo Municipal de San Juan Opico que, con la colaboración de las autoridades del MINSAL, el MARN y las entidades estatales cuya participación resulte necesaria, verifique si los establecimientos industriales de todo tipo que funcionan en ese municipio cuentan con los permisos legales respectivos y, además, si cumplen con las condiciones bajo las cuales aquellos se han emitido respecto a la protección al medio ambiente y a la salud de las personas, a efecto de evitar que se vuelva a afectar el ecosistema de esa zona y se ponga nuevamente en riesgo la salud y la vida de sus habitantes.

C. En consecuencia, cada una de dichas autoridades deberá informar a este Tribunal, *dentro del plazo de noventa días calendario, contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva,* cuáles son las decisiones que ha adopta-

do y las acciones concretas que ha efectuado o realizará a efecto de cumplir con lo que le ha sido ordenado en esta sentencia. En ese mismo lapso, los Ministros del Medio Ambiente y Recursos Naturales y de Salud Pública y Asistencia Social deberán rendir también los informes que les han sido requeridos.

3. A. Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., las personas afectadas en sus derechos a la salud, a la vida y al medio ambiente tienen expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de las vulneraciones de derechos constitucionales declaradas en esta sentencia, directamente contra las personas que ocuparon los cargos de Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales, Ministro de Salud Pública y Asistencia Social y Fiscal General de la República, así como las que integraron el Concejo Municipal de San Juan Opico, cuando ocurrieron las vulneraciones declaradas en esta sentencia.

B. En similares términos, las personas afectadas pueden promover, de conformidad con el art. 2 de la Cn., los procedimientos judiciales que el ordenamiento jurídico contempla contra Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., para obtener a través de la jurisdicción ordinaria, si resulta procedente, la reparación de los daños materiales y morales que hayan sufrido por las actuaciones inconstitucionales efectuadas por dicha sociedad".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 400-2011, fecha de la resolución: 11/03/2015.

DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

ELEMENTOS DEL DERECHO AL SUFRAGIO

"III. *1.* El derecho al sufragio descansa en tres elementos: el principio de soberanía popular, la democracia como forma de gobierno y la representación política. Ello porque la elección popular de los gobernantes sirve tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno como para que los gobernantes ejerzan la calidad de representantes de aquel. El sufragio también se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política.

En las Sentencias del 20-VIII-2009 y 24-X-2011, Amp. 535-2004 e Inc. 10-2011 respectivamente, y en la Resolución del 10-X-2014, Amp. 648-2014, se afirmó que el *derecho a optar a cargos públicos* (o derecho al sufragio pasivo) implica la posibilidad de ser elegido como funcionario público. Este derecho está formulado de manera amplia en el art. 72 ord. 3° de la Cn., por lo que habrán de entenderse como "cargos públicos" los que se ocupan por decisión tanto del cuerpo electoral (directa) como del órgano competente (indirecta). Así, este derecho puede referirse a cargos de representación política o a cargos que no son de representación popular.

Respecto de los cargos de elección popular, el contenido constitucional del derecho a optar a cargos públicos es *asegurar que accedan a estos los candidatos que los electores – en quienes reside la soberanía popular– hayan elegido como sus representantes.* Por tanto, este derecho se satisface cuando se ha

mantenido la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y los candidatos proclamados electos.

2. Ahora bien, el derecho al sufragio pasivo, en su manifestación de derecho a ser elegible, se define en función de la democracia representativa y del derecho a la igualdad, pues está encaminado a la protección, primero, de la oportunidad real y efectiva de todo ciudadano a participar en condiciones generales de igualdad en un proceso eleccionario y, segundo, de la regularidad de los procesos electorales (Sentencia del 29-VII-2010, Inc. 61-2009). Es por ello que el proceso electoral debe funcionar no solo como el procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral designa a los titulares del poder político, sino también como un mecanismo para la realización de los derechos a participar en los asuntos públicos y a ser elegido para ocupar cargos públicos dentro los máximos órganos representativos. En consecuencia, el proceso en cuestión debe desarrollarse con transparencia, en condiciones de iguales oportunidades y arbitrado por un órgano imparcial e independiente –especialmente respecto de cualquier tipo de manipulación político- partidaria–".

INEXISTENCIA DE TRANSGRESIÓN AL DERECHO DE LOS DEMANDANTES AL SUFRAGIO PASIVO

"B. De acuerdo con los arts. 331, 332 y 341 del Código Procesal Civil y Mercantil (C.Pr.C.M.), en virtud de que no se ha demostrado la falsedad de los documentos públicos y privados presentados, con las certificaciones y acta notarial antes detalladas, las cuales fueron expedidas por los funcionarios competentes, se han comprobado los hechos que en ellas se consignan. De igual forma, en razón de lo prescrito en los arts. 330 inc. 2° y 343 del código citado, las copias -simples y electrónicas- y la impresión presentadas constituyen prueba de los hechos consignados en los documentos que reproducen, en vista de no haberse redargüido de falsas aquellas ni los instrumentos originales.

C. Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos: *(i)* que el mecanismo de conteo de votos diseñado por el TSE incluía tres tipos de formularios: uno para registrar los votos válidos enteros obtenidos por cada partido político, candidato no partidario o coalición y el total de votos cruzados en su caso (Folio A); otro para el registro de la cantidad de votos cruzados obtenidos por cada partido político, coalición o lista de candidatos no partidarios (Folios del Al al A8); y un formulario para registrar la cantidad de marcas de preferencia obtenidas por cada uno de los candidatos (Folios del B al E); *(ii)* que una cantidad importante de actas de cierre correspondientes al departamento de San Salvador presentaban inconsistencias e irregularidades en los datos consignados; *(iii)* que, durante el proceso de escrutinio final, miembros de las distintas mesas, a quienes correspondía procesar las actas de cierre 55, 67, 122, 123, 128, 172, 179, 189, 200, 232, 267, 277, 282, 330, 1834, 1862, 1870, 1875, 1881, 1890, 1902, 1904, 111, 1912 y 2416, solicitaron al TSE el conteo de los votos correspondientes a dichos paquetes electorales en atención a las inconsistencias que obstaculizarían la labor del ente colegiado; (iv) que cuatro

de los cinco magistrados del TSE reconocieron la existencia de inconsistencias e irregularidades en los procesos de conteo de votos y escrutinio final, así como la vulneración a derechos constitucionales que podía derivar de aquellas; (v) que, como resultado del recuento de votos ordenado por este Tribunal, se contabilizaron 642,132.99 votos válidos, es decir, 20,990.99 más votos que en el escrutinio final del 27-III-2015; *(vi)* que, como resultado del recuento de votos ordenado por esta Sala, se contabilizaron un total de 2,921,324 marcas, es decir, 64,286 marcas más que en el escrutinio definitivo;*(vii)* que el caudal de votos de todos los partidos políticos contendientes se incrementó, mientras que los votos de la única candidatura independiente para la circunscripción de San Salvador disminuyeron; *(viii)*que el señor […] obtuvo un total de 7,367 marcas (1,227 nuevas marcas), mientras que el señor […] pasó de 5,361 marcas a 5,839 (478 marcas adicionales) y el candidato […] pasó de tener 10,612 marcas a 12,009 (1,397 marcas adicionales); y *(ix)*que el señor […] pasó de tener 20,231 marcas a 23,166 (2,935 nuevas marcas) en el recuento de votos, mientras que su partido político, CD, obtuvo 12,299.02 votos, en contraste con los 11,899.21 que se contabilizaron en el escrutinio final (una diferencia de 399.87 votos).

2. Establecido lo anterior, se determinará si las actuaciones de la autoridad demandada vulneraron el derecho alegado por los peticionarios.

A. a. i. De manera inicial, se abordará la posible existencia de una vulneración al derecho al sufragio pasivo o derecho a optar por un cargo público de los señores […] y […], *por la supuesta existencia de errores en el conteo de votos por parte de las JRV, consistentes en que: (i) los votos que el elector otorgó a un solo candidato se contabilizaron como voto por bandera; (II) los votos aludidos se contabilizaron como voto por bandera y rostro; o (iii) los votos en cuestión sólo se registraron en los formularios "cuentamarcas" y no en los "cuentavotos".*

Al respecto, cabe señalar que cada uno de los supuestos planteados por los peticionarios implicarían una distorsión de la voluntad de los electores que manifestaron su preferencia por un solo candidato, ya que, en el primer caso, no se estaría reflejando la preferencia del elector por un rostro; en el segundo escenario, se estaría excediendo el número máximo de marcas posibles por papeleta; y, en el tercer supuesto, tanto el candidato como el partido habrían sido perjudicados, puesto que este último no contaría con esos votos para efectos de que se le asignara un escaño en la Asamblea Legislativa. Lo anterior se traduciría en una transgresión al derecho de los demandantes al sufragio pasivo, puesto que el que no se hayan registrado, contabilizado o interpretado correctamente los votos emitidos por los electores significaría una ruptura de la regularidad del proceso.

ii. Ahora bien, con la prueba aportada al proceso –específicamente, el documento denominado "Informe sobre la diligencia de recuento de los votos correspondientes a la Elección de Diputados a la Asamblea Legislativa del departamento de San Salvador"– se evidencia que el señor […] obtuvo un total de 7,367 marcas, es decir, 1,227 más que en el escrutinio final del 27-III-2015; el señor Óscar Armando García Ventura pasó de 5,361 marcas a 5,839 (478 marcas adicionales); y, finalmente, en el caso del señor Josué Alvarado Flores se registró un total de 12,009 marcas, esto es una diferencia de 1,397 marcas más que las consignadas en el acto impugnado.

Sin embargo, resulta imposible determinar la causa específica de las marcas que se sumaron a cada candidato. Lo anterior puesto que no puede establecerse si el porcentaje de esos votos obedeció al conteo de nuevos votos, a la recalificación de votos nulos e impugnados o a la subsanación de errores e inconsistencias en las actas de cierre.

Por consiguiente, al no contarse con elementos probatorios o indicios que permitan establecer inequívocamente un nexo causal directo entre el incremento de marcas obtenido por los demandantes en la pasadas elecciones del 1-III-2015 y los supuestos errores de contabilización de votos que los actores alegaron, no es procedente ampararlos en su pretensión en relación con ese punto.

B. a. Corresponde ahora analizar la posible vulneración del derecho al sufragio pasivo del señor […], *ya que supuestamente, en el proceso electoral para diputadas y diputados a la Asamblea Legislativa, celebrado el 1-III-2015, el TSE, aduciendo inconsistencias formales, omitió contabilizar 158 actas de cierre y escrutinio preliminar.*

b. Inicialmente, se advierte que en el Decreto n° 2, emitido el 9-IV-2015, respecto del acta de escrutinio final de la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Legislativa, los magistrados del TSE […] y […], por medio de votos concurrentes, manifestaron que durante el desarrollo de dicho escrutinio final se detectaron 189 actas correspondientes al departamento de San Salvador con inconsistencias o incongruencias, entre las que destacaban: *(i)*votos .sin escrutar, *(ii)* votos cruzados no detallados, *(iii)* preferencias no detalladas, y *(iv) actas sin datos, que podrían incidir en el resultado de la elección en dicha circunscripción.* Dichas irregularidades podrían afectar los derechos al sufragio activo y pasivo, por lo que "la única forma de garantizarlos era haciendo un recuento de votos", con la apertura previa de cada paquete electoral correspondientes a las actas de cierre y escrutinio antes indicadas.

Asimismo, el magistrado […], en su voto razonado parcial a la aludida acta de escrutinio final, señaló que durante el escrutinio final los miembros que integraban la mesa de trabajo 6 expusieron que debían procesar 263 actas (de la 861 a la 1123), pero solo habían procesado 257 debido a que observaron inconsistencias y no lograron ponerse de acuerdo en la forma de resolver los incidentes, por lo tanto, *"dejaron esas actas a cero, no obstante tener información sobre votos válidos".* Dichas actas eran las correspondientes a las JRV 994, 1015, 1026, 1074, 1103 y 1076, las cuales, al ser analizadas por el TSE, contenían un total de 1,238 votos válidos para los distintos partidos políticos, marcas en voto cruzado y preferencias para los candidatos y candidatas, razón por la cual procedió por unanimidad a procesar los votos que contenían las actas de las JRV 1026 y 1076, "pero no se procesaron 818 votos de las actas correspondientes a las JRV 994, 1015, 1074 y 1103 por no contar con los votos necesarios de los señores magistrados". Con relación a ello, el magistrado […] acotó que, a su criterio, "se violentó la voluntad de 818 votantes, que acudieron a las urnas a ejercer el sufragio" y "que de los 24 diputados y diputadas que se eligen en la circunscripción territorial del departamento de San Salvador, en 23 diputaciones no era posible conforme a los principios de incidencia y determinancia *[sic]* cambiar el resultado obtenido, pero con respecto a la diputación 24 [...], queda[ría] la duda si pudo

existir algún resultado distinto, lo cual solo se podía saber procesando los 818 votos que contenían las actas de las JRV 994, 1015, 1074 y 1103".

Además, el magistrado […], en su voto concurrente, afirmó que en el desarrollo del escrutinio final se suscitaron reportes generados por las mesas de trabajo en casos de inconsistencias detectadas en algunas actas de las elecciones de diputadas y diputados a la Asamblea Legislativa. *Algunas de dichas inconsistencias consistían en actas en blanco,* en las que no se reflejaba ningún tipo de trabajo por parte de las JRV, por lo que, a su juicio, para subsanar esos errores materiales lo procedente era la apertura de los paquetes electorales correspondientes a las actas anómalas.

Así, de los votos concurrentes y razonados de 4 de los 5 magistrados que integran el TSE se infiere la existencia de irregularidades en el proceso electoral, pues aquellos reconocieron de forma expresa que se omitió contabilizar cierto número de actas y, además, señalaron que dicha omisión afectó los derechos fundamentales de los actores en la contienda electoral y de los votantes, por lo que el mecanismo idóneo para garantizar el respeto de la voluntad popular y la pureza del evento electoral era el recuento de los votos correspondientes a las actas con irregularidades.

c. Por otra parte, en el desarrollo de este proceso de amparo el TSE manifestó, como argumento de defensa, que las irregularidades que se presentaron durante el escrutinio de las elecciones del año 2015 no eran capaces de alterar el resultado al grado de modificar la distribución de escaños. Sobre este punto, se aprecia que en el "Informe sobre las diligencias de recuento de votos correspondientes a la Elección de Diputados a la Asamblea Legislativa del departamento de San Salvador" consta que durante el recuento de votos se registraron 642,132.99 votos válidos; en cambio, en el escrutinio final realizado el 27-III-2015 se registraron 621,142.00, es decir que se contabilizaron 20,990.99 nuevos votos, lo que pone en evidencia que el TSE omitió contabilizar el 3.26% de votos válidos en el escrutinio final.

Lo anterior significó un incremento de votos para algunos partidos políticos, por ejemplo, ARENA reportó un incremento de 11,204.03, Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional 6,670.07, GANA 1,045.65, PCN 1,460.00, PDC 654.22, CD 399.81, Democracia Salvadoreña 635.24 y el Partido Social Demócrata 122.12, mientras que los candidatos no partidarios reportaron 1,200.17 votos menos. Respecto de las marcas, en el escrutinio se contabilizaron 2,857,03 y en el recuento 2,921,32, lo que representa un incremento de 64,286 marcas.

Con relación a ello, se advierte que en el escrutinio final se contabilizaron 16,273 votos nulos y 9,604 abstenciones, mientras que en el recuento se establecieron 15,413 votos nulos y 8,756 abstenciones, de lo que se infiere que se recalificaron 860 votos nulos y 848 abstenciones. *Esto, si bien explica la existencia de 1,708 votos nuevos, no logra justificar la existencia de los otros 19,282.99.*

d. Sin embargo, los resultados del recuento de votos no modificaron la distribución de escaños –tanto en fuerzas políticas como en candidatos–, lo cual evidencia que la no asignación de un escaño como diputado por San Salvador al señor Douglas Mejía Avilés no se originó en la exclusión de actas, sino en el hecho de que no obtuvo suficientes votos de los electores. *En consecuencia, se*

concluye que no existió vulneración del derecho al sufragio pasivo del actor, por lo que es procedente desestimar la pretensión planteada.

VI**.** En otro orden de ideas, en el auto de admisión del presente amparo, de fecha 14-IV-2015, este Tribunal señaló que no solo se conocería de la presunta vulneración del derecho al sufragio pasivo o a optar a cargo público de los peticionarios sino, además, del contexto en el que se realizaron las elecciones del 1-III-2015.

Al respecto, si bien los resultados del recuento de votos no modificaron la distribución de escaños, con el "Informe sobre las diligencias de recuento de votos correspondientes a la Elección de Diputados a la Asamblea Legislativa del departamento de San Salvador", quedó demostrado que existió un proceso electoral irregular, en el cual no hubo total correspondencia entre la voluntad de los electores y el acta de escrutinio final de la elección en cuestión, pues, conforme al resultado del recuento de votos ordenado por la Sala, se comprobó que se desconoció la voluntad de 20,990.99 ciudadanos, en virtud de que la autoridad demandada omitió considerar un número importante de actas. La variación de los resultados tanto en votos como en marcas permite inferir que algunos organismos electorales efectuaron de forma sistemática un conteo irregular de votos y marcas, especialmente en el conteo de voto cruzado, pues la cantidad de votos y marcas que no fueron contabilizados fue de tal proporción que no pueden considerarse errores marginales.

En virtud de lo anterior, si bien el acto impugnado no afectó el derecho al sufragio pasivo de los demandantes, al haberse comprobado que el TSE omitió contabilizar 20,990.99 votos, para garantizar que se respete y refleje fielmente la voluntad de estos electores, el TSE deberá invalidar el acta de escrutinio final de la elección de diputados a la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, emitida por el TSE el 27-III-2015, única y exclusivamente en lo que se refiere al número de votos de cada partido político y marcas de cada candidato en la elección de diputados de la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador; por lo que dicha autoridad deberá pronunciar la decisión que conforme a Derecho corresponda sobre dicho punto, atendiendo a los resultados del recuento de votos correspondiente a la referida elección".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 177-2015AC, fecha de la resolución: 27/05/2015.

DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

ALCANCE

"IV. *1.* En la Sentencia de fecha 15-I-2010, pronunciada en el proceso de Amp. 840- 2007, se sostuvo que el *derecho de acceso a la jurisdicción* consiste en la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que estos se pronuncien sobre la pretensión formulada, lo cual deberá efectuarse conforme a las normas procesales y procedimientos previstos en las leyes respectivas.

Consecuentemente, el aspecto esencial que comprende dicho derecho es el libre acceso al órgano judicial –entiéndase tribunales unipersonales o colegia-

dos–, siempre y cuando se haga por las vías legalmente establecidas. Ello implica que una negativa de este derecho, basada en causa inconstitucional o por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias de la posibilidad de acudir a la jurisdicción, vulnera la normativa constitucional.

No obstante, si el ente jurisdiccional decide rechazar al inicio del proceso la demanda incoada en aplicación de una causa establecida en un cuerpo normativo específico, la cual le impide entrar a conocer el fondo del asunto planteado, no significa que esté vulnerando el derecho de acceso a la jurisdicción, salvo que sea –como se dijo anteriormente– por interpretación restrictiva o menos favorable para la efectividad de dicho derecho fundamental".

DILACIONES INDEBIDAS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

"*2. A.* Asimismo, en la Sentencia de fecha 9-II-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 384-97, se indicó que como concreción específica del derecho de acceso a la jurisdicción se encuentra la *prohibición de dilaciones indebidas en la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal.*

La prohibición de dilaciones indebidas en la investigación del delito implica que la actividad de recolección de las pruebas que permiten justificar una acusación o la defensa del procesado no debe extenderse indefinidamente, sino que debe ser efectuada de manera pronta con el fin de que se emita una resolución que defina la existencia del conflicto y, de ser procedente, las consecuencias jurídicas que resultarían aplicables. Desde esa perspectiva, la realización de las actuaciones investigativas sin dilaciones injustificadas permite resolver la situación jurídica de los intervinientes dentro de los plazos fijados por la ley o de unos que se puedan considerar razonables, de manera que los intereses de los involucrados reciban una pronta satisfacción.

B. Ahora bien, en la Sentencia de fecha 9-V-2012, emitida en el proceso de HC 209- 2011, se afirmó que no puede sostenerse la existencia de un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos por el legislador, pues lo que existe es un derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pues entender lo contrario implicaría elevar las dimensiones temporales establecidas en las normas procesales a categoría constitucional. Por tanto, para que concurra una afectación de esa naturaleza no basta la existencia de una dilación en el cumplimiento de los plazos, sino que esta debe carecer de una causa que la justifique.

Sin embargo, ello no obsta para que la institución encargada de realizar las etapas de indagación previa o preliminar –FGR– las cumpla en el menor tiempo posible, con el fin de impulsar la tramitación del proceso y lograr que tanto el investigado como las víctimas no se vean afectados por demoras injustificadas en el diligenciamiento de un caso".

DILIGENCIAS PRELIMINARES DE CARÁCTER INDAGATORIO, CORRESPONDEN A LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

"*2. A. a.* De conformidad con el art. 193 ords. 30 y 4° de la Cn., corresponde al Fiscal General de la República dirigir la investigación del delito con la colabo-

ración de la PNC en la forma que determine la ley y, además, promover la acción penal de oficio o a petición de parte. Dicha actividad investigativa puede enmarcarse en lo que la Sentencia de fecha 24-IX-2007, pronunciada en el proceso de Amp. 91-2006, denominó "diligencias preliminares de carácter indagatorio", que permiten determinar la posible existencia de un hecho delictivo e individualizar al responsable a partir de la comunicación de la *notitia criminis* – noticia criminal–.

Estas diligencias tienen utilidad para el ejercicio de la acción penal vía requerimiento fiscal y preceden a la "fase preparatoria del juicio" o "etapa preliminar", que pretende la recolección de elementos probatorios que permiten fundamentar la acusación, la querella y la defensa del procesado. Además, constituyen actos de naturaleza administrativa realizados por el Fiscal General de la República, con la colaboración de la PNC, cuyo objeto es confirmar la noticia criminal y, en su caso, obtener los elementos que le permitan justificar las solicitudes a efectuar en el requerimiento.

En ese sentido, al tratarse de actos que se dan antes de iniciar el proceso penal su realización es de carácter eventual, en la medida que, si bien la decisión para su práctica corresponde al Fiscal General de la República, esta no habrá de ser necesaria si la *denuncia, querella o aviso* se acompaña de los elementos indiciarios suficientes para fundamentar el requerimiento; por el contrario, si es necesario realizar actos de investigación, urgentes de comprobación o de prueba –*v. gr.,* actos que requieran autorización judicial, anticipos de prueba, entre otros–, a fin de justificar su posición inicial frente al hecho delictivo que acontece, estos deberán practicarse conforme a los parámetros legalmente establecidos, *sin dilaciones que generen infracción a derechos fundamentales de las personas".*

PRESENTACIÓN DEL REQUERIMIENTO CONTRA UNA PERSONA IDENTIFICADA Y QUE EXISTE UNA IMPUTACIÓN ES UNA MANIFESTACIÓN DEL PODER DEL ESTADO

"b. La investigación inicial que realiza la FGR no debe considerarse una amplia y extensa averiguación que comprenda todos los aspectos del conflicto de naturaleza penal que se investiga, pues se trata de un soporte investigativo del fiscal que fundamentará sus pretensiones de acuerdo con la estrategia acusatoria que en principio haya elaborado, lo cual no le impide, durante la tramitación del correspondiente proceso penal, aportar o requerir la práctica de actos probatorios para justificar la acusación o sustentar –incluso modificar– su estrategia inicial.

De ahí que, tal como se sostuvo en la Sentencia de fecha 23-XII-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 5-2001, la presentación del requerimiento contra una persona identificada y contra la que existe una imputación es una manifestación del ejercicio del poder penal del Estado, por lo que cuanto más se permita la dilación de dicha presentación más patente es la intensidad de ese poder y la necesidad de controlar su ejercicio.

Y es que la tardanza injustificada de la persecución penal es susceptible de generar daños de diverso tipo en las víctimas que buscan la tutela estatal mediante la incoación de un proceso penal y en las personas contra las que se dirige la imputación, sobre todo en aquellos casos donde la injerencia del Estado

tuvo lugar por medio de la implementación de alguna medida restrictiva de sus derechos fundamentales –*v. gr.,* la imposición de una medida cautelar–".

PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL REQUERIMIENTO FISCAL

"*B.* Con relación al plazo de la presentación del requerimiento fiscal, por medio del D.L. n° 1016, de fecha 29-II-2012, publicado en el D.O. n° 58, tomo n° 394, del 23-III- 2012 –cuya vigencia inició el 23-IX-2012– se incorporó el art. 270-A al C.Pr.P., en el cual se estableció que el plazo de investigación para los delitos comunes sería de 7 meses. Pese a que la citada disposición prescribe el referido plazo, ello no impide que antes de su finalización la víctima requiera al fiscal del caso la presentación del requerimiento o que se pronuncie respecto al archivo de las diligencias, conforme a lo prescrito en el art. 17 inc. 3° del C.Pr.P. Además, si aún no han finalizado las diligencias en virtud de la complejidad de la investigación o existe la necesidad de practicar otras que sean de utilidad, el fiscal superior, a solicitud de la víctima, puede otorgar un plazo no mayor de tres meses para que el fiscal emita el pronunciamiento que corresponda o, si transcurre dicho lapso sin que el funcionario de la FGR se pronuncie, se producirá de pleno derecho la conversión del ejercicio de la acción penal.

En efecto, en la Sentencia de Inc. 5-2001 citada *supra,* se estableció que el Fiscal General tiene la obligación de cumplir con la pronta justicia para que el tiempo de la investigación no sea excesivamente dilatado o se vuelva irrazonable, pues ello podría afectar la situación jurídica de las personas contra las que se dirige la imputación y, de igual forma, de las víctimas que buscan la tutela estatal mediante la incoación de un proceso.

C. Sin embargo, no en todos los casos el Fiscal General de la República –por medio de sus agentes auxiliares– se encuentra obligado a promover la acción penal a la que alude el art. 193 ord. 4° de la Cn., puesto que, al valorar la suficiencia o no de los datos que le han sido proporcionados u obtenidos en las diligencias de investigación, no toda querella, denuncia o aviso de la existencia de una infracción penal contendrá los elementos necesarios para establecer la probable autoría o participación de una persona en su comisión. Tal facultad se extrae de lo prescrito en el art. 293 del C.Pr.P., que autoriza al Fiscal General a ordenar el archivo de las actuaciones si no se hubiera individualizado el imputado, no existieran posibilidades razonables para hacerlo o si, estando individualizado, no existen suficientes elementos de prueba para incriminarlo.

Por el contrario, si el Fiscal General de la República cuenta con los elementos suficientes para instar la actuación del órgano jurisdiccional, debe promover la acción penal respectiva y presentar el requerimiento con los datos, argumentos y peticiones que estime convenientes para fundamentar su pretensión".

FISCAL GENERAL REALIZÓ OPORTUNAMENTE DIVERSAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

"*3. A.* En el presente caso, el señor […] manifestó que el Fiscal General de la República, por medio de sus agentes auxiliares, no había realizado actuaciones

investigativas sobre los hechos denunciados en contra de la señora María Elisa H. P., ni había presentado el requerimiento fiscal correspondiente.

B. a. Al respecto, con la documentación aportada se ha comprobado que a partir de la presentación de la denuncia y hasta el 28-V-2013 la FGR, en colaboración con la PNC, entrevistó a la víctima y a los testigos e inspeccionó el lugar donde presuntamente aconteció el delito, con el fin de aclarar los hechos atribuidos a la señora Hernández Portillo. De igual manera, se ha constatado que del 10-X-2013 al 22-XI-2013 la FGR entrevistó a otros testigos, amplió la información proporcionada por la víctima, realizó diversas gestiones con las Unidades Técnicas Regional de Santa Tecla y Central de la Corte Suprema de Justicia para que le proporcionaran el documento de renuncia original del peticionario y requirió a la PNC la incautación de la máquina de escribir asignada al actor en el Juzgado Primero de Paz de Tejutla. Asimismo, se ha acreditado que la FGR proporcionó las anteriores evidencias con el fin de que la División Policía Técnica y Científica de la PNC emitiera el informe pericial que les fue entregado el 21-XI-2014, lo que sirvió de fundamento para emitir la resolución de fecha 10-XII-2014, que ordenó el archivo de las diligencias en cuestión.

b. Así, de las pruebas incorporadas al proceso se advierte que existieron dos lapsos en los que la FGR no realizó diligencias –aproximadamente de 4 y 5 meses, respectivamente–. Sin embargo, se advierte que *el primero de dichos lapsos no generó una consecuencia negativa e irreparable para la tramitación o decisión del caso,* pues se encontraba comprendido dentro del plazo de 7 meses previsto en el art. 270-A del C.Pr.P. para realizar la investigación de delitos comunes, y *el segundo excedió de manera razonable el término en cuestión,* en virtud de que la FGR aún debía solicitar y obtener elementos probatorios que eran necesarios para emitir una decisión justificada.

A partir de lo anterior, se concluye que en el presente caso el Fiscal General de la República realizó oportunamente diversas diligencias de investigación y solicitó la colaboración de múltiples entidades con el fin de obtener las evidencias necesarias para establecer si era o no procedente ejercer la acción penal derivada de la denuncia interpuesta por el señor […] Además, si bien la resolución en virtud de la cual se ordenó archivar las diligencias en cuestión fue pronunciada fuera del plazo establecido en el art. 270-A del C.Pr.P., se colige que dicho exceso se encontraba justificado, pues dentro de ese lapso la FGR debió requerir y obtener elementos probatorios que resultaban necesarios para fundamentar su decisión.

Y es que, a efecto de que concurra una dilación indebida en la realización de las actividades de investigación del delito, debe existir un incumplimiento injustificado de los términos legales previstos y, como consecuencia de ello, suscitarse una afectación a los derechos de los intervinientes ante la indefinición de su situación jurídica, lo cual en este caso particular no aconteció.

c. En consecuencia, se colige que la autoridad demandada no vulneró el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción del actor, por lo que resulta procedente desestimar la pretensión de amparo planteada por este".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 834-2013, fecha de la resolución: 06/11/2015.

DERECHO DE PETICIÓN

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RAZONABILIDAD O NO DEL PLAZO PARA LA CONTESTACIÓN DE LO PEDIDO

"2. A. En el presente caso, si bien la resolución n° 16102-DEV-490-2013 —en la que se atendió la solicitud de devolución planteada por el pretensor— fue emitida por el jefe del Departamento de Peticiones de la DGII y no por la autoridad demandada, se advierte que era el referido jefe quien se encontraba legalmente facultado para pronunciarse sobre dicho requerimiento, ya que, de conformidad con lo prescrito en los arts. 7 letra e) y 8 inc. 3° de la Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos (LODGII), es al Subdirector General de dicha entidad a quien corresponde atender peticiones de esa naturaleza y este, a su vez, es competente para delegar esa facultad en el citado jefe, tal como se hizo constar en la resolución mencionada.

B. Ahora bien, no obstante haberse comprobado que la solicitud formulada por el demandante ante el Director General de Impuestos Internos fue resuelta por la autoridad competente para ello, debe analizarse el plazo en el que se proporcionó la aludida respuesta.

a. Con los medios de prueba aportados en este proceso se ha comprobado que el pretensor formuló su petición en la declaración de impuesto sobre la renta de fecha 3-III- 2011, la cual dirigió posteriormente ante el Director General de Impuestos Internos mediante el escrito que presentó el 25-III-2011. Asimismo, se ha acreditado que el jefe del Departamento de Peticiones de la DGII emitió el 8-VII-2013 la resolución en virtud de la cual le "aclaró" al demandante que autorizó en fecha 23-I-2013 la devolución solicitada, lo que se comunicó a este el 15-VII-2013.

De lo anterior se colige que *transcurrió un año con diez meses y doce días para que el demandante obtuviera una respuesta a su requerimiento,* puesto que, tal como se consignó en la resolución n° 16102-DEV-490-2013, la devolución solicitada fue autorizada al número de emisión 6876, colectivo n° 2821, de fecha 23-I-2013, la cual se depositó en la cuenta de ahorro del Banco Scotiabank indicada en la declaración respectiva. La existencia de dicho depósito no fue controvertida por el actor en el transcurso del proceso, pese a que contó con la oportunidad para ello.

b. Mediante el escrito que presentó el 25-III-2011 el pretensor le requirió directamente al Director General de Impuestos Internos que resolviera su solicitud de devolución en el plazo prescrito en el art. 215 del CT, es decir, "dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud correspondiente". De la lectura de la citada disposición legal se colige que el lapso en cuestión es aplicable a aquellos casos en los que la Administración Tributaria deba devolver o compensar el excedente de impuesto pagado, después de haberse comprobado que la cantidad reclamada efectivamente ingresó al Fondo General de la Nación, tal como aconteció en el caso en cuestión, *de lo cual se deduce que el plazo prescrito en la aludida disposición legal era aplicable al supuesto concreto en el que el peticionario se encontraba".*

VULNERACIÓN ANTE LA IRRAZONABILIDAD DE LA DURACIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER LA SOLICITUD PRESENTADA DEBIDO A LA INACTIVIDAD DE LA AUTORIDAD DEMANDADA

"c. Al respecto, como se mencionó *supra,* se garantiza y posibilita el ejercicio del derecho de petición cuando las autoridades requeridas emiten una respuesta dentro del tiempo establecido en la normativa aplicable o, en su ausencia, en un plazo razonable, a efecto de que los interesados puedan recibir pronta satisfacción; no obstante ello, debe aclararse que el mero incumplimiento de los plazos establecidos para proporcionar una respuesta al solicitante no es constitutivo por sí mismo de vulneración a este derecho, sino solamente aquellas respuestas que han sido emitidas en un período de duración mayor de lo previsible o tolerable, deviniendo en irrazonable.

De la lectura de la citada resolución n° 16102-DEV-490-2013, no se advierte que en el presente caso hayan acontecido circunstancias que justificaran la demora en la que incurrió la autoridad demandada para resolver directamente o garantizar que la autoridad competente atendiera la petición formulada por el pretensor. Por el contrario, en la aludida decisión se consignó que la declaración en virtud de la cual el actor requirió la devolución en comento "no presenta inconsistencias", por lo que resultó procedente autorizarla.

Y es que, si bien es el Subdirector General de Impuestos Internos el funcionario legalmente competente para atender requerimientos como el que formuló el actor, la aludida petición también se dirigió ante la autoridad demandada por medio del escrito presentado el 25-III-2011, por lo que esta se encontraba obligada a dar una respuesta sobre la solicitud que le fue planteada, ya sea aclarando dicha circunstancia o, en su caso, garantizando que se resolviera oportunamente el requerimiento en cuestión.

C. *Por consiguiente,* se concluye que la irrazonabilidad de la duración del plazo para resolver la solicitud presentada por el señor […] se debió a la inactividad del Director General de Impuestos Internos, quien injustificadamente dejó transcurrir el tiempo sin responder directamente al requerimiento que le fue formulado y sin garantizar que la autoridad legalmente competente para ello emitiera oportunamente una resolución atendiendo la aludida petición, con lo cual vulneró los derechos de petición —en su concreta manifestación de obtener una respuesta en un plazo razonable— y a la propiedad del referido señor; por lo que es procedente ampararlo en su pretensión".

HABILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DIRECTA CONTRA LOS FUNCIONARIOS

"VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de la omisión de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucio-

nal. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados.

En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el proceso de Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. *En el presente caso, se determinó la existencia de una vulneración a los derechos de petición y a la propiedad del actor, pues la solicitud que le formuló a la autoridad demandada fue atendida fuera del plazo legalmente prescrito para ello sin que dicha autoridad justificara la dilación en otorgar esa respuesta. Por consiguiente,* se colige que la omisión impugnada consumó sus efectos en la esfera jurídica del demandante, lo cual impide una restitución material y vuelve procedente únicamente declarar mediante esta sentencia la infracción constitucional de los referidos derechos.

B. En consecuencia, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., *el actor tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente en contra de la persona que cometió la aludida transgresión.*

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a la persona que fungía como funcionario, independientemente de que se encuentre o no en el ejercicio del cargo, deberá comprobársele en sede ordinaria que incurrió en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada por su actuación dio lugar a la existencia de tales daños -morales o materiales-; y *(ii)* que dicha circunstancia se produjo con un determinado grado de responsabilidad -dolo o culpa-. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda, dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso particular".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 774-2012, fecha de la resolución: 12/01/2015.

OBLIGACIÓN A RESPONDER A LO SOLICITADO EN PLAZO LEGAL

"III. A continuación, se hará referencia al contenido del derecho alegado.

1. En las Sentencias del 5-I-2009 y 14-XII-2007, Amps. 668-2006 y 705-2006 respectivamente, se sostuvo que el *derecho de petición,* consagrado en el *art. 18 de la Cn.,* faculta a toda persona –natural o jurídica, nacional o extran-

jera– a dirigirse a las autoridades para formular una solicitud por escrito y de manera decorosa.

Correlativamente al ejercicio de este derecho, se exige a los funcionarios que respondan a las solicitudes que se les planteen y que dicha contestación no se limite a dejar constancia de haberse recibido la petición. En ese sentido, la autoridad ante la cual se formule una petición debe responderla conforme a sus facultades legales, en forma motivada y congruente, haciéndole saber a los interesados su contenido. Ello, vale aclarar, no significa que tal resolución deba ser favorable a lo pedido, sino solamente que se dé la correspondiente respuesta.

1. Además, las autoridades legalmente instituidas, que en algún momento sean requeridas para dar respuesta a determinado asunto, tienen la obligación de responder a lo solicitado en el plazo legal o, si este no existe, en uno que sea razonable.

A. Ahora bien, en la Sentencia del 11-III-2011, Amp. 780-2008, se aclaró que el mero incumplimiento de los plazos establecidos para proporcionar una respuesta al solicitante no es constitutivo de vulneración del derecho de petición; pero sí se vulnera cuando la respuesta se emite en un periodo mayor de lo previsible o tolerable, lo que lo vuelve irrazonable".

DURACIÓN DEL PLAZO

"*B.* En virtud de lo anterior, para determinar la razonabilidad o no de la duración del plazo para proporcionar respuesta a lo solicitado por los interesados, se requiere de una apreciación objetiva de las circunstancias del caso concreto, como pueden serlo: *(i)* la actitud de la autoridad requerida, debiendo determinarse si la dilación es producto de su inactividad por haber dejado transcurrir, sin justificación alguna, el tiempo sin emitir una respuesta o haber omitido adoptar medidas adecuadas para responder a lo solicitado; *(ii)* la complejidad fáctica o jurídica del asunto y *(iii)* la actitud de las partes en el proceso o procedimiento respectivo".

3. A. Finalmente, en la Sentencia del 15-VII-2011, Amp. 78-2011, se afirmó que las peticiones pueden realizarse, desde una perspectiva material, sobre dos puntos: *(i)* un derecho subjetivo o interés legítimo del cual el peticionario es titular y que pretende ejercer ante la autoridad y *(ii)* un derecho subjetivo, interés legítimo o situación jurídica de la cual el solicitante no es titular, pero pretende su reconocimiento mediante la petición realizada".

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN DE LOS ACTORES

"V. Desarrollados los puntos previos, corresponde en este apartado analizar si la actuación de la autoridad demandada se sujetó a la normativa constitucional.

1. A. a. Los demandantes ofrecieron como prueba: *(i)* copia del escrito presentado por el señor C. F. al CMA el 13-V-2013, por medio del cual solicitó que fuera revocado el traslado de su persona del cargo de motorista al de recolector de basura; *(ii)* copia del escrito presentado por el señor G. al CMA el 13-V-2013, por medio del cual solicitó que fuera revocado el traslado de su persona del cargo de inspector II al de oficios varios en el departamento de limpieza; *(iii)*

copia del escrito presentado por el señor […] al Alcalde Municipal de Apopa y al CMA el 9-IX-2013, por medio del cual solicitó que fuera revocado el traslado de su persona del cargo de inspector I al de labores de poda y limpieza en general en la Unidad de Medio Ambiente; y *(iv)* copia del escrito presentado por el señor […] al Alcalde Municipal de Apopa y al CMA el 12-IX-2013, por medio del cual solicitó que fuera revocado el traslado de su persona del cargo de inspector I al de labores de poda y limpieza en general en la Unidad de Medio Ambiente.

b. Por su parte, la autoridad demandada aportó la siguiente documentación: *(i)* copia del memorándum de fecha 16-V-2014, dirigido por la gerente general de la AMA al subgerente financiero y al encargado del Departamento de Catastro Tributario, con firma de recibido de los señores B. F. y S. F., en el que se ordenó asignar a éstos las funciones de inspector I y atención de logística, respectivamente;*(h)* copia del memorándum de fecha 16-V-2014, dirigido por la gerente general de la AMA a la encargada del Departamento Desarrollo Urbano, con firma de recibido del señor G., en el que se ordenó asignar a éste la función de inspector II; *(iii)* copia del memorándum de fecha 16-V-2014, dirigido por la gerente general de la AMA a la sub gerente ambiental, con firma de recibido del señor […], en el que se ordenó asignar a éste la función de motorista I.

B. En razón de lo prescrito en los arts. 330 inc. 2° y 343 del Código Procesal Civil y Mercantil, con las copias presentadas, en la medida en que no se acreditó su falsedad, se han comprobado de manera fehaciente los hechos que en ellas se mencionan.

2. A. Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos y datos: *(i)* que los señores C. F., G., S. F. y B. F. presentaron de manera escrita y en forma decorosa solicitudes, los dos primeros el 13-V-2013, el tercero el 09-IX-2013 y el cuarto el 12-IX-2013 al CMA, para que revocaran los traslados de sus personas de los cargos que desempeñaban en dicha municipalidad; ello ha sido comprobado con las copias simples de dichas peticiones, en las que se consignó el sello de recibido en departamentos de la AMA; *(ii)* que con los memorándum en los que la gerente general de la municipalidad de Apopa ordena a los jefes inmediatos de los demandantes que se les asignen a éstos, en el caso de los tres primeros, los cargos de motorista de la Unidad de Desechos Sólidos, inspector II del Departamento de Desarrollo Urbano e inspector I en la Unidad de Catastro y, en el caso del último, el cargo de atención de logística, el cual corresponde a uno de igual categoría al que desempeñaba previo a su traslado, se da respuesta, tácitamente, a las peticiones realizadas por los demandantes, relacionadas con la revocatoria de sus traslados.

B. Sin embargo, del contenido de la documentación aportada se colige que las contestaciones no fueron efectuadas dentro de un plazo razonable, en razón de que éstas se proporcionaron, en el caso de los señores […] y […]., 1 año y 7 días después de realizada la solicitud inicial de fecha 13-V-2013; en el caso del señor […], 8 meses y 11 días después de realizada la solicitud inicial de fecha 09-IX-2013; y en el caso del señor B. F., 8 meses y 8 días después de realizada

la solicitud inicial de fecha 12-IX-2013; las respuestas les fueron notificadas a los demandantes el 19-V-2014.

Más aún, se deduce que la actitud de la autoridad demandada fue de inactividad durante el tiempo que invirtió para dar una respuesta escrita a los peticionarios, debido a que se observa que los memorándum fueron emitidos al tener conocimiento de la demanda de amparo interpuesta en el presente proceso.

En consecuencia, se concluye que *el CMA vulneró el derecho de petición de los señores […], […]., […]. y […], siendo procedente estimar sus pretensiones".*

EFECTO RESTITUTORIO: PROMOCIÓN DE UN PROCESO POR LOS DAÑOS MATERIALES Y/O MORALES RESULTANTES DE LAS VULNERACIONES DECLARADAS EN ESTA SENTENCIA

"VI. Determinadas las transgresiones constitucionales derivadas de la omisión del CMA, corresponde establecer el efecto restitutorio de esta sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. En el caso que nos ocupa, se comprobó que la autoridad demandada vulneró el derecho de petición de los señores […], […]., […]. y […], al darle respuesta a sus peticiones en plazos irrazonables.

Así, respecto al derecho de petición se infiere que las omisiones impugnadas consumaron sus efectos, lo *que impide una reparación material,* por lo que procede únicamente declarar, mediante esta sentencia, las infracciones constitucionales a este derecho, quedando expedita a los demandantes, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de las vulneraciones declaradas en esta sentencia, directamente en contra de la o las personas que formaron parte del CMA mientras persistieron las infracciones aludidas".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 461-2013AC, fecha de la resolución: 20/11/2015.

DERECHO DE RESPUESTA

DIMENSIONES SUBJETIVA Y SOCIAL

"1. A. a. El *derecho de respuesta (art. 6 inc. 5° Cn.)* es un derecho fundamental que tiene toda persona afectada por informaciones falsas, incompletas, erróneas u ofensivas, presentadas al público por cualquier medio de difusión de información (prensa escrita, radio, televisión, Internet, entre otros), a demandar que su declaración o rectificación sea publicada por el mismo medio y en forma análoga a la información que dio lugar al agravio, con el objeto de prevenir o de que se subsane cualquier perjuicio a sus derechos o intereses legítimos. Por ello, el referido derecho es ejercitable aun cuando el responsable de la difusión de la información no haya actuado con culpa o dolo.

Ahora bien, la difusión de la declaración o rectificación del agraviado no conlleva para el medio informativo la asunción de responsabilidad alguna sobre su contenido y veracidad. Tampoco implica para dicho medio la obligación de corregir la información que dio lugar a la respuesta del ofendido, pues dicha finalidad se logra con la difusión de la declaración del último.

Asimismo, el derecho de respuesta se desarrolla en el plano de las informaciones, es decir, en el plano fáctico. Ello en virtud de que los hechos, en la medida en que pertenecen a la realidad descriptible, externa al sujeto, son susceptibles de ser sometidos a comprobación empírica. Por el contrario, como regla general, el referido derecho no puede ejercerse frente a opiniones, ya que estas, en la medida en que no se basan en datos objetivos, no se prestan para la demostración de su exactitud.

b. De forma correlativa, el aludido derecho permite que el público expuesto a la información original pueda conocer, a iniciativa de la persona afectada, una versión diferente que le permita formarse su propio juicio sobre la materia, pues constituye la presentación de los hechos informados desde la perspectiva de las personas aludidas en ellos mediante una declaración en la que estas proporcionan su versión sobre la información que les causó perjuicio o una simple aclaración o rectificación de las inexactitudes o errores contenidos en ella.

De lo anterior se desprende que el referido derecho tiene dos dimensiones: una *subjetiva,* que le proporciona al ofendido la posibilidad de evitar o de que se subsane cualquier perjuicio que le pueda ocasionar una información, y una *social,* que fomenta el pluralismo informativo y propicia la libre formación de la opinión pública, en la medida en que se presenta a la sociedad una perspectiva diferente de los hechos sobre los cuales versan las informaciones, lo que le permite a dicho cuerpo colectivo acceder a diversas fuentes de información y contrastarlas para arribar a conclusiones que pueden incidir en su toma de decisiones.

B. a. El referido derecho también está reconocido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual puede hacer uso del mismo, en las condiciones previstas por la ley, toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirigen al público en general.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que "el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción" (Opinión Consultiva 7/86).

b. Las condiciones de ejercicio del referido derecho están reguladas en la Ley Especial del Ejercicio del Derecho de Rectificación y Respuesta (LEEDRR). Así, la citada normativa prevé que la declaración o rectificación del ofendido debe cumplir con los siguientes parámetros: *(i)* versar exclusivamente sobre la información que le causó perjuicio; *(ii)* no contener expresiones calumniosas, injuriosas o difamantes, lo que, a su vez, implica que el ejercicio de aquel derecho no se debe convertir en un instrumento para polemizar ni para poner en duda la imparcialidad del medio informativo; *(iii)* la declaración o rectificación del agraviado debe ser difundida gratuitamente y en condiciones de forma y extensión similares a la información que dio lugar al ejercicio del derecho, y *(iv)* el ofendido debe solicitar al responsable de la difusión de la información que le causó agravio, en forma diligente y oportuna, que le permita ejercer el referido derecho y, solo en caso de negativa injustificada o cuando se difundiere la declaración o rectificación sin apegarse a los parámetros legales, podrá acudir ante la autoridad judicial competente a solicitar la protección del referido derecho.

Como contrapartida, se establece el deber del sujeto frente a quien se ejerce el aludido derecho de difundir en forma inmediata el contenido de la declaración o rectificación del ofendido, sin añadir a ella comentario alguno".

TITULARES DEL DERECHO DE RESPUESTA

"C. El art. 6 inc. 5° de la Cn. no hace distinción respecto de quiénes pueden ser titulares del referido derecho, sino que se limita, de modo abstracto, a indicar que su reconocimiento conlleva una protección para los derechos y garantías de las personas. Sin embargo, del art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se infiere que el derecho de respuesta puede ser ejercido por cualquier persona. Ello lo confirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener que "si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención" (Opinión Consultiva 7/86, párr. 28). En concordancia con lo anterior, el art. 2 de la LEEDRR atribuye la titularidad del referido derecho a las personas naturales o jurídicas que se consideren perjudicadas por informaciones que no correspondan a hechos ciertos o en las cuales se utilicen términos o expresiones agraviantes u ofensivas.

De lo expuesto se infiere que la titularidad del derecho de respuesta corresponde a toda persona sin distinción alguna, pero su ejercicio solo está permitido a quienes hayan sufrido un agravio a algún derecho o interés legítimo por la difusión de informaciones que, a juicio del afectado, provienen de un enfoque distorsionado de la realidad. Por ello, al igual que los particulares (personas naturales y jurídicas), los funcionarios públicos también son titulares del derecho de respuesta y pueden ejercerlo de conformidad con la Constitución y la ley. Ahora

bien, respecto de las informaciones falsas, inexactas o erróneas referidas al desempeño de sus cargos, el ejercicio del aludido derecho se debe ceñir a aclarar o rectificar los errores contenidos en las mismas, ya que en estos casos la difusión de la rectificación del funcionario tiene por único objeto presentar a la población una información veraz y completa —resultado del contraste de la versión del medio de difusión con la del funcionario— para que los ciudadanos puedan arribar a conclusiones sobre su licitud o ilicitud. En definitiva, se trata de justificar la legalidad de los actos de los funcionarios públicos, no de defender su reputación".

ERROR RESPECTO DE LA NATURALEZA Y LA BASE NORMATIVA DEL DERECHO INVOCADO POR EL ACTOR

"A. Es necesario hacer ciertas precisiones relacionadas con la naturaleza del derecho de respuesta. Ello en virtud de que el demandado sostuvo en su defensa que el peticionario no era titular del referido derecho, ya que las informaciones por las cuales reclamaba se referían a hechos que ocurrieron cuando tenía la calidad de funcionario público. Además, el demandado sostuvo que, de conformidad con el art. 18 de la Cn., el derecho de respuesta pueden ejercerlo los particulares frente a los funcionarios públicos, pero no a la inversa.

Al respecto, el demandado ha incurrido en error respecto de la naturaleza y la base normativa del derecho invocado por el actor. El derecho al que alude el demandado es el de petición (art. 18 Cn.), el cual faculta a toda persona para dirigirse a las autoridades a formular una solicitud, por escrito y de manera decorosa. De forma correlativa, se exige a dichas autoridades que respondan las solicitudes que se les planteen, conforme a sus facultades legales y en forma motivada y congruente, haciéndole saber a los interesados su contenido (Sentencias del 5-I-2009 y 14-XII-2007, Amps. 668-2006 y 705-2006 respectivamente). Sin embargo, el derecho invocado por el peticionario es el de respuesta, previsto en el art. 6 inc. 5° de la Cn".

PARTICULARES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS TITULARES DEL DERECHO DE RESPUESTA

"En efecto, no solo los particulares, sino también los funcionarios públicos son titulares del derecho de respuesta. En atención a su naturaleza, este derecho se opone, por regla general, frente a particulares, específicamente, frente a: *(i)* los titulares de medios de difusión de información, *(ii)*personas que, siendo ajenas a dichos medios, difundan en sus espacios informativos cualquier tipo de afirmación sobre hechos perjudiciales para los derechos o intereses de una determinada persona y *(iii)*los responsables de campos pagados que, de igual manera, lesionen tales derechos o intereses legítimos. Al respecto, si bien los sujetos referidos son, por regla general, particulares, ello no es óbice para que el aludido derecho también se ejerza frente al Estado, cuando la información que su titular consideraagraviante provenga de un medio de difusión público, o frente a las autoridades públicas, cuando sean responsables de la difusión de ese tipo de información.

De lo antes apuntado se desprende que el contenido de los derechos en cuestión es distinto, pues en el caso del derecho de respuesta el funcionario es el titular y lo ejerce frente al responsable de la difusión de la información, mientras que en el caso del derecho de petición el funcionario es la persona frente a quien el mismo se ejerce".

INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE RESPUESTA

"D. Finalmente, se determinará lo concerniente a la supuesta vulneración del derecho de respuesta del peticionario.

a. Con la prueba aportada al proceso se comprobó que el 25-IX-2005 el actor solicitó al director de LPG que le publicara un escrito que contenía diversas aclaraciones sobre la publicación del 10-VIII-2005, relacionada con un supuesto fraude en el ascenso de 23 oficiales de la ANSP. Entre otros aspectos, el referido señor pretendía defender la legalidad de su actuación y exponer las razones por las cuales admitió un número mayor de oficiales del que se había previsto inicialmente.

Según consta en la copia del referido escrito, el actor señaló que este tipo de prácticas eran comunes en la ANSP, ya que en otras ocasiones, en atención a la necesidad de incorporar un mayor número de elementos a la PNC, se habían admitido a los cursos brindados por la referida academia un número mayor de personas que el que se había definido en un inicio. Asimismo, dicho señor defendió el procedimiento de revisión de los exámenes de los alumnos reprobados señalando que, como máxima autoridad de la referida institución, debía dar respuesta a las solicitudes de esos 23 estudiantes y que, luego de concluida dicha revisión, estos habían cumplido con todos los requisitos para ingresar al curso. Finalmente, el demandante justificó su solicitud de respuesta en la necesidad de que la población se formara libremente una opinión en la que también tomara en cuenta sus aclaraciones y rectificaciones.

Por su parte, el demandado no acreditó que haya atendido la solicitud de respuesta del actor y, en efecto, no consta que la misma haya sido resuelta. El director de LPG se limitó a justificar su negativa de publicar la respuesta del peticionario en la calidad de funcionario público de este último, aduciendo —a partir de una confusión con el derecho de petición— que este no era titular del derecho de respuesta.

b. Al analizar íntegramente la publicación del 10-VIII-2005, se advierte que, en el desarrollo de la referida investigación periodística, el peticionario fue consultado por LPG sobre las supuestas irregularidades en la admisión de 23 agentes para la 7ª promoción del nivel ejecutivo, respecto de las cuales dicho medio estaba informando. En su reportaje, LPG mencionó que el señor [...] decía haber recibido 39 apelaciones y que una comisión había establecido que 23 de ellos cumplían los requisitos de ingreso.

Asimismo, en la citada publicación se incluyó una entrevista que un periodista de LPG le hizo al peticionario. En esa entrevista el aludido periódico le concedió a dicho señor la oportunidad de aclarar cómo se llevó a cabo el proceso de admisión para la 7ª promoción del nivel ejecutivo de la ANSP. Entre otros

aspectos, se le preguntó porqué se había permitido el ingreso de un número mayor de alumnos del que se había planificado y se le pidió que aclarara si para esa promoción habían ingresado alumnos reprobados y explicara cómo fue el proceso de selección. Además, se le dio la oportunidad de que aclarara cuándo nombró la comisión que revisó los exámenes de admisión y cómo fue el proceso de asignación de códigos a esos 23 alumnos.

Ante ello, el señor [...] justificó el ingreso de más estudiantes en las "necesidades de la Policía" y señaló que el Viceministro de Seguridad le había dicho que procediera al ingreso. Por otra parte, al preguntársele por el ingreso de alumnos reprobados, se limitó a indicar que 39 personas habían apelado y que, de ese grupo, se le había dado oportunidad de ingresar a 23. En lo concerniente al desarrollo del proceso de admisión, afirmó que, en el momento en el que se verificaron las supuestas irregularidades, no estaba regulado en la normativa interna el recurso de apelación ni se tenía nombrado al consejo académico, por lo cual él debió asumir "algunos criterios". Finalmente, con relación a la creación de códigos para los 23 alumnos, sostuvo que "[s]eguramente en aquella ocasión [pidió] que se agilizara el proceso", y, al preguntársele si se le asignaron códigos a los alumnos reprobados, respondió: "[a] lo mejor", agregando que no tenía nada de qué retractarse.

De lo expuesto se concluye que, si bien LPG no publicó el escrito de aclaración y rectificación que le presentó el peticionario el 19-IX-2005, éste tuvo la oportunidad en LPG de dar a conocer al público su versión sobre los hechos respecto de los cuales se había mencionado su posible participación durante el período en el que fungió como director de la ANSP. En efecto, el referido medio de comunicación le hizo al demandante una entrevista en la cual éste defendió la legalidad de su actuación y expuso las razones por las cuales la institución que dirigía había admitido para el curso de la 7ª promoción del nivel ejecutivo a 23 oficiales que inicialmente reprobaron los exámenes de selección.

Además, se advierte que el escrito que el demandante pretendía que LPG publicara —en relación con la publicación del 10-VIII-2005— contenía datos que ya habían sido mencionados por el peticionario en la citada entrevista —*v.gr.* su justificación para admitir un número mayor de alumnos que el previsto inicialmente— y otros que pudieron haber sido aportados por el peticionario en la referida entrevista, pero que no lo fueron debido a que éste no hizo un uso adecuado del espacio que se le había concedido para explicar cómo se había desarrollado el proceso de admisión en el que se presentaron las supuestas irregularidades. Se observa, además, que solo algunos apartados del escrito guardaban " relación directa con la información que pretendía rectificar y que parte de su contenido estaba orientado a polemizar con LPG, lo cual quedaba fuera del ámbito de protección del derecho de respuesta.

De lo expuesto se desprende que la solicitud que el señor [...] le presentó a LPG el 19-IX-2005, para que esta publicara una rectificación respecto de la publicación del 10-VIII-2005, no cumplía algunos de los requisitos para poder ejercer el derecho de respuesta, entre ellos, la pertinencia y la ausencia de polémica. Además, el referido señor tuvo la oportunidad real de defender ante la población —especialmente ante el público al que se dirigía el referido periódico— la licitud

de sus actuaciones y de presentarle una versión distinta que justificara su modo de proceder, y así el público se pudiera formar libremente una opinión en la que también se tuvieran en cuenta sus argumentos. Si el peticionario posteriormente consideró que no se había defendido adecuadamente en el, espacio que para tal efecto le concedió LPG, el resultado así percibido no era atribuible al referido medio de comunicación.

c. Por consiguiente, en virtud de que con la documentación agregada a este proceso se comprueba que el peticionario tuvo la oportunidad real de justificar ante el público la licitud de sus actuaciones y de que se subsanara cualquier perjuicio que le hubiera causado la información contenida en la publicación del 10-VIII-2005 y, además, que dicho señor no cumplió algunos de los requisitos para poder ejercer el derecho de respuesta, se concluye que el demandado no vulneró el derecho de respuesta del peticionario, por lo que no es procedente ampararlo en su pretensión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 375-2011, fecha de la resolución: 23/01/2015.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

OMISIÓN DE FORMALISMOS DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO CON LA FINALIDAD DE TUTELAR Y POTENCIAR EL DERECHO VULNERADO

"III**.** *1.* En otro orden de ideas, tal como se acotó en el auto de admisión, la tramitación del proceso de amparo debe realizarse en función del derecho que se pretende tutelar y evitarse el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos puramente formales o literales.

2. Ahora bien, la etapa de desarrollo se configura, de acuerdo a la Ley de Procedimientos Constitucionales, por dos momentos distintos: el traslado al Fiscal de la Corte y a la parte actora para que se pronuncien con relación a todo lo sucedido (art. 27), y el plazo probatorio común para las partes (art. 29).

En efecto, en esta etapa procesal, y vistos los fundamentos de la autoridad demandada con los cuales queda delimitado el objeto de decisión, se corre traslado sucesivo al Fiscal de la Corte y a la parte actora, por el plazo de tres días. Este traslado tiene una simple finalidad: el pronunciamiento en relación general al objeto del amparo que ha quedado establecido con los actos de iniciación, el cumplimiento de los presupuestos procesales y la pertinencia de la medida cautelar.

*3.*En ese sentido, advierte esta Sala que los términos del debate han sido fijados ya por los peticionarios y por las autoridades demandadas. Asimismo, se aclaró en el auto de admisión que los traslados al Fiscal de Corte serían omitidos en tanto que se había requerido al Fiscal General de la República su intervención directa en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad, de conformidad al art. 193 ord. 1° Cn.

Por tales motivos, con la finalidad de procurar la celeridad en la tramitación de este proceso, en virtud de los derechos fundamentales en riesgo —específicamente, el derecho a la salud—, será pertinente omitir los traslados previstos en el art. 27 L.Pr.Cn.

4. Expuesto lo anterior, resulta procedente continuar con su tramitación ordenando la apertura del plazo probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, tomando en consideración que este resulta necesario en el caso concreto para que las partes tengan la oportunidad de acreditar los elementos de su pretensión y resistencia.

En ese sentido, dado que es dentro del referido plazo probatorio que los sujetos procesales propondrán la prueba que pretendan incorporar o practicar dentro del proceso, resulta necesario que estos singularicen los medios probatorios que habrán de ser utilizados, con la debida especificación de su contenido y finalidad según las reglas previstas para cada medio en el Código Procesal Civil y Mercantil (C.Pr.C.M.) —de aplicación supletoria en el proceso de amparo—.

Y así, una vez propuestos, este Tribunal evaluará las solicitudes de las partes y declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará aquellas que no cumplan con los requisitos de singularización y especificación de contenido y, las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles (arts. 317, 318 y 319 C.Pr.C.M.).

5. De igual forma, si bien la tramitación normal del proceso de amparo establece una etapa procesal específica para que las autoridades demandadas informen sobre la manera en la cual han cumplido la medida cautelar ordenada en este proceso, en atención al derecho constitucional tutelado, es decir, el derecho a la salud, y a la imperiosa necesidad de, por un lado, propiciar la celeridad del presente proceso, y por el otro, garantizar la efectividad de la medida cautelar en el menor tiempo posible, resulta pertinente adecuar esta etapa procesal a las circunstancias del caso concreto.

Por lo tanto, este Tribunal considera pertinente ordenar a las autoridades demandadas que rindan informe sobre el cumplimiento de la medida cautelar decretada en este proceso, en un plazo de cinco días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 938-2014, fecha de la resolución: 23/01/2015.

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

CONTENIDO RECONOCIDO POR TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DERECHO A LA PROPIEDAD

"**IV.** *1. A.* El *derecho a la propiedad (art. 2 inc. 1° Cn.)*faculta a una persona a: *(i)* usar libremente los bienes, que implica la potestad del propietario de servirse de la cosa y de aprovechar los servicios que rinde; *(ii)* gozar libremente de los bienes, que se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que deriven de su explotación; y *(iii)*disponer libremente de los bienes, que se traduce en actos de enajenación respecto a la titularidad del bien.

B. Las modalidades del derecho a la propiedad, esto es, el libre uso, goce y disposición de los bienes, se ejercen sin otras limitaciones más que aquellas establecidas en la Constitución o la ley como, por ejemplo, la función social.

C. En virtud del derecho a la propiedad, no solo se tutela el dominio, sino también reclamaciones basadas en otros derechos reales como la herencia, el usufructo, la habitación, la servidumbre, la prenda y la hipoteca.

2. A. El derecho a la propiedad está relacionado con el Derecho de los Consumidores, que —según la Sentencia del 10-IV-2012, Inc. 9-2010— es uno de los pilares del Derecho Constitucional Económico. La protección de los derechos del destinatario final del mercado forma parte de la política de competencia, la cual tiene como finalidad lograr el crecimiento económico y, principalmente, el bienestar de la población.

Las normas que componen el Derecho de los Consumidores procuran la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos y, con ello, que se alcance un nivel de justicia social coherente con los valores de la Constitución. Mediante este tipo de normas el poder público puede y debe intervenir en la solución de las controversias generadas por las desigualdades que produce el inevitable libre juego de fuerzas del mercado —en las cuales generalmente son los consumidores los principales afectados—. Así, se establecen las condiciones necesarias para que los agentes económicos (públicos y privados) involucrados en una relación comercial puedan desarrollarse de forma armónica.

B. Desde esta perspectiva, el Derecho de los Consumidores se relaciona íntimamente con el mercado y sus vicisitudes. Por ello la normativa correspondiente debe estar orientada a corregir las eventuales fallas de la dinámica comercial, ya que las relaciones económicas del mercado involucran fenómenos contrarios al espíritu de la Constitución Económica, como la competencia desleal, la publicidad engañosa y los monopolios. Si bien en un principio se consideró indispensable proteger al consumidor en sentido estricto —el adquirente de bienes de consumo—, la expresión "protección al consumidor" abarca otros supuestos en los que dicha protección es igualmente necesaria, como es el caso de los usuarios de servicios (prestados directamente por la Administración Pública o brindados por particulares concesionarios)".

CONDICIONES PARA ADQUIRIR CALIDAD DE CONSUMIDOR

"*C.* La condición de "consumidor" o "usuario" se adquiere en virtud de la relación que se entabla con un agente proveedor (público o privado) en calidad de adquirente, beneficiario o destinatario de algún producto o servicio. En consecuencia, para tener la condición de "consumidor" o "usuario" es necesario estar vinculado con un proveedor en el contexto de las relaciones de mercado. Y sobre estas ejerce su actuación el Estado, en su papel de garante de los derechos de los consumidores.

El consumo de bienes y la adquisición de servicios implican una relación de intereses económicos —el juego de oferta y demanda—, en la cual el interés del consumidor o usuario reside en obtener el bien o servicio por un precio justo, razonable y en las condiciones ofrecidas y pactadas. Así, la distorsión de las leyes del mercado, por especulación, monopolio o publicidad engañosa, entre otros, afectan el interés económico de los consumidores y dan lugar a la tutela judicial, a través de las instituciones creadas para ello, en caso de arbitrariedad o discriminación.

Los derechos básicos de los consumidores son: *(i)* a la protección de su salud y seguridad, *(ii)* a la protección de sus intereses económicos y ambientales, *(iii)*

a la información y educación, *(iv)* a la representación, y *(v)* a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos". *Sala de lo Constitucional, número de referencia: 230-2013, fecha de la resolución: 05/06/2015.*

DESPIDO DE EMPLEADOS MEDIANTE LA SUPRESIÓN DE PLAZAS

EMPLEADOS INCORPORADOS A LA CARRERA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL GOZAN DE ESTABILIDAD EN EL CARGO

"*2. A. a.* En el presente caso, se ha establecido que los demandantes laboran en la municipalidad de Mejicanos desempeñando distintos cargos, de lo cual se colige que las relaciones laborales en cuestión son de *carácter público* y, consecuentemente, aquellos tienen la calidad de *servidores públicos.*

b. Asimismo, dado que la autoridad demandada no alegó ni comprobó que los cargos desempeñados por los pretensores se encuentran excluidos del régimen laboral regulado en la LCAM, se colige que *los peticionarios son empleados incorporados a la carrera administrativa municipal y titulares del derecho a la estabilidad laboral reconocido en el art. 219 de la Cn.*

Al respecto, el art. 50 n° 1 de la LCAM dispone que *los .funcionarios o empleados de la carrera gozan de estabilidad en el cargo;* en consecuencia, no pueden ser destituidos, suspendidos, permutados, trasladados o rebajados de categoría sino en los casos y con los requisitos que establece la ley".

SUPRESIÓN DE PLAZA DE UN TRABAJADOR DEBE PROBARSE

"*B. a.* Por otra parte, se ha acreditado que el Concejo Municipal de Mejicanos emitió el Acuerdo n° 4, de fecha 19-X-2012, en el que ordenó la supresión de las plazas de trabajo de los demandantes. En dicho documento se hizo constar que la municipalidad había realizado un análisis organizacional y funcional que detectó situaciones como duplicidad de funciones y saturación de recurso humano que resultaban incompatibles con su capacidad financiera, por lo que era indispensable realizar una reorganización administrativa que suprimiera plazas innecesarias, conforme a lo establecido en el art. 53 de la LCAM.

b. Ahora bien, el derecho a la estabilidad laboral de los empleados públicos no es absoluto ni puede entenderse como el derecho a una completa inamovilidad, pues este puede ceder ante el interés general de mejoramiento de servicios por la Administración Pública. En ese sentido, los Municipios están facultados constitucional y legalmente para adecuar su funcionamiento y estructura a las necesidades de los servicios que presta, por lo que puede *crear, modificar, reorganizar y suprimir* los cargos de su personal, cuando las necesidades públicas o las limitaciones fiscales se lo impongan.

Sin embargo, ello no puede implicar el menoscabo del derecho a la estabilidad laboral del que gozan los servidores públicos que pertenecen a la carrera administrativa municipal y convertir la supresión de plazas en un sistema anóma-

lo o encubierto de remoción y sustitución de personas. Por ello, previo a ordenar la supresión de un puesto de trabajo se requiere que la autoridad competente cumpla con las formalidades siguientes: *(i)*elaborar un estudio técnico de justificación, basado exclusivamente en aspectos de presupuesto, necesidades de servicios y técnicas de análisis ocupacional; *(ii)* adoptar las medidas compensatorias de incorporación a empleos similares o de mayor jerarquía o, únicamente cuando se demuestre que esto no es posible, conceder una indemnización, tal como lo prevén los arts. 53 y 59 n° 8 de la LCAM; *(iii)* reservar los recursos económicos necesarios para efectuar el pago de las indemnizaciones respectivas; y *(iv)* levantar el fuero sindical, en aquellos supuestos de empleados aforados conforme al art. 47 inc. 6° de la Cn.

En consecuencia, si bien la figura de supresión de plaza regulada en el art. 53 de la LCAM es una facultad que poseen los Municipios para modificar su estructura organizativa, la cual se enmarca dentro de la autonomía que el art. 203 de la Cn. les confiere, dicha atribución no puede ejercitarse de forma arbitraria, por lo que, previo a ordenar la supresión de una plaza de trabajo, debe establecerse la conveniencia de dicha supresión y probarse las razones por las cuales se considera que la aludida plaza es innecesaria para el desarrollo normal de las actividades de la comuna, así como también que aquella efectivamente desaparecerá del presupuesto municipal. Ello resulta indispensable en virtud de que se suprime la plaza de un servidor público municipal que goza de estabilidad laboral por ser parte integrante de la carrera administrativa.

C. a. En el presente caso, el Concejo Municipal de Mejicanos no ha probado que la supresión de las plazas ocupadas por los demandantes se realizó atendiendo a criterios técnicos de necesidad y no por simples razones de conveniencia. En efecto, la sola invocación por parte de la autoridad demandada de que dichas plazas eran innecesarias e incompatibles con su capacidad financiera no es suficiente para tener por establecido que la eliminación de los puestos de trabajo de los demandantes se fundamentó en criterios de necesidad de los servicios que presta la municipalidad o en motivos presupuestarios, pues para ello debió presentarse los respectivos estudios técnicos que así lo demostraran.

b. Aunado a ello, la referida autoridad no acreditó que hubiera realizado acciones tendientes a incorporar a los demandantes en empleos similares o de mayor jerarquía dentro de la institución municipal o, en su defecto, a realizar el pago inmediato en concepto de indemnización, de conformidad a lo dispuesto en el art. 53 de la LCAM.

Y es que la incorporación o indemnización por supresión del cargo no constituyen actos discrecionales y de buena voluntad, sino mecanismos de obligatoria aplicación que protegen la estabilidad laboral de los servidores públicos en aquellos supuestos en los cuales la Administración, por razones extraordinarias, se vea en la necesidad de suprimir algunos cargos, ya sea, por ejemplo, por cuestiones financieras o de reestructuración de las entidades en aras a la modernización de sus servicios".

USO FRAUDULENTO DE LA FIGURA DE SUPRESIÓN DE PLAZA GENERA VIOLACIÓN A DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES

"*3.* De lo antes expuesto se colige que la autoridad municipal demandada utilizó de manera fraudulenta la figura de "supresión de plaza" para intentar revestir de legalidad actos que, en esencia, configuran despidos.

Por consiguiente, al haberse comprobado que el Concejo Municipal de Mejicanos tomó la decisión de suprimir las plazas laborales de los señores [...], realizando un uso fraudulento de la .figura de supresión de plazas, se concluye que la aludida autoridad vulneró los derechos de audiencia, defensa y a la estabilidad laboral de los referidos señores; por lo que resulta procedente ampararlos en su pretensión.

VI. Determinadas las vulneraciones constitucionales derivadas de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el proceso de Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el caso que nos ocupa, dado que durante la tramitación del presente amparo se ordenó la suspensión de los efectos del acto reclamado, pues se consideró que existían situaciones que debían preservarse mediante la adopción de esa medida cautelas, la decisión del Concejo Municipal de Mejicanos de despedir a los demandantes no se consumó, por lo que el efecto restitutorio de esta sentencia deberá concretarse en dejar sin efecto dicha decisión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 328-2013AC, fecha de la resolución: 08/07/2015.

DIRECTOR GENERAL DE PROTECCIÓN CIVIL

NO ES LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA EMITIR DECLARATORIA DE ALERTA AMBIENTAL

"*C. a.* Por otra parte, la pretensora aseveró en su demanda que el Director General de Protección Civil omitió declarar la alerta ambiental correspondiente

y decretar las medidas cautelares necesarias para prevenir y mitigar el desastre ambiental en cuestión. Además, afirmó que la aludida autoridad no se pronunció sobre el plomo que se almacenaba en dicho lugar y omitió proponer al Presidente de la República que solicitara a la Asamblea Legislativa decretar estado de emergencia en la zona contaminada.

b. Como lo prescribe el art. 22 de la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres, el Director General de Protección Civil tiene la potestad de declarar diferentes grados de alertas frente a la inminencia, eventualidad o acaecimiento de desastres en general. Sin embargo, ello no impide que en determinadas materias existan entidades especializadas en la prevención y tratamiento de desastres o emergencias.

En materia de medio ambiente, los arts. 54 de la LMA y 78 del Reglamento General de la LMA establecen que el Ministro del Medio Ambiente y Recursos Naturales es quien tiene la obligación de declarar, cuando se cumplan las condiciones correspondientes, el estado de emergencia ambiental, identificando las medidas de socorro y asistencia que deberían adoptarse en auxilio de la población afectada y las medidas de control y seguimiento que se adoptarán en la zona, con el fin de movilizar los recursos humanos, técnicos, médicos y financieros para mitigar el deterioro causado. Todo ello sin perjuicio de auxiliarse de otros organismos, sean estos estatales —como la Dirección General de Protección Civil, el Sistema Nacional de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres y sus diferentes Comisiones— o particulares.

Además, de conformidad con los arts. 83 y 84 de la LMA, el aludido Ministro se encuentra habilitado para emitir las medidas necesarias para evitar daños al medio ambiente y los ecosistemas, las cuales pueden durar mientras el responsable de la amenaza o del deterioro no elimine sus causas. Tales medidas se deben circunscribir al área, proceso o producto que directamente amenace o deteriore el medio ambiente, ponga en peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población. Asimismo, el citado Ministro es competente para ordenar eventualmente, después de la tramitación del procedimiento correspondiente, la reparación de los daños causados al medio ambiente y, en su caso, condenar a las indemnizaciones a que hubiere lugar por la pérdida o destrucción de los recursos naturales o deterioro del medio ambiente, así como ordenar las medidas compensatorias indispensables para restaurar los ecosistemas dañados.

c. Por consiguiente, *dado que el Director General de Protección Civil no es la autoridad compete para emitir la declaratoria de alerta ambiental y decretar las medidas cautelares contra las entidades que inciden negativamente sobre el medio ambiente y la salud de la población, este Tribunal se encuentra imposibilitado de proceder al examen y decisión sobre el fondo de la pretensión planteada en contra de dicho Director, pues este no pudo incurrir en las supuestas omisiones que se le atribuyen y, en consecuencia, procede sobreseer en el presente amparo con base en lo prescrito en el art. 31 n° 3 de la L.Pr.Cn.*

4. A. a. En el Auto de fecha 24-VIII-2011, emitido en el Amp. 785-2004, se sostuvo que en los procesos de amparo la concreción y verificación de la carga de la prueba corresponde por regla general a las partes, a efecto de que estas acrediten sus respectivas pretensiones y resistencias. Y es que la producción de pruebas en un proceso implica la posibilidad que tienen los legítimamente

interesados de efectuar una actividad que sirva para acreditar la veracidad de las afirmaciones de hecho formuladas por ellos dentro del proceso. En ese sentido, en caso de no llevarse a cabo dicha actividad, acarrearía determinadas consecuencias jurídicas negativas para la parte que ha omitido su realización.

b. El art. 31 n° 4 de la L.Pr.Cn. establece como causal de sobreseimiento la falta de prueba sobre la existencia del acto reclamado, cuando esta fuere necesaria. De este modo, la acreditación de la existencia de dicha actuación constituye una condición indispensable para el pronunciamiento de una sentencia de fondo sobre el caso planteado. Tal disposición prescribe expresamente la carga procesal que recae en la parte actora de acreditar la existencia del acto que afectó sus derechos y, además, establece la terminación anticipada del proceso de amparo como consecuencia negativa del incumplimiento de esa carga.

Por ello, *el sujeto activo de la pretensión de amparo tiene, en principio, la carga de probar la existencia del acto reclamado desde el inicio del proceso hasta la finalización del respectivo plazo probatorio; a menos que ello no sea necesario, como ocurre cuando la autoridad demandada reconoce, expresa o tácitamente, la existencia de dicha actuación o cuando esta constituye un hecho notorio.*

En ese sentido, dado que el legislador estableció expresamente dicha causal como una forma de terminación anormal del proceso de amparo, en caso que *el demandante no compruebe durante la tramitación del proceso la existencia del acto contra el cual reclama y ello sea necesario según las pautas antes descritas,* este Tribunal se ve imposibilitado de analizar el fondo de la queja planteada, debiendo rechazar la demanda presentada mediante la figura del sobreseimiento, de acuerdo a lo prescrito en la disposición legal antes citada.

B. a. La pretensora manifestó en su demanda que el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social aprobó a la sociedad [...], S.A. de C.V., el permiso de construcción del proyecto habitacional Ciudad Versailles. Sobre dicha autorización el aludido Ministro no expuso ningún tipo de argumento y únicamente señaló que los permisos de construcción son otorgados por la municipalidad correspondiente o el VVDU.

b. Al respecto, se advierte que la peticionaria no incorporó prueba alguna o indicios a efecto de comprobar su afirmación, ni requirió a la citada autoridad que remitiera certificación de esa actuación con base en lo prescrito en los arts. 82 y 83 de la L.Pr.Cn. Aunado a ello, los demás intervinientes tampoco incorporaron prueba alguna con relación a la referida actuación, ni se relaciona su existencia en la certificación remitida por la PDDH.

En consecuencia, en virtud de que la pretensora tenía la carga de probar la existencia de la actuación cuya comisión atribuye al Ministro de Salud Pública y Asistencia Social y, pese a ello, omitió aportar los elementos probatorios necesarios para acreditar dicha situación, deberá soportar en su esfera jurídica los efectos negativos que se derivan del incumplimiento de dicha carga; por lo que deberá sobreseerse en el presente amparo respecto al reclamo incoado contra el citado funcionario, únicamente en lo concerniente a la aprobación de permiso de construcción de la sociedad [...], S.A. de C. V, de conformidad con lo prescrito en el art. 31 n° 4° de la L.Pr.Cn".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 400-2011, fecha de la resolución: 11/03/2015.

ELECCIONES PRESIDENCIALES

AUSENCIA DE AGRAVIO CUANDO EL RECLAMO PLANTEADO, VA DIRIGIDO A QUE SE ESTABLEZCA LAS CIRCUNSTANCIAS RESPECTO A LA TRANSPARENCIA DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL Y EL ESCRUTINIO REALIZADO

"El proceso de amparo tiene por objeto realizar un análisis sobre la estimación o no de la pretensión del demandante sobre una posible violación a los derechos que otorga la Constitución (art. 247 Cn.). Esta pretensión debe consistir en un alegato sobre la supuesta contradicción entre un acto definitivo -identificado como objeto de control-, susceptible de producir un agravio a la esfera jurídica del actor, y una disposición constitucional que estatuye un derecho fundamental y que, además, se sugiera como parámetro de control. El inicio y desarrollo de este proceso sólo es procedente cuando los elementos de dicha pretensión concurren en el caso y están correctamente configurados. En la demanda, el actor debe exponer suficientemente los argumentos que demuestren -con probabilidad razonable-, que el acto cuya revisión se pretende vulneró efectivamente un derecho constitucional. Una pretensión que no cumpla estas condiciones, es por tanto, improcedente; esto es, que carece de aptitud para ser juzgada en una sentencia de fondo.

1. Ahora bien, otro de los elementos de la pretensión que debe concurrir para tramitar válidamente un proceso de amparo, es que el acto impugnado ocasione un agravio relevante a un derecho constitucional. En consecuencia, las razones que invoque el demandante deben demostrar que el acto que se cuestiona ha ocasionado una verdadera afectación o agravio a uno o varios derechos fundamentales o, cuando menos, que sus argumentos deben evidenciarlo de modo razonable. Al contrario, no procederá cuando dicho agravio sea inexistente o no afecte la esfera jurídica de quien solicita el amparo; o cuando, *no obstante la existencia real de una actuación u omisión por parte de la autoridad a quien se le atribuye la responsabilidad, ésta ha sido legítima* (sentencia de 16-XI-2012, Amp. 24-2009).

Este tribunal también ha señalado que estamos en presencia de un agravio cuando el acto u omisión contra el cual reclama la persona que solicita el amparo ha producido *efectos jurídicos directos* en su esfera particular, entendiendo por tales efectos la dificultad o imposibilidad para ejercer materialmente las facultades subjetivas derivadas de un derecho del que se es titular. Esta exigencia del agravio se fundamenta en la *dimensión subjetiva* del proceso de amparo, en tanto dicho proceso se creó por la Constitución como una garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, cuyo objetivo es el de restituir en el goce material de dichos derechos a la persona que se haya visto privada, limitada u obstaculizada en su ejercicio por la actuación de una determinada autoridad.

2. La correcta configuración de la pretensión de amparo supone que la argumentación del actor debe justificar que su caso posee relevancia constitucional, que se trata de un acto definitivo, y que no es posible repararse a través de los mecanismos de impugnación ordinarios.

Si lejos de plantear un "caso constitucional" el interesado expone un caso meramente judicial, legal o administrativo, consistente en la simple inconformidad con la decisión emitida por una autoridad dentro del margen de acción que el sistema de fuentes del Derecho le confiere, esta Sala no estaría habilitada para realizar su labor de control. Por lo que, para evitar invasiones indebidas en otros órganos constitucionales, debe respetar el margen de acción que la Constitución confiere a otros órganos estatales.

V. En el presente caso, sobre la pretensión planteada por la señora […] contra la resolución tomada por el Tribunal Supremo Electoral, mediante la cual declaró como ganador al partido FMLN en las elecciones presidenciales en segunda vuelta, se hacen las siguientes consideraciones:

1. Se advierte que los argumentos de la peticionaria se circunscriben a afirmar que existe vulneración a sus derechos fundamentales en el desarrollo del referido proceso electoral, puesto que "...estuvo lleno de anomalías denunciadas públicamente como la implementación de obstáculos para adquirir el DUI, el cierre antes de la hora fijada de algunas urnas en algunos centros de votación, la injerencia de vigilantes del FMLN para impedir las votaciones de personas que portaban insignias, camisas u objetos que los identificaban con ARENA (...), la sistemática anulación e impugnación de votos contra ARENA, la infiltración de militantes del FMLN en el cuerpo de vigilantes y colaboradores en el partido político de ARENA, el rechazo sistemático de todos los recursos interpuestos por ARENA por parte del TSE, la violación de artículos del Código Electoral referidos a la propaganda sin que el Tribunal [S]upremo [E]lectoral interviniera con eficiencia y celeridad si se trataba de asuntos que favorecían al FMLN...".

2. Así, se infiere que el debate jurídico que motiva la presente demanda no puede ser objeto de conocimiento por esta Sala, ya que la presumible afectación a derechos fundamentales de la demandante sobrevienen a raíz de una decisión tomada por el TSE en el ejercicio de la función jurisdiccional que le concede el artículo 208 de la Constitución, y con más especificidad la atribución señalada en el artículo 64 romano vi del Código Electoral.

Al estudiar el argumento que la elección presidencial tuvo incontables anomalías y que se denotó una parcialidad por parte del TSE hacia el partido político que finalmente resultó ganador de mismo, señala argumentos tales como: que existieron obstáculos para adquirir el Documento Único de Identidad que habilita al ejercicio del sufragio, infiltración de militantes de un partido hacia el otro, el rechazo a los recursos establecidos en la ley electoral y que fueron planteados por el partido ARENA, entre otros señalamientos. De ello, se devela la imposibilidad de esta Sala de conocer al respecto de la pureza o transparencia del proceso electoral, así como de rumores o indicios de un posible fraude electoral, pues en todo caso la entidad que debe dilucidar cualquier tipo de anomalías que atenten contra la transparencia de los resultados de dicho proceso es el TSE.

De lo anterior, se advierte la falta de competencia de este Tribunal para conocer del reclamo planteado, pues a pesar de que la peticionaria formula argumentos dirigidos a establecer una probable vulneración de sus derechos fundamentales, en realidad, estos van dirigidos en el fondo a que se establezca si efectivamente existieron circunstancias que hagan dudar respecto a la transpa-

rencia en la que se realizó la elección presidencial y el escrutinio realizado para conocer al ganador de las mismas, lo cual es función propia del TSE y escapa del catálogo de competencias conferido a esta Sala.

3. Así, este Tribunal considera que al no existir vulneración de derechos constitucionales de la pretensora, no se habilita competencia a esta Sala para conocer respecto del acto impugnado, el cual ha sido emitido con base a las facultades que al TSE como máxima autoridad electoral le conceden la Constitución y la normativa secundaria.

Además, la actora tampoco aporta los elementos suficientes para inferir razonablemente que haya existido ilegalidad en el proceso electoral, ya que, a pesar de sostener alegaciones dirigidas a establecer una probable vulneración de sus derechos fundamentales, en realidad, éstas van orientadas a que se establezca si efectivamente existieron circunstancias que hagan dudar respecto a la legalidad de la elección presidencial y del escrutinio practicado. En consecuencia, la pretensión planteada carece de relevancia constitucional; esto es, que se trata de un asunto de mera legalidad cuyo conocimiento corresponde al TSE".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 258-2014, fecha de la resolución: 16/10/2015.

EMPLAZAMIENTO

PERMITE CONOCIMIENTO REAL Y OPORTUNO DE LA DEMANDA Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA

"*2. A.* Con relación a la supuesta vulneración de los derechos de audiencia, defensa y a la propiedad, por la falta de emplazamiento y notificación de la sentencia pronunciada en el juicio individual de trabajo ref. 11-L-24/11, es preciso señalar que las notificaciones de las decisiones judiciales a las partes son actos de comunicación mediante los cuales se hacen saber a los intervinientes los actos procesales realizados en el respectivo proceso, por lo que, dada su importancia, es imperativo que su concreción se efectúe de manera personal, de forma tal que haya un conocimiento real y oportuno de la decisión que se emite.

Específicamente con relación al emplazamiento, en la Sentencia del 21-X-2011, Amp. 408-2009, se sostuvo que aquel no es una mera notificación, sino que constituye la comunicación primera y fundamental que perfecciona la relación jurídico-procesal, ya que con ella se garantiza el respeto del derecho de audiencia de la persona demandada en un proceso. De ahí que, a efecto de que el emplazamiento cumpla con su finalidad, debe realizarse en forma directa y personal al demandado, es decir, sin intermediarios, tal como prevén los arts. 177 y 181 del C.Pr.C.M".

EXISTENCIA DE VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL ANTE NEGLIGENCIA DE AUTORIDAD JUDICIAL DE AGOTAR BÚSQUEDA DE DOMICILIO DE REPRESENTANTE LEGAL DE SOCIEDAD

"*B.* En relación con lo anterior, dicho código regula el procedimiento a seguirse en lo relativo a los actos de comunicación. De esa manera, el art. 189

permite realizar este tipo de actos, cuando deba hacerse a una persona jurídica, por medio del representante, gerente o director, o cualquier persona autorizada por ley o por convenio para recibir emplazamientos. Así, se consideran distintos mecanismos con la finalidad de dar a conocer de forma efectiva a los interesados las providencias judiciales. En todo caso, el notificador debe dejar constancia de su actuación por medio del acta respectiva, manifestando en ella las circunstancias en las que fue llevado a cabo el acto.

3. A. En el presente caso, del contenido de la certificación del juicio individual de trabajo ref. 11-L-24/11, se advierte que las resoluciones proveídas en el citado proceso le fueron comunicadas a la pretensora en la dirección donde atendía sus negocios; circunstancia que no fue contradicha por la demandante en el desarrollo del presente proceso. En ese sentido, logró determinarse que la citación a la audiencia conciliatoria – diligencia que según el art. 385 del Código de Trabajo tiene la calidad de emplazamiento– fue llevada a cabo el 13-IV-2011 por medio del señor [...], quien se desempañaba como vigilante en las instalaciones de la sociedad.

En este punto, cabe señalar que, siendo la sociedad [...], S.A. de C.V. una persona jurídica, la dirección, intento y concreción de actos procesales de comunicación que le afectaran debían necesariamente respetar los parámetros y reglas de validez legalmente establecidos. Sin embargo, ha quedado en evidencia que el Juez de lo Civil de Usulután fue negligente al no tomar las providencias debidas para asegurar que la persona a quien estaba emplazando en nombre de la sociedad demandada era, efectivamente, unas de las que se encuentran comprendidas en el art. 189 del C.Pr.C.M.

Y es que, si bien el Juez de lo Civil de Usulután no podía prever que la sociedad [...], S.A. de C.V., no tenía representación legal desde el 20-XII-2010, al juez – como director del proceso– se le exige que sea diligente en la decisión de las actuaciones pertinentes en la tramitación de un proceso. Para el caso, debía agotar los mecanismos disponibles para investigar la situación jurídica de la aludida sociedad, en aras de cumplir con las formalidades prescritas en la norma previamente citada.

B. Aunado a lo anterior, se logró determinar que la autoridad judicial demandada, durante la tramitación del proceso laboral, tuvo conocimiento de que las instalaciones donde presuntamente atendía sus negocios la sociedad [...], S.A. de C.V., se encontraban cerradas y, en consecuencia, existía la probabilidad positiva de que esta no hubiera tenido conocimiento de los actos de comunicación que se le habían hecho en esa dirección. En efecto, el notificador del Juzgado de Paz de Santo Tomás hizo constar en el acta de fecha 27-III-2012 que “las instalaciones se encuentran cerradas y al parecer abandonada[s]”; razón por la cual no había podido notificar la resolución de fecha 17-II-2012 al representante legal de la sociedad demandada.

Sin embargo, tampoco en esa ocasión realizó actos orientados a investigar el domicilio de los representantes de la sociedad demandada. Además, a pesar de que la misma autoridad judicial demandada previno al demandante para que proporcionara una dirección en la que podía ser ubicado el representante de la sociedad, ante su incumplimiento, no se avocó a otras instituciones a efecto de

obtener dicha información; al contrario, ordenó que se notificara la sentencia en el mismo lugar donde se habían realizado los anteriores actos de comunicación. Dicha diligencia fue llevada a cabo fijando la resolución en el portón principal de las instalaciones, según acta de notificación de fecha 5-XI-2012.

Por todo lo expuesto, *se colige que la sociedad [...], S.A de C. V, no tuvo la oportunidad real de intervenir en el juicio seguido en su contra, en virtud de lo cual no pudo ejercer los derechos que le franquea la ley, puesto que no fue emplazada ni notificada conforme lo establece la legislación aplicable; razón por la cual deberá estimarse su pretensión y, en consecuencia, declararse que ha lugar el amparo que solicita"*.

"VI**.** Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración a los derechos de audiencia, defensa y a la propiedad de la sociedad [...], S.A. de C.V., como consecuencia de la sentencia emitida el 13-IX-2012 por el Juez de lo Civil de Usulután, mediante la cual se le condenó al pago de cierta cantidad de dinero a favor del señor [...], el efecto restitutorio de esta sentencia de amparo se concretará en dejar sin efecto la aludida resolución, así como todos los actos que se efectuaron con posterioridad a esa actuación.

En consecuencia, deberá retrotraerse el juicio individual de trabajo en cuestión al momento en que se admitió la demanda presentada, a efecto de que se emplace debidamente a la referida sociedad y esta cuente con la oportunidad de ejercer la defensa de los derechos que la Constitución y la ley le confieren.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr. Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente contra la persona que ocupaba el cargo de Juez de lo Civil de Usulután cuando ocurrió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 495-2013, fecha de la resolución: 16/10/2015.

ETAPAS PRECLUIDAS DEL PROCESO

VULNERACIÓN A DERECHOS AL NO ESTAR EL JUEZ HABILITADO PARA HACER RETROCEDER EL PROCESO A ETAPAS PRECLUIDAS

"*C.* Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos y datos: *(i)* que ante el Juez Primero de lo Civil de San Miguel se tramitó el proceso ejecutivo civil acumulado con refs. EC-47/96 y 105/98, contra los señores […] y […] a quienes se les reclamó cierta cantidad de dinero adeudada a los señores […] y […].; *(ii)* que en la fase de ejecución del referido proceso se adjudicó en pago el inmueble embargado a favor del señor […], en virtud de lo cual la autoridad judicial ordenó extenderle la certificación que le serviría como título de propiedad; *(iii)* que el 10-I-2013, a petición de los herederos declarados del señor […], el Juez Primero de lo Civil de San Miguel declaró nulo todo lo actuado a partir del escrito del 3-III-2011, incluso la adjudicación del inmueble, debido a que el señor G. Ch. había fallecido el -III-2011 y, en consecuencia, desde esa fecha había finalizado el mandato conferido a su apoderado; *(iv)* que el señor […]. solicitó la nulidad de la resolución del 10-I-2013, la cual fue declarada sin lugar por la citada autoridad judicial.

2. A. Con relación a la vulneración de derechos alegada por el actor, se advierte que efectivamente el proceso ejecutivo civil en cuestión había finalizado cuando comparecieron ante la autoridad judicial demandada los señores […], […], […], […]. y […], en calidad de herederos del señor […]., y le solicitaron que declarara la nulidad de todo lo actuado desde el día 2-III-2011 –fecha en que había fallecido el señor […].–, incluyendo la venta en pública subasta del inmueble embargado.

Al respecto, tal como la autoridad demandada hizo constar en la resolución cuya constitucionalidad ahora se cuestiona y manifestó en las distintas intervenciones que efectuó en este proceso de amparo, su decisión de declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del escrito del 3-III-2011 y todas sus consecuencias, obedeció a que el mandato conferido por el señor […]. al abogado […] había finalizado con el fallecimiento del primero, según lo establecido en el art. 1923 del Código Civil.

B. Las nulidades de los actos procesales obedecen a defectos formales incompatibles con la debida protección a los derechos de las partes, en razón de ello, su reclamo es entendido como un medio de impugnación, el cual debe ser tramitado de conformidad al procedimiento que se ha estipulado para tal efecto. Sobre dicho punto, el art. 1115 del Código de Procedimientos Civiles (C.Pr.C.) –actualmente derogado– establecía que la nulidad, para poder ser declarada, debía estar expresamente determinada por la ley, además de que la infracción debía haber producido una lesión a los derechos o a la defensa de las partes. En relación con ello, el art. 1122 C.Pr.C. señalaba que las nulidades debían declararse en el curso de las instancias, es decir en las etapas de conocimiento, o mediante el recurso de nulidad.

Para el caso concreto, logra establecerse que la circunstancia por la cual la autoridad demandada declaró la nulidad –incapacidad absoluta o ilegitimidad de las partes que han intervenido en el juicio– a la que se ha hecho referencia en el proceso, se encontraba establecida en el art. 1131 del citado cuerpo legal. Sin embargo, dicha infracción no fue advertida dentro de la etapa de conocimiento, tal como lo exigían las disposiciones pertinentes para poder ser declarada; al contrario, aquella fue establecida cuando ya había transcurrido más de un mes desde la emisión del auto en que se adjudicó el inmueble embargado y se ordenó extender la certificación que serviría como título de propiedad y posesión al nuevo dueño, diligencia con la que se ponía fin a la etapa de ejecución y, en consecuencia, al proceso ejecutivo civil EC-47/96 y 105/98, de conformidad con lo dispuesto en el art. 644 C.Pr.C.

C. En anteriores resoluciones esta Sala ha definido la *seguridad jurídica* como la certeza del particular de que su situación jurídica solo podrá ser modificada por procedimientos regulares y autoridades competentes establecidos previamente por la ley, señalando, además, que una forma de materializar este derecho es la prohibición de abrir causas fenecidas. En ese sentido, las resoluciones no pueden ser alteradas o modificadas por actuaciones posteriores al margen de los cauces legales previstos, lo cual constituye una garantía para aquellos que han sido parte en un proceso ya finalizado, cuya resolución haya adquirido firmeza.

En relación con ello, si bien el Juez Primero de lo Civil de San Miguel, al emitir la resolución en la cual declaró la nulidad de todas las actuaciones judiciales realizadas de forma posterior a la fecha en que falleció el señor […], pretendía resguardar los derechos de los herederos del referido señor, dicho funcionario no estaba habilitado para hacer retroceder el proceso a etapas precluidas, en el cual incluso se había adjudicado en pago el inmueble embargado. Si bien el art. 2 del C.Pr.C. confería a los jueces la dirección del proceso, esa habilitación estaba limitada por otras disposiciones del mismo cuerpo normativo, como las que se han citado anteriormente.

D. En razón de lo anteriormente expuesto, *se colige que el Juez Primero de lo Civil de San Miguel vulneró los derechos fundamentales de audiencia, defensa, a la seguridad jurídica y a la propiedad del señor […], al pronunciar la resolución de fecha 10-I-2013, en la cual declaró nulo todo lo actuado a partir del escrito del 3-III-2011 y todas sus consecuencias, a pesar de que en el referido proceso ya se había adjudicado en pago el inmueble embargado, por lo que habrá que declarar que ha lugar el amparo solicitado".*

EFECTO RESTITUTORIO: DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

"VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será

meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración a los derechos de audiencia, defensa, a la seguridad jurídica y a la propiedad del señor […], el efecto restitutorio deberá concretarse *en dejar sin efecto la resolución emitida por el Juez Primero de lo Civil de San Miguel el 10-I-2013 en el juicio ejecutivo civil refs. 47/96 y 105/98, mediante la cual dicha autoridad judicial declaró nulo todo lo actuado a partir del escrito del 3-III-2011 y todas sus consecuencias.*

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 10 de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración constitucional declarada en esta sentencia, directamente en contra de la persona que ocupaba el cargo de Juez Primero de lo Civil de San Miguel cuando ocurrió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 453-2013, fecha de la resolución: 13/11/2015.

EXIGENCIA DE AGOTAMIENTO DE NULIDAD A EMPLEADOS POR CONTRATO

NECESARIO ACREDITAR EN UN PROCEDIMIENTO LAS CAUSALES DE DESTITUCIÓN DEL CARGO

"*A.* Para tal efecto debe determinarse si el señor C. era titular del derecho a la estabilidad laboral al momento de su despido o si, por el contrario, concurría en él alguna de las excepciones establecidas por la jurisprudencia constitucional con relación a la titularidad de ese derecho.

B. Tal como se sostuvo anteriormente, para determinar si una persona es o no titular del derecho a la estabilidad laboral se debe analizar, independientemente de que esté vinculada con el Estado por medio de Ley de Salarios o de un contrato de servicios personales y de que en este se haya consignado un determinado plazo de conformidad con el art. 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, si en el caso particular concurren ciertas particularidades, tales como: *(i)* que la relación laboral es de carácter público y, por ende, el trabajador tiene el carácter de empleado público; *(ii)* que las labores pertenecen al giro or-

dinario de la institución, es decir, que guardan relación con las competencias de dicha institución; *(iii)* que las labores son de carácter permanente, en el sentido de que se realizan de manera continua y, por ello, quien las efectúa cuenta con la capacidad y experiencia necesarias para ejecutarlas de manera eficiente; y *(iv)* que el cargo desempeñado no es de confianza, circunstancia que debe determinarse con base en los criterios fijados por este Tribunal.

De lo anterior, se colige que, previo a adoptar cualquier decisión en la que se afecte la estabilidad laboral de un trabajador, debe acreditarse en el caso concreto la concurrencia de elementos que conllevan una posible causa de destitución y seguirse previamente el procedimiento respectivo.

C. a. Por otro lado, es importante recordar que la regla según la cual la carga de la prueba "le corresponde al actor" no puede aplicarse en los procesos constitucionales prescindiendo de la naturaleza del acto u omisión reclamada o de las circunstancias particulares que rodearon el caso. Y es que, tal como ha sostenido este Tribunal –*v.gr.,* Resolución del 27-VIII-2008, Amp. 934-2007–, las reglas de la carga probatoria sirven al juzgador para, en el momento de pronunciar sentencia y ante una afirmación de hecho no comprobada, decidir cuál de las partes del proceso ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba.

b. Así, debe observarse que, dada la naturaleza de la relación laboral –en la cual existe un vínculo de supra a subordinación entre el empleador y el trabajador–, es el patrono el que se encuentra en una mejor posición para acreditar si un trabajador era titular del derecho a la estabilidad laboral o si, por el contrario, concurría en él alguna excepción. Por ejemplo, el empleador podría acreditar de mejor manera cuáles fueron las funciones concretas que él mismo, en su carácter de parte contratante, encomendó al empleado; lo que sería fundamental para catalogar, en un caso concreto, si un empleado era o no de confianza personal o política".

CARGO DE TÉCNICO ESPECIALISTA III NO SE TRATA DE UN PUESTO DE CONFIANZA PERSONAL O POLÍTICA

"*C.* En el presente caso, se ha establecido que el señor [...], al momento de su remoción, se encontraba vinculado laboralmente con el MJSP por medio de un contrato de 'servicios personales cuya vigencia finalizaba el 30-VI-2010, circunstancia por la cual el titular de dicha dependencia tomó la decisión de no renovarle su contrato. De lo anterior se colige que la relación laboral en cuestión era de carácter público y, consecuentemente, aquel tenía a la fecha de su separación del mencionado puesto de trabajo la calidad de *servidor público.*

En ese sentido, si bien el referido señor prestaba sus servicios en la DGME en virtud de un contrato de servicios personales con plazo determinado, ello no es suficiente para tener por establecido que la prestación de servicios realizada por aquel a favor del Estado era de naturaleza eventual o extraordinaria. Y es que, por la propia naturaleza del cargo, las funciones desempeñadas revestían un carácter eminentemente *técnico* y, además, eran actividades *permanentes* de la institución, las cuales realizó desde el 1-XI-2005 hasta la fecha de su remoción

el 30-VI-2010. Así, en el presente caso se utilizó erróneamente la figura del contrato para recibir servicios que pertenecen al giro ordinario de la DGME.

Además, se colige que el ejercicio del cargo de Técnico Especialista III no implica la facultad de adoptar libremente decisiones determinantes para la conducción de la institución, por lo que no se trata de un puesto de confianza personal o política; en todo caso, ello no fue controvertido por la autoridad demandada.

En consecuencia, el señor [...] era titular del derecho a la estabilidad laboral en el momento en que aconteció su remoción y, por tanto, previo a ordenarse su despido, debió tramitársele un procedimiento en el cual pudiera ejercer la defensa de sus derechos e intereses, de conformidad con la normativa que le era aplicable. Así, al haberse comprobado que *el MJSP ordenó la separación del señor [...] de su cargo sin tramitarle un procedimiento previo a la emisión de dicha orden, se concluye que el referido funcionario vulneró los derechos de audiencia, de defensa y a la estabilidad laboral de aquel, por lo que resulta procedente ampararlo en su pretensión"*.

INDIFERENTE PARA DETERMINAR ESTABILIDAD EN EL CARGO, SI SALARIO PROVIENE DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN O DE OTRO TIPO DE FONDOS

"*3. A.* Por otra parte, con la prueba aportada al proceso se ha acreditado que el demandante promovió ante el TSC un juicio de nulidad de despido, con base en el art. 61 de la LSC. Sin embargo, si bien el referido tribunal admitió la demanda, posteriormente declaró su incompetencia para conocer del reclamo planteado, pues consideró que, en virtud de que el cargo desempeñado por el demandante era financiado con recursos provenientes del FAE, este se encontraba excluido de la carrera administrativa, según la interpretación que realizó del art. 4 n° 4 de la LSC.

B. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, según se estableció en la Resolución de 26-I-2010, Amp. 3-2010, la regulación de la nulidad de despido o destitución del art. 61 de la LSC posibilita al presuntamente agraviado, dentro del período de tres meses, dar cuenta de su caso al TSC, el cual, una vez admitida la queja planteada por el impetrante, abrirá un espacio probatorio a fin de que sean ventilados los elementos a partir de los cuales pueda demostrarse la presunta irregularidad de la remoción de conformidad con lo establecido en la LSC. En consecuencia, el procedimiento de nulidad consagrado en el aludido cuerpo normativo contempla una vía idónea para que todo funcionario o empleado público despedido sin procedimiento previo –como lo arguye el demandante– pueda discutir la violación constitucional que presuntamente se generó como consecuencia de la separación irregular de su cargo, independientemente de que esté vinculado con el Estado por medio de Ley de Salarios o de un contrato de servicios personales.

C. Sobre la aludida declaratoria de incompetencia, se advierte que el citado tribunal determinó que el demandante se encontraba excluido de la carrera administrativa y, por ello, de la aplicación del régimen establecido en la LSC, atendiendo únicamente a la procedencia de los fondos utilizados para financiar

el servicio prestado, sin tener en cuenta las funciones concretas que aquel desempeñaba.

Así, si bien los FAE son recursos generados con la venta de bienes y servicios prestados por las instituciones gubernamentales y cuya utilización es determinada por las mismas, debe tenerse en cuenta que el carácter extraordinario de los fondos de los que provenía el salario del actor no justifica, desde el punto de vista constitucional, la interpretación de la autoridad demandada respecto del art. 4 inc. 4° de la LSC en cuanto a que ciertos servidores públicos, por el mero hecho de que sus sueldos son pagados con FAE y no con el Presupuesto General de la Nación, no pertenecen a la carrera administrativa. Ello en virtud de que, como se dijo con anterioridad, la estabilidad laboral de los servidores públicos atiende únicamente a la naturaleza de las funciones que estos realizan – permanente y técnica–, de manera que, para determinar si un servidor público es o no titular del derecho a la estabilidad laboral, es indiferente si su salario proviene del Presupuesto General de la Nación, de FAE o de otro tipo de fondos.

De este modo, el aludido tribunal incurrió en una interpretación errónea, ya que – como se acotó arriba–, para determinar si el demandante era o no titular del derecho a la estabilidad laboral, debía analizar –con prescindencia de si estaba vinculado con el Estado por medio de Ley de Salarios o de un contrato de servicios personales y de si su cargo era financiado con el Presupuesto General de la Nación o FAE– si en el caso particular concurrían las condiciones enunciadas anteriormente en el Considerando V.2.B.

D. De lo antes expuesto se colige que el TSC inobservó lo prescrito en el art. 219 de la Cn. y la jurisprudencia constitucional en la que se han interpretado el contenido de esa disposición y fijado los criterios para determinar qué servidores públicos tienen la titularidad del derecho a la estabilidad laboral, en atención a la naturaleza de los cargos que desempeñan. En consecuencia, en virtud de que con la documentación incorporada a este proceso se ha comprobado que *el TSC negó indebidamente al señor [...] un pronunciamiento definitivo en el juicio de nulidad por el despido del que fue objeto, regulado en la LSC, se concluye que dicha autoridad vulneró los derechos a una resolución de fondo y a la estabilidad laboral, por lo que es procedente ampararlo en su pretensión”*.

NULIDAD DE DESPIDO ESTABLECIDA EN LEY DE SERVICIO CIVIL ES REQUISITO DE PROCEDENCIA DEL AMPARO PARA EMPLEADOS BAJO RÉGIMEN DE CONTRATO DE SERVICIOS PERSONALES

“*4. A.* Es preciso aclarar que esta Sala hasta la fecha no ha exigido como requisito de procedencia de la pretensión de amparo el agotamiento de la nulidad de despido regulada en el art. 61 de la LSC en los casos de empleados públicos vinculados por medio de contrato de servicios personales. Sin embargo, es incuestionable que el mencionado proceso de nulidad de despido ha sido configurado como un mecanismo para que el servidor público que haya sido despedido sin tramitársele previamente el proceso regulado en el art. 55 de la LSC obtenga la tutela no jurisdiccional que le permita ejercer la defensa de sus derechos y

conservar su puesto de trabajo, siempre que por la naturaleza de sus funciones el cargo desempeñado no sea de confianza o eventual.

En efecto, el TSC, el cual debe conocer de los procesos de nulidad de despido, es competente para determinar, observando los parámetros que este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia al precisar el contenido del derecho a la estabilidad laboral reconocido en el art. 219 de la Cn., si el cargo desempeñado por el servidor público despedido debe o no ser catalogado como de confianza o eventual y, por tanto, si la persona que lo ejerce es o no titular de dicho derecho.

B. Por consiguiente, *a partir del presente fallo debe considerarse la nulidad de despido regulada en la LSC una vía idónea para subsanar eventuales lesiones de los derechos fundamentales de los servidores públicos que hayan sido separados de sus cargos sin la tramitación del proceso regulado en la aludida ley.* Por ello, su exigibilidad es indispensable para cumplir con lo preceptuado por el art. 12 inc. 3° de la L.Pr.Cn. y, por ende, al no verificarse tal circunstancia, la queja planteada no cumplirá con uno de los requisitos necesarios para la eficaz configuración de la pretensión de amparo.

C. Ahora bien, dado que el referido criterio jurisprudencial se establece con precisión a partir del presente fallo, no debe aplicarse a los reclamos incoados previo a su adopción ni a aquellos casos en que su cumplimiento sea imposible por haber transcurrido a esta fecha el plazo legalmente prescrito para su interposición, pero sí deberá ser requerido desde este momento a aquellas personas que planteen sus pretensiones de amparo y se hayan encontrado habilitadas para agotar dicha vía procesal".

HABILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DIRECTA CONTRA LOS FUNCIONARIOS

"*1.* El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. a. Teniendo en cuenta que el objetivo directo e inmediato que persigue este tipo de proceso es el restablecimiento de los derechos que le fueron vulnerados a la persona que solicita el amparo, en casos como el que ahora nos ocupa, el efecto material que debe conllevar la reparación integral de los derechos conculcados a la parte actora es el reinstalo en el puesto de trabajo que

desempeñaba al momento de ser destituida o a uno de igual categoría y clase. Ahora bien, la posibilidad de ordenar dicho reinstalo depende de las circunstancias particulares de cada caso planteado, ya que en algunos, debido a la total consumación de los efectos del acto reclamado, es imposible el retorno de las cosas al estado en que se encontraban al momento de la afectación constitucional acaecida.

Así, uno de los elementos que posibilitan ordenar una reparación material íntegra –el reinstalo– en estos casos es el tiempo transcurrido entre la concreción de la afectación constitucional (o, en su caso, la emisión de la última actuación que conoció de dicha afectación) y la presentación de la demanda de amparo. Por consiguiente, cuando se advierta que el plazo transcurrido para la presentación de la demanda excedió los límites de la razonabilidad, sin que existiera actividad alguna de parte del agraviado o que obraran a su favor causas que justificaran dicha inactividad, no resulta procedente ordenar su reinstalo.

b. En el caso particular, se comprobó que mediante nota del 23-VI-2010 se le informó al actor que su contrato finalizaba el 30-VI-2010 y se le solicitó la entrega de los documentos y materiales bajo su responsabilidad, lo que implica que fue removido de su cargo sin la tramitación previa de un procedimiento. Asimismo, se advierte que el último pronunciamiento en sede ordinaria sobre el despido del actor lo emitió el TSC el 15-III-2011 y que el peticionario presentó el 10-X-2012 la demanda que dio inicio a este proceso de amparo, solicitando la tutela de sus derechos fundamentales.

A partir de lo anterior se observa que, entre la fecha en la que se emitió la resolución del TSC y la presentación de la demanda que originó este proceso de amparo, el peticionario dejó transcurrir aproximadamente 1 año y 7 meses, motivo por el cual se concluye que dicho plazo fue irrazonable y, por tanto, no es procedente ordenar su reinstalo en el puesto que desempeñaba o en uno de igual categoría y clase. En consecuencia, dado que el pretensor fue separado de su cargo sin que el MJSP respetara los procedimientos y causas legalmente previstas para ello, el efecto de la presente sentencia de amparo consistirá en *ordenar que se cancelen al peticionario los salarios que dejó de percibir, siempre que no pasen de tres meses, tal como lo prescribe el art. 61 inc. 4° de la LSC.*

En ese sentido, debido a que el pago de los salarios caídos es susceptible de ser cuantificado, el MJSP debe hacerlo efectivo cargando la respectiva orden de pago del monto de los salarios y prestaciones respectivos al presupuesto vigente de la institución o, en caso de no ser esto posible por no contarse con los fondos necesarios, emitir la orden para que se incluya la asignación respectiva en la partida correspondiente al presupuesto del ejercicio siguiente. “

REQUISITOS QUE DEBERÁN COMPROBARSE EN SEDE CIVIL PARA DEMOSTRAR RESPONSABILIDAD CIVIL

“B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr. Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales constatada en esta sentencia directamente en contra de la persona que se

desempeñaba como MJSP y contra las personas que integraban el TSC cuando ocurrieron las referidas vulneraciones.

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a las personas que fungían en los cargos aludidos –lo que es posible aun cuando ya no se encuentren en el ejercicio de los mismos–, deberá comprobárseles en sede ordinaria que incurrieron en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada con sus actuaciones dio lugar a la existencia de tales daños –morales o materiales–; y*(ii)* que dicha circunstancia se produjo con un determinado grado de responsabilidad –dolo o culpa–. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda, dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso particular".

ÓRGANOS DEL ESTADO PREVIO A ADOPTAR CUALQUIER DECISIÓN QUE AFECTE ESTABILIDAD LABORAL DEBEN VERIFICAR CAUSALES DE DESTITUCIÓN Y SEGUIR PROCEDIMIENTO RESPECTIVO

"*3. A.* Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la dimensión objetiva del amparo trasciende los efectos del caso particular, en el sentido de que la *ratio decidendi* que sirvió al Tribunal para fundamentar su decisión permite establecer a partir de ese momento la correcta interpretación que ha de darse a la disposición constitucional que reconoce el derecho en cuestión, lo cual deberán tener en cuenta no solo los tribunales, sino también las autoridades y funcionarios de los otros Órganos del Estado cuando resuelvan supuestos análogos que se les presenten. Y es que las autoridades públicas, por un lado, al ser investidas, asumen el deber de cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualquiera que sean las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, y, por otro lado, deben respetar la jurisprudencia emanada de este Tribunal, que en el sistema de protección de derechos figura como el intérprete y garante supremo de la Constitución.

B. a. Teniendo en cuenta lo anterior, *el MJSP, previo a adoptar cualquier decisión en la que se afecte la estabilidad laboral de un trabajador, deberá verificar en el caso concreto la concurrencia de elementos que conlleven una causa de destitución y seguir previamente el procedimiento respectivo,* por lo que tiene constitucionalmente prohibido separar de su cargo a todo trabajador que goce de estabilidad laboral sin previamente seguirle un procedimiento.

Ahora bien, se advierte que en la Sentencia del 6-VI-2014, Amp. 9-2013, se estableció que "todas las autoridades públicas, particularmente las pertenecientes al Órgano Ejecutivo –al que pertenece la autoridad demandada–, se encuentran en la obligación de tener en cuenta los lineamientos establecidos en la presente sentencia", es decir, deben cumplir con los parámetros establecidos en la jurisprudencia de esta Sala respecto al derecho a la estabilidad laboral regulado en el art. 219 de la Cn. En ese sentido, en ocasión de dicho proceso, se le exhortó al Presidente de la República que comunicara el contenido de dicha sentencia a los Ministros, Viceministros, Directores Generales, Secretarios

y Subsecretarios de la Presidencia y Presidentes de las Instituciones Oficiales Autónomas, para que, por medio de los funcionarios con potestades disciplinarias, contribuyeran al cumplimiento del contenido de esta sentencia en cuanto a la protección de los derechos de audiencia, de defensa y a la estabilidad laboral. En cumplimiento de tal exhortación, el Presidente de la República, por medio de escrito del 18-VI-2014, informó a este Tribunal que había comunicado el contenido de la sentencia aludida a los funcionarios antes señalados. Así, dado que el MJSP tiene conocimiento de los parámetros establecidos por esta Sala respecto al derecho a la estabilidad laboral, así como de la obligatoriedad de tales pronunciamientos y de su cumplimiento, deben reiterarse los mismos a dicho funcionario y recordar que los funcionarios públicos responderán personalmente por los actos que contradigan la Constitución o infrinjan el contenido de la jurisprudencia constitucional consolidada de la cual aquellos deben tener conocimiento".

TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL ESTÁ OBLIGADO A OBSERVAR CRITERIOS ESTABLECIDOS EN JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR ESTABILIDAD LABORAL

"*b.* Por otro lado, *el TSC se encuentra obligado a atender en cualquier caso, tanto para determinar su competencia objetiva como para resolver el fondo de la pretensión planteada, los parámetros establecidos en la jurisprudencia de esta Sala respecto al derecho a la estabilidad laboral regulado en el art. 219 de la Cn. y, con base en los mismos, analizar las funciones específicas que desempeñaba el servidor público destituido, a efecto de determinar si el cargo que ocupaba era o no de confianza y si era o no eventual.* Y es que, al establecerse que los empleados públicos pertenecen a la carrera administrativa, independientemente de que estén vinculados con el Estado por medio de Ley de Salarios o de un contrato de servicios personales y de que su salario provenga del Presupuesto General de la Nación, de FAE o de otro tipo de fondos, ello inhibe a la autoridad demandada de declarar su incompetencia para conocer de la pretensión planteada.

Lo anterior debe entenderse respecto a la tramitación del juicio de nulidad del despido regulado en el art. 61 de la LSC y de los casos en que dicho tribunal conoce en revisión de los procesos tramitados de conformidad con el art. 55 del mismo cuerpo jurídico".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 661-2012, fecha de la resolución: 08/06/2015.

INSTITUCIONES AUTÓNOMAS

DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL Y ESTABILIDAD EN EL CARGO

"3. En consecuencia, manteniendo la terminología que la jurisprudencia viene utilizando, a partir de la presente sentencia se entenderá que el derecho a la estabilidad en el cargo es simplemente un tipo de estabilidad laboral, de la cual son titulares los funcionarios públicos electos popularmente, a través de

elecciones de segundo grado o que son nombrados por un período determinado establecido en la ley. Entonces, la estabilidad en el cargo se diferencia de la estabilidad laboral genérica —que presupone un régimen de carrera— en que la titularidad de la primera depende del límite temporal al que están sometidos los puestos a los que se refiere.

Por supuesto, el derecho a la estabilidad en el cargo no es absoluto, como tampoco lo es el derecho a la estabilidad laboral. En efecto, el derecho en cuestión, aun dentro del período en el que goza de validez, puede ser limitado e, incluso, privarse de él a su titular. De esta forma, pueden taxativamente preverse supuestos en los que el titular del derecho sea suspendido, inhabilitado o destituido, pero todo con estricto apego a las condiciones, garantías y procedimientos establecidos en la Constitución y desarrollados en la ley —en sentido formal—.

1. A. Del art. 86 inc. 1° de la Cn., se desprende que los órganos fundamentales del Estado son el legislativo, el judicial y el ejecutivo. No obstante, la multiplicidad, complejidad y especialización de las funciones del Estado exige la delegación o asignación de algunas de dichas funciones en otros órganos-institución, a fin de cumplir con efectividad sus obligaciones. Ahora bien, dicha separación no supone una desconexión absoluta del Estado, pues siempre existen mecanismos inter o intraorgánicos de colaboración y de control.

En efecto, esa relativa independencia, que toma forma de autonomía, puede presentarse en diversos grados, sea como *desconcentración,* que implica una delegación de las autoridades superiores en órganos subordinados a ellas, o sea como *descentralización,* la que supone una transferencia de facultades administrativas a organismos desvinculados en mayor o menor grado de la Administración central. En ese orden, los entes descentralizados del Estado forman un complejo de organizaciones administrativas autónomas de Derecho Público, creadas por ley y con personalidad jurídica, a las cuales se encomiendan la organización y administración de un sector específico de la actividad estatal y de los fondos asignados en un territorio específico *(v. gr.* los municipios) o para una función específica *(v. gr.*las instituciones autónomas y las empresas del Estado).

Las instituciones autónomas, como entidades descentralizadas y depositarias de funciones estatales, cuentan con un entramado de funciones concretas y específicas para las que tienen un alto margen de libertad en los ámbitos: *(i) técnico,* ya que tienen la capacidad de decidir los asuntos propios de la materia asignada; *(ii) administrativo,* pues no dependen jerárquicamente de otra entidad del Estado, aunque sí están sujetas a la inspección, vigilancia y fiscalización de las instituciones correspondientes; *(iii) normativo,* por cuanto están facultadas para emitir las disposiciones relacionadas con su organización y administración internas, aunque siempre subordinadas a los preceptos constitucionales y a la legislación respectiva; y *(iv) económico,* ya que disponen de recursos propios sin otras limitaciones más que los fines establecidos en su marco normativo".

ESTRUCTURA FUNCIONAL TRIPARTITA

"*B.* Ahora bien, el órgano interno de gobierno que constituye la máxima autoridad decisora de algunas instituciones autónomas adopta una estructura

funcional tripartita, estando conformada por representantes de los sectores gobierno, patronal y laboral. Esta expresión organizativa se denomina "tripartismo institucionalizado" y tiene como objetivo principal garantizar la participación de los diferentes actores sociales, económicos, políticos, etc. que directa o indirectamente inciden o se ven beneficiados con el desarrollo de las actividades encomendadas a estas entidades.

Según el informe "Cohesión social, trabajo decente, tripartismo y diálogo social: Aporte de la OIT a la XVII cumbre iberoamericana de jefes de estados y de gobierno", presentado en dicha cumbre en noviembre de 2007 en Santiago de Chile, el tripartismo es una modalidad de participación social en la que se comparten espacios de actuación de naturaleza consultiva, negociadora, decisoria y ejecutiva, sin que las partes pierdan su identidad ni abandonen sus objetivos particulares. También privilegia la cooperación entre los intervinientes para la obtención de objetivos comunes y particulares, lo cual se manifiesta, en un contexto institucionalizado, en el desarrollo de las funciones asignadas a la entidad gubernamental.

En ese sentido, tanto las organizaciones de empleadores y de trabajadores como el Estado son sujetos de derechos y de obligaciones en los procesos de adopción de las decisiones en que participan. Por ello, en atención a la finalidad del tripartismo institucional que rige la conformación de algunos órganos de gobierno de las instituciones gubernamentales, el Estado tiene la obligación de garantizar procedimientos libres e independientes de elección de sus representantes y de respetar el período para el cual han sido nombrados, tal como se colige del art. 3 del Convenio sobre la Consulta Tripartita de la OIT - ratificado por El Salvador y vigente desde el 15-VI-1995-".

CONFORMACIÓN DEL INSAFORP

"*2. A.* En este contexto, del art. 40 de la Cn. y los considerandos I al III de la LFP, se colige que el Estado salvadoreño tiene la obligación de crear y velar por el funcionamiento del sistema de formación profesional, mediante el cual se busca capacitar y calificar de manera continua a la población laboral -del sector público y privado- con el objeto de mejorar las condiciones de vida del trabajador y su grupo familiar y crear las condiciones necesarias para impulsar el desarrollo económico y social del país.

Según los arts. 1 y 2 de la LFP y 7 de su reglamento, el INSAFORP es una entidad de Derecho Público, con personalidad jurídica y autonomía económica y administrativa, a la cual se confiere la dirección y coordinación de dicho sistema; siendo una de sus funciones principales la canalización de la demanda y oferta de capacitación para la población. Con tal objeto, el art. 6 de la citada ley atribuye al INSAFORP una serie de facultades normativas, administrativas, de gestión y de organización para la adecuada disposición y utilización de los recursos destinados a la tecnificación del recurso humano salvadoreño.

De conformidad con el art. 8 de la LFP, la aludida institución está conformada por el Consejo Directivo y la Dirección Ejecutiva. El primer organismo tiene una estructura tripartita en la que intervienen los sectores gobierno, empleadores y

trabajadores. Con ello, se busca que la toma de decisiones en materia de formación profesional se haga con la participación activa y el consenso de los que, por un lado, se verán beneficiados con las políticas y programas formativos a implementar y, por otro, tienen la obligación de colaborar y velar por el desarrollo integral de los trabajadores.

Así, se establece que el sector gobierno estará representado en el Consejo Directivo del INSAFORP por 3 propietarios y sus suplentes, quienes serán designados por los Ministerios de Trabajo y Previsión Social, de Planificación y Coordinación del Desarrollo Económico y Social (actualmente inexistente) y de Educación. Por su parte, el sector empleador y laboral contarán, respectivamente, con 4 y 3 representantes propietarios y suplentes.

B. Respecto al procedimiento de elección de los representantes del sector privado, el inc. 3° del precepto en cuestión -vigente en el momento de la elección del demandante como director suplente del referido consejo- señala que aquellos serán nombrados por las organizaciones patronales que tengan personería jurídica debidamente aprobada. Según el art. 15 del reglamento de la LFP, tales agrupaciones deberán elaborar, con base en sus estatutos, un listado de candidatos que darán a conocer a la Asociación Nacional de la Empresa Privada o a aquella que aglutine a la mayoría de esas organizaciones, a fin de que en asamblea general se elija, de la aludida nómina, a los representantes del sector patronal que integrarán el Consejo Directivo. Dicho nombramiento deberá ser comunicado al INSAFORP, a efecto de que se tome a los representantes la protesta de ley y estos asuman sus respectivos cargos.

C. Para garantizar la realización de las funciones asignadas al Consejo Directivo -y, por ende, a los órganos-persona que materializan dichas funciones en la práctica-, en el art. 10 de la LFP se prescribe que "[l]os Directores durarán en sus cargos tres años y podrán ser reelectos sólo por un período más. No podrán ser destituidos sino es por causa justificada".

Así, de los arts. 12 de la citada ley y 46 de su reglamento se desprende que, cuando concurra alguna situación que justifique la separación de la persona del cargo en cuestión -v. *gr.* incumplimiento de sus deberes, guardar grado de parentesco con otro miembro del consejo o haber sido declarada en quiebra fraudulenta-, se procederá a su reemplazo mediante el procedimiento respectivo. Para tal efecto, según el art. 40 y siguientes del reglamento de la LFP, se creará un Comité de Honor, el cual tendrá la facultad de calificar y pronunciarse sobre las infracciones atribuidas, previo garantizarse al interesado su derecho de defensa. En caso de proceder la destitución del directivo, el Comité deberá informar de tal situación al sector correspondiente para que proceda a realizar las sustituciones respectivas, tal como establece el art. 45 del mencionado reglamento".

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DE INSAFORP CONSIDERADOS SERVIDORES PÚBLICOS

"*D. a.* Del marco normativo que rige al Consejo Directivo del INSAFORP, se desprende que los directores propietarios y suplentes -elegidos por cada sector- se desempeñarán en su cargo por 3 años (art. 10 de la LFP); período durante el

cual solo pueden ser destituidos si concurre alguna de las causas establecidas en la ley, previa la tramitación del procedimiento respectivo.

Aunado a ello, de los arts. 6 de la LFP y 7 de su reglamento deriva que, como miembros del consejo en cuestión, aquellos tienen facultades decisorias, administrativas, normativas y de gestión respecto al funcionamiento del sistema de formación profesional del país, la canalización de las demandas y ofertas formativas, el manejo de los recursos, la dirección del personal de la institución, etc.

De lo anterior se desprende que los representantes de los tres sectores, al integrar el Consejo Directivo del INSAFORP, desempeñan una función específica de carácter público y de interés general, con autonomía y subordinados a la Constitución y a la legislación de la materia, por lo que, atendiendo a la naturaleza de sus atribuciones y al procedimiento mediante el cual asumen tales cargos, aquellos pueden ser considerados servidores públicos.

b.Al respecto, de la Sentencia del 20-VI-99, Inc. 4-88, se colige que el vocablo “servidores públicos”, en términos generales, hace referencia a las personas naturales que actúan en cumplimiento de las funciones encomendadas y que, según las actividades que desarrollen y el régimen jurídico al que se sujeten, pueden revestir la calidad de funcionarios, empleados o trabajadores públicos.

Según la citada resolución, los primeros son aquellas personas que, formando parte de los órganos del Estado, las instituciones autónomas y semiautónomas o las municipalidades, participan en la formación y ejecución de la voluntad estatal y tienen facultades de mando, iniciativa, dirección y decisión, por lo que se les identifica en los grados más elevados de la jerarquía administrativa pública. Y, en la medida en que sus nombramientos responden a la prosecución de una función pública y de interés general, la ley regula los requisitos, procedimientos y períodos de los mismos; garantizando con ello la permanencia de quienes ocupan esos puestos, la continuidad de los servicios prestados y la alternancia. Por esta razón los funcionarios públicos -electos popularmente, a través de elección de segundo grado o nombrados por un período determinado establecido en la ley- gozan de estabilidad en el cargo.

Ahora bien, existen casos en los que los funcionarios nombrados por un período específico se encuentran en una relación de servicio no típicamente laboral o administrativa- con subordinación jerárquica y en la que se reciba un salario como contraprestación-, la cual es de dirección o colaboración, con sujeción directa a la Constitución y al marco legal de sus atribuciones. En ese sentido, la actividad de dichos funcionarios se rige por directrices, no por órdenes de otros entes estatales. Además, los funcionarios en cuestión perciben emolumentos económicos (dietas) únicamente cuando asisten a las jornadas o reuniones de trabajo respectivas, siendo un reconocimiento a su contribución.

c. Desde esta perspectiva, los representantes del sector patronal realizan, cuando pasan a integrar el Consejo Directivo del INSAFORP, funciones públicas y su cargo gozará de protección constitucional durante el período por el cual han sido designados -con base en la ley vigente en el momento de su nombramiento-. Dicho período, en este caso particular, era de 3 años (art. 10 LFP). De ahí que, en definitiva, los directivos del INSAFORP no son simples representantes del sector del que provienen, tal como sostiene la autoridad demandada, sino servidores públicos titulares del derecho a la estabilidad en el cargo.

Ahora bien, dicha estabilidad no es absoluta, pues durante ese período puede presentarse alguna circunstancia que justifique la separación del funcionario del cargo, pero para ello deberán asegurársele las garantías y procedimientos que le permitan defenderse. Por ende, un acto que restrinja injustificadamente a su titular la continuidad en el cargo y al cual no preceda la oportunidad de defenderse, constituirá una remoción que vulnera su derecho fundamental a la estabilidad en el cargo".

VULNERACIÓN AL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL CARGO ANTE LA DESTITUCIÓN DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO, AUNQUE HAYA SIDO ELEGIDO EN BASE A UN MECANISMO ERRÓNEO, SEGÚN LA AUTORIDAD DEMANDADA

"*B. a.* La disposición legal cuestionada prescribe que "los miembros del sector empleador que se encuentren nombrados a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto durarán en funciones hasta el 31 de agosto de 2012", salvo que ya se haya designado a las personas que ocuparán tales cargos de conformidad con el nuevo procedimiento o se encuentren en trámite los nuevos nombramientos, en cuyo caso aquellos seguirán fungiendo en tanto estos no se realicen.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

i. La normativa relacionada desplegó sus efectos exclusivamente sobre los 8 representantes del sector patronal -propietarios y suplentes- que, a su entrada en vigencia, se encontraban ejerciendo el cargo de directivos. *ii*. La finalidad de la ley es la aplicación inmediata de la reforma al art. 8 inc. 3° de la LFP -contenida en el art. 1 del aludido decreto-, en virtud de la cual el Presidente de la República pasó a ser la autoridad competente para elegir, del listado de candidatos propuestos por el sector patronal, quiénes se desempeñarían como directivos del máximo órgano de gobierno del INSAFORP. Para la consecución de tal objetivo, la Asamblea Legislativa estableció que los representantes del sector empleador que estuvieran en el Consejo Directivo cesarían en sus cargos el 31-VIII-2012, esto es, 8 días después de la entrada en vigencia del aludido decreto legislativo, sin importar que, a esa fecha, aun estuviera corriendo el período para el que habían sido nombrados. *iii.* Del aludido decreto legislativo no es posible inferir alguna circunstancia que justificara su emisión en tales términos. Por su parte, la autoridad demandada, en sus informes, se limitó a manifestar que era urgente y necesario aplicar el nuevo procedimiento, sin explicar los motivos.

b. Desde esta perspectiva, se advierte que el art. 2 del DL n° 81/2012 modificó las condiciones con las que se había establecido la relación de servicio entre los aludidos representantes y el INSAFORP -de conformidad con el marco legal vigente en el momento de sus nombramientos-. Entre dichos aspectos se encontraba el plazo por el cual debían ejercer el cargo, sin que haya existido alguna justificación objetiva para su separación del Consejo Directivo.

En ese sentido, la anticipación de la fecha de finalización del plazo para ejercer el cargo en cuestión revistió las características de una destitución que se efectuó a través de un acto normativo desprovisto de razones suficientes; afectándose así derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, sin

que, además, se haya tramitado un procedimiento en el que se brindaran oportunidades de defensa.

Al respecto, en la Sentencia del 6-IV-2008, Inc. 31-2004, se sostuvo que este tipo de derechos son los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación. Su reconocimiento busca que no se cuestionen situaciones jurídicas consolidadas en el pasado y así garantizar la estabilidad del Derecho, logrando la confianza de los ciudadanos. Esto significa, en esencia, que la autoridad demandada debió respetar los derechos adquiridos o situaciones consolidadas a favor de los representantes del sector privado que, a la entrada en vigencia del decreto cuestionado, se encontraban ejerciendo el cargo de director.

c. El derecho a la estabilidad en el cargo otorga a los funcionarios seguridad para el ejercicio de sus atribuciones durante el período para el cual han sido nombrados, en el sentido de que no podrían ser removidos de su puesto de trabajo sin la tramitación previa de un procedimiento en el que se les garantice la defensa de sus derechos y la comprobación objetiva de una causa de destitución establecida en la ley.

Tomando en cuenta lo anterior, si un representante del sector empleador fue nombrado y asumió el cargo de director -propietario o suplente- con base en el marco legal vigente en ese momento (arts. 8 inc. 3° y 10 LFP), con ello adquirió la calidad de funcionario público y el derecho a no ser destituido antes de la finalización del período para el que se le había designado en el cargo, a menos que concurriera alguna causa que motivara su separación, y a que se le tramitara el procedimiento respectivo.

En ese sentido, considerando que el acto normativo cuestionado se tradujo en la destitución del señor [...]. -un representante del sector empleador- del cargo de director suplente, esto es, la separación o cese anticipado de sus funciones por el solo hecho de haber sido elegido con base en un mecanismo que, a criterio de la autoridad demandada, no era adecuado -el art. 8 inc. 3° de la LFP no reformado- y, por ello, fue modificado con posterioridad a la fecha de la designación en el cargo de aquel, se concluye que la autoridad demandada, al emitir el art. 2 del DL n° 81/2012, vulneró su derecho a la estabilidad en el cargo, debiendo amparársele en su pretensión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 523-2012, fecha de la resolución: 04/02/2015.

Relaciones:

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 562-2012, fecha de la resolución: 06/02/2015.

INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL

INACEPTABLE CONSTITUCIONALMENTE QUE ADMINISTRE UN MEDICAMENTO CON EFECTOS NOCIVOS, AUNQUE ESTÉ INDICADO EN PROTOCOLO RESPECTIVO

"*C. a.* De acuerdo con el art. 2 de la LSS, el ISSS cubrirá en forma gradual los riesgos a que están expuestos los trabajadores por causa de enfermedad, accidente común o de trabajo, maternidad, invalidez, vejez, entre otros, con la

posibilidad de extender tales prestaciones a los beneficiarios de una pensión, así como a los familiares de los asegurados y de los pensionados que dependan económicamente de estos, en la forma y condiciones establecidos en la ley y los reglamentos de la materia.

Tal como lo ha publicado en su página oficial de internet —disponible a la fecha—, entre los principios que orientan el desarrollo de las funciones que legalmente le han sido conferidas al ISSS se encuentran: *(i) la universalidad,* en cuanto se busca extender la cobertura y otorgar la provisión de servicios a la población; *(ii) la solidaridad,* en la medida que los servicios sanitarios que presta se conceden a todos, aunque los aportes económicos sean individuales; *(iii) la equidad,* pues se busca garantizar a los asegurados disponer en igualdad de condiciones de los servicios que presta la institución, de manera acorde a las necesidades que estos presenten; y *(iv) la calidad,* ya que se ha comprometido a proveer los servicios con eficiencia, eficacia, oportunidad, profesionalismo, humanitarismo y responsabilidad, satisfaciendo las expectativas de los usuarios.

De ahí que, con base en lo dispuesto en el art. 48 inc. 1° de la LSS, las personas cubiertas por el ISSS y sus beneficiarios tienen derecho a recibir los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, hospitalarios, etc., que se juzguen *necesarios y adecuados,* desde el punto de vista científico y médico, de manera oportuna y continua, y bajo estándares aprobados de calidad, seguridad y eficacia para tratar sus padecimientos, con el objeto de que recuperen plenamente la salud.

Para alcanzar tal objetivo, entre las medidas adoptadas por el ISSS se encuentra la elaboración de guías clínicas de atención en la que se establecen los procedimientos y/o tratamientos que pueden emplearse para atender las patologías de determinados pacientes, las cuales deben ser revisadas y actualizadas en un término prudencial, a fin de determinar si tal regulación continúa siendo efectiva; por lo que la referida normativa no exime a los profesionales de salud y a los centros de asistencia sanitaria del deber de *realizar las investigaciones y estudios necesarios para garantizar que los tratamientos brindados son los adecuados. De ahí que no resulta razonable ni justificado que aquellos se amparen en la existencia de una "norma reglamentaria", por ejemplo, aduciendo que se ha suministrado determinado medicamento por estar indicado en el protocolo respectivo, pese a que se les ha informado sobre los efectos nocivos de este, para evadir sus responsabilidades"*.

ISSS DEBE ACTUALIZAR LISTADOS OFICIALES DE MEDICAMENTOS, GUÍAS CLÍNICAS Y PROTOCOLOS QUE SE EMPLEEN EN CADA SERVICIO HOSPITALARIO

"*b.* En ese contexto, el art. 17 del Reglamento de Aplicación del Régimen del Seguro Social prescribe: "La asistencia será prestada exclusivamente por los médicos, odontólogos del Instituto y los medicamentos serán provistos por este, de conformidad a listas que formulará al efecto". El ISSS cuenta con un "Listado Oficial de Medicamentos" que detalla la normativa de uso y prescripción de estos, el cual, de acuerdo a lo prescrito en su 15a edición, publicada en el año 2008, constituye un instrumento homologado por el MINSAL que orienta al

profesional en el uso apropiado de los fármacos y facilita la toma de decisiones en los distintos niveles, cuyo cumplimiento garantiza el uso eficiente de los recursos. Por tal razón, dicho listado es de aplicación obligatoria para los involucrados en los procesos de selección, abastecimiento, distribución y prescripción de los medicamentos.

No obstante, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas frente al derecho a la salud, el ISSS debe actualizar en un tiempo prudencial no solo los listados oficiales de medicamentos, sino también las guías clínicas y protocolos que se empleen en cada servicio hospitalario, a fin de verificar y dar seguimiento a la calidad, seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos empleados, con base en el estudio de la bibliografía científica, nuevos ensayos clínicos, la experiencia médica compartida sobre el uso del fármaco, etc., pues solo de esa forma se podrá determinar si debe continuar o suspender su empleo".

PACIENTES DEL ISSS TIENEN DERECHO A RECIBIR TERAPIA FARMACOLÓGICA ADECUADA PARA CONTROLAR Y EVITAR LA PROGRESIVIDAD DE SUS PATOLOGÍAS

"*b.* De acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II, apartado 1.2 del Manual de Normas y Procedimientos Farmacoterapia del ISSS —disponible en su sitio web—, el Departamento de Farmacoterapia tendrá las siguientes atribuciones: *(i)* regular la selección, prescripción y promoción del uso racional de los medicamentos en la institución, debiendo actualizar el Listado Oficial y divulgarlo a los diferentes centros de atención y a los usuarios;*(ii)* promover y fortalecer la farmacovigilancia;*(iii)* coordinar, asesorar, capacitar y evaluar el desempeño de los Comités Locales de Farmacoterapia del ISSS —con facultades de vigilancia del uso de medicamentos—; e *(iv)*identificar y elaborar las alertas farmacológicas de medicamentos, con base en las publicaciones de las agencias reguladoras internacionales de referencia, divulgando en las áreas correspondientes dicha información —por ejemplo, defectos de calidad, RAM, fallos terapéuticos, suspensión de uso, etc.-

Entre los procedimientos contemplados se encuentra la "Evaluación de Reportes de Sospechas de Reacciones Adversas y Fallas Terapéuticas a Medicamentos" —apartado 2.3 del citado Manual—, mediante el cual los médicos, farmacéuticos, enfermeras u otros técnicos pueden reportar sus sospechas de RAM y de fallas terapéuticas mediante la utilización de los formularios respectivos. Seguidamente, el Departamento de Farmacoterapia realiza el estudio técnico respectivo y evalúa la necesidad de requerir un análisis de calidad del producto y cualquier otro estudio complementario, informando a las dependencias de la institución los resultados obtenidos y al SNS cuando las RAM o fallas comprobadas sean relevantes y, por tanto, se requiera la adopción de medidas a nivel local, regional o nacional, a fin de prevenir riesgos en la población.

En el apartado 2.6 "Estudios de Utilización de Medicamentos" del aludido manual, se establece que el referido departamento tiene el deber de realizar periódicamente estudios de utilización de medicamentos a solicitud de las autoridades del ISSS, con la finalidad de identificar problemas asociados con su uso,

a fin de mejorar el empleo de aquellos. Tales estudios pueden ser realizados siguiendo un orden de prioridades institucionales y ser diseñados de acuerdo con los objetivos o necesidades a evaluar; por ejemplo, estos pueden estar enfocados al consumo, a las dosis diarias definidas del medicamento, etc.

En ese sentido, el ISSS cuenta con procedimientos y mecanismos de vigilancia que le permiten asegurar que el uso de los medicamentos, según sus especificaciones técnicas, es adecuado y cumple con los estándares de calidad, seguridad y eficacia, garantizando la recuperación potencial de la salud de los asegurados y sus beneficiarios; por lo que la omisión por parte del instituto de no utilizar tales mecanismos, o bien la decisión de continuar empleando determinado medicamento, sin que se hayan realizado los estudios pertinentes, podría conculcar el derecho a la salud de los afiliados y sus beneficiarios.

d. A partir de las precisiones *supra* mencionadas, tanto los afiliados al ISSS como sus beneficiarios *tienen derecho a recibir la terapia farmacológica adecuada para controlar y evitar la progresividad de sus patologías, así como para restablecer su salud; por lo que corresponde a los entes obligados del ISSS realizar las acciones positivas pertinentes dentro del marco de sus atribuciones, para asegurar a estas personas el goce oportuno y continuo de los servicios de salud bajo estándares de calidad y efectividad"*.

AUTORIDADES CREADAS PARA REGULACIÓN Y VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS NO PUEDEN UTILIZAR DEFICIENCIAS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA DE SALUD PÚBLICA PARA EVADIR SU RESPONSABILIDAD

"*D. a.* De acuerdo con el art. 68 de la Cn., el CSSP es el organismo encargado de velar por la salud del pueblo —en coordinación con el MINSAL, según el art. 14 letra a) del C.S—. Dicho consejo está conformado por representantes de los gremios médico, odontológico, químico-farmacéutico, médico veterinario, laboratorio clínico, psicología, enfermería y otros calificados por el consejo para tener su respectiva Junta de Vigilancia (art. 5 del C.S.), las cuales controlarán el ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud y tendrán la facultad, previo a la tramitación de un debido proceso, de suspender a aquellos que las ejerzan con manifiesta inmoralidad e incapacidad, siendo el CSSP la autoridad competente para conocer y resolver los recursos interpuestos contra tales decisiones, tal como se colige de los arts. 14 y 17 del C.S., 10 y 11 de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud (LCSSP-JVPS).

b. Cabe apuntar que, de acuerdo con el art. 14 letras g), h) y l) —actualmente derogado— del C.S., previo el informe de la JVPS respectiva, el CSSP estaba facultado para autorizar el expendio de especialidades químico farmacéuticas fabricadas en el país o en el extranjero o retirar dicha permisión, cuando éstas constituían un peligro para la salud o no respondían a las finalidades para las cuales fueron ofrecidas.

De lo anterior se colige que el CSSP era la autoridad nacional reguladora de medicamentos y, como tal, le correspondía verificar y controlar la calidad, seguri-

dad y eficacia de dichos productos, mediante la exigencia a los titulares de tales autorizaciones de la información relativa a las especificaciones de los productos —composición, indicaciones terapéuticas, RAM, interacción con otros medicamentos, dosificación, riesgos, etc.—; atribuciones que en la actualidad han sido conferidas a la DNM (arts. 6 de la Ley de Medicamentos y su reglamento).

Además, pese a que no ejercía una labor de vigilancia post-comercialización de los productos en iguales términos a los del MINSAL, el CSSP tenía la obligación de realizar las investigaciones pertinentes y, en su caso, retirar la autorización de comercialización a un medicamento cuando se estableciera su peligrosidad para la salud de la población, auxiliándose de la colaboración de la JVPS respectiva; razón por la cual puede afirmarse que el consejo tenía facultades controladoras y decisoras sobre el uso de los medicamentos.

c. Pese a que la regulación actual no reconoce al CSSP actividades propiamente de farmacovigilancia el art. 14 letra b) del C.S. le confiere una facultad amplia para vigilar el funcionamiento de todos los organismos, instituciones y dependencias del Estado cuyas actividades se relacionan con la salud del pueblo y para elaborar las recomendaciones que estime pertinentes al MINSAL, señalando específicamente las anomalías que deban corregirse. De ahí que dentro de la competencia antes descrita se enmarca la obligación de atender las denuncias de prácticas clínicas en las que se administra a pacientes medicamentos potencialmente dañinos a la salud, frente a las cuales debería adoptar acciones concretas para proteger la salud de la población.

Y es que, dado que la farmacovigilancia en el país no se encuentra centralizada en una autoridad sanitaria en especial, el CSSP comparte con el MINSAL y la JVPS —en los casos relacionados al ejercicio de las profesiones de salud— la facultad de conocer y resolver las infracciones al C.S. y cualquier otra infracción que atente contra la salud de la población, en las que puede enmarcarse la prescripción, administración, disposición, etc., de medicamentos que ponen en peligro la salud, debiendo en tales casos emitir las medidas preventivas que son necesarias (art. 316 del C.S.).

2. En perspectiva con lo antes expuestos, si bien las deficiencias estructurales, organizativas y la dispersión funcional actual en el sistema de salud pueden generar en determinado momento confusiones con relación a cuáles autoridades corresponde la farmacovigilancia, los procedimientos, medidas preventivas y resoluciones a adoptar, *la Constitución reconoce potestades amplias al Estado —a través del Ramo de Salud Pública y Asistencia Social—, al CSSP y a los organismos de vigilancia respectivos, para que en el ejercicio de sus atribuciones adopten acciones concretas para asegurar la conservación y restablecimiento de la salud de la población.*

De ahí que el MINSAL, las autoridades creadas para la regulación y vigilancia de los medicamentos, o aquellas investidas con tales facultades, no pueden evadir o escudarse en tales deficiencias para ejecutar labores de control, inspección, investigación y cualquier otra necesaria para la verificación de la seguridad y eficacia de los medicamentos que se emplean, sobre todo en grupos vulnerables como el de los recién nacidos".

OMISIÓN DE AUTORIDADES DEL SISTEMA DE SALUD DE SUSPENDER UTILIZACIÓN DE MIDAZOLAM CON ALCOHOL BENCÍLICO PUSO EN RIESGO SALUD DE NEONATOS

"*D. a.* De la documentación antes valorada se deriva que las autoridades demandadas del ISSS no pueden negar el conocimiento sobre la práctica clínica denunciada por el señor Flamenco Rodríguez, la evidencia científica que apoyaba sus alegaciones, ni la tramitación del procedimiento en el que se controvertían sus actuaciones ante el CSSP y el MINSAL, pues el referido señor, en más de una ocasión y en diferentes momentos de la tramitación de su denuncia, insistió en la peligrosidad del medicamento en neonatos, comunicándoles las decisiones que iba adoptando el referido consejo y las opiniones técnicas que sobre el tema aportaron la Asociación de Neonatología de El Salvador y la OPS, por lo que, de conformidad con el contenido del derecho a la salud, aquellas tenían la obligación de realizar acciones concretas para garantizar a los recién nacidos un tratamiento farmacológico adecuado para el restablecimiento de su salud, mediante la provisión de medicamentos seguros y eficaces.

Para ello, debieron auxiliarse no solo de las especificaciones del producto farmacéutico, cuyos márgenes de beneficios y riesgos se miden con base en ensayos clínicos controlados, sino también en revisiones sistemáticas de tales estudios, bases de datos bibliográficos, opiniones de autoridades sanitarias reconocidas y respetadas en el campo médico, la experiencia clínica —seguimiento de casos—, informes de expertos, etc., pues las autoridades sanitarias, los profesionales de la salud, los centros de asistencia médica — primaria y hospitalaria—, etc., tienen la obligación de controlar y vigilar de manera permanente la calidad, seguridad y eficacia de los tratamientos médicos que se brindan a la población.

b. En perspectiva con lo expuesto, la omisión de las autoridades del ISSS y del centro hospitalario en cuestión *de adoptar acciones concretas frente a la denuncia presentada por el demandante para investigar y corroborar la veracidad de los hechos en cuestión, y de observar la prohibición de uso del fármaco ordenada en su momento por el CSSP, pusieron en peligro la salud de los neonatos a quienes se les suministró Midazolam, pues se les expuso a efectos adversos graves y a un elevado riesgo de problemas en su desarrollo neurológico, por lo que se concluye que tales actuaciones colocaron en riesgo el derecho a la salud de los referidos recién nacidos.*

En este punto es menester acotar que, el hecho de no haberse identificado que la condición actual de alguno de los pacientes neonatales atendidos entre 2009 y 2012 se debe directamente a la administración del Midazolam con alcohol bencílico —o sin dicho compuesto—, no significa que los efectos adversos no se hayan presentado, puedan continuar presentes, o se manifiesten a largo plazo, pues, tal como se mencionó en el informe pericial, no fue posible establecer tales situaciones a partir de un solo examen clínico del paciente, considerando que muchos de las consecuencias graves asociadas al uso del aludido medicamento se presentan durante el crecimiento y desarrollo de la persona.

E. Como consecuencia de las consideraciones expuestas en los acápites precedentes, se colige que el Director General, el Subdirector de Salud, el Consejo

Directivo y la Directora del Hospital Primero de Mayo del ISSS son responsables de los efectos adversos y los riesgos de problemas en el desarrollo neurológico a los que fueron sometidos los neonatos —sin importar su edad gestacional al momento de nacer— a quienes se suministró Midazolam con alcohol bencílico como sedante rutinario durante el tiempo que estuvieron en la UCIN del referido hospital, lo cual puso en grave riesgo la salud e, incluso, la vida de un número de personas que no ha podido ser determinado, por la negligencia de las referidas autoridades en el resguardo de los expedientes clínicos y la actualización de la información de sus afiliados.

Lo anterior debido a que, por un lado, no atendieron la petición del señor Carlos Enrique Flamenco Rodríguez de suspender el referido medicamento, pese a que este denunció tales hechos, de manera oportuna y con fundamento en abundante evidencia científica; y, por otro, se negaron a observar en los términos requeridos la prohibición del medicamento ordenada por el CSSP y la titular del MINSAL, por lo que no adoptaron las medidas conducentes a remediar los menoscabos ocasionados a la salud de aquellos".

"VIII**.** Establecida la vulneración constitucional derivada de los actos y omisiones de las autoridades demandadas, corresponde determinar el efecto restitutorio de esta sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso contra el o los funcionarios personalmente responsables. En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados.

En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente proceso, la vulneración al derecho a la salud de los neonatos derivada de las actuaciones de las autoridades demandadas del ISSS se fundamenta en el peligro inminente al que estos fueron expuestos al sometérseles a un tratamiento farmacológico que podría haberles ocasionado graves efectos adversos y un alto riesgo de problemas en el desarrollo de su sistema neurológico central, por lo que tales actos y omisiones ya han ocasionado consecuencias negativas sobre el interés difuso tutelado en este amparo. Sin embargo, en virtud de las circunstancias específicas del caso en estudio, es procedente establecer un efecto restitutorio de carácter material, con el objeto de evitar que dichas consecuencias se continúen materializando.

B. En ese sentido, como efecto de la presente sentencia, corresponde ordenar:

a. Al Director General, al Subdirector de Salud, al Consejo Directivo y a la Directora del Hospital Primero de Mayo del ISSS que: *(i)* adopten las medidas idóneas y realicen las acciones pertinentes para que no se utilice Midazolam —con o sin alcohol bencílico— como sedante en los recién nacidos —prematuros, de término y post término— que se encuentren en la UCIN del referido hospital, por las razones expuestas en el Considerando VII de esta sentencia; *(ii)* ejecuten las medidas necesarias orientadas a individualizar, ubicar y, en su caso, reconstruir los cuadros clínicos de los pacientes a los que se les administró el aludido medicamento, a quienes deberá realizar estudios especializados —en las áreas que se estimen necesarias— para establecer su condición actual y brindarles la asistencia y el tratamiento médico adecuado que requieran; *(iii)* realicen las acciones concretas necesarias encaminadas a revisar y fortalecer el programa interno de farmacovigilancia por el que se rigen, a fin de actuar de manera pronta y oportuna frente a las denuncias de sospechas de efectos adversos, fallas terapéuticas y cualquier otra alerta de problemas asociados a la seguridad y eficacia de los medicamentos incluidos en sus listados oficiales, con el objeto de realizar las investigaciones para corroborar la bioseguridad de los productos sanitarios que se utilizan y adoptar las decisiones pertinentes; *y (iv)* efectúen las gestiones necesarias con las autoridades reguladoras y las investidas de farmacovigilancia para mejorar los canales interinstitucionales de comunicación, a fin de que el intercambio de información sobre los resultados de las actividades de vigilancia post comercialización de los productos farmacéuticos sea continúa, permanente y actualizada.

b. Asimismo, a la titular del MINSAL que —en su papel de rectora del SNS y de la PNS—: *(i)* adopte las medidas idóneas y realice las acciones pertinentes para coordinar con los miembros del SNS y la participación del sector privado la revisión y actualización de la Política Nacional Farmacéutica —componente esencial de la PNS 2009-2014—, debiendo implementar las estrategias y líneas de acción que en su momento se formularon para la creación y funcionamiento permanente de un sistema nacional de farmacovigilancia, en el que se establezcan claramente las funciones que corresponderán a cada una de las autoridades de vigilancia que lo conforman y su articulación con las actividades de vigilancia propias de cada autoridad sanitaria; *(ii)* elabore estrategias y líneas de acción orientadas a proteger la salud de la población en etapa neonatal, frente a la comercialización, dispensación y prescripción de medicamentos indicados a este grupo; y *(iii)* ejecute las medidas necesarias para garantizar que, durante la etapa de ejecución de la política antes mencionada, se realicen de manera efectiva —a través de la DMEMD y los Comités de Farmacoterapia Locales y cualquier otra autoridad investida de las facultades de vigilancia— el control de seguridad y eficacia de los medicamentos en la práctica clínica, a fin de asegurar que la población no será sometida a productos farmacéuticos que, lejos de representar un beneficio a su salud, les ocasione complicaciones en su condición o llevarlos a la muerte.

c. Al CSSP y a la JVPM que, con la colaboración de las autoridades del MINSAL y las entidades estatales cuya participación resulte necesaria, verifiquen e informen a este tribunal el cumplimiento de las actuaciones ordenadas a las

autoridades del ISSS y del Hospital Primero de Mayo de ese instituto en esta sentencia, adoptando las medidas que se estimen necesarias para garantizar el derecho a la salud de los pacientes neonatales a quienes se suministró el fármaco en cuestión, a efecto de evitar en la medida de lo posible que las consecuencias graves a las que se expuso a los recién nacidos continúen materializándose.

C. En consecuencia, cada una de dichas autoridades deberá informar a este Tribunal, *dentro del plazo de noventa días calendario, contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva,* cuáles son las decisiones que han adoptado y las acciones concretas que han efectuado o realizarán a efecto de cumplir con lo que les ha sido ordenado en esta sentencia. En ese mismo lapso, el CSSP y la JVPM deberán rendir también los informes que les han sido requeridos".

"*3. A.* Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., las personas afectadas —por el riesgo o peligro— en sus derechos a la salud, tienen expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de las transgresiones de derechos constitucionales declaradas en esta sentencia, directamente contra las personas que pudieran resultar responsables de las mencionadas vulneraciones.

B. Finalmente, debe señalarse que la Sala realizará las audiencias públicas de seguimiento de la presente sentencia que fueran necesarias para verificar su cumplimiento".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 32-2012, fecha de la resolución: 17/07/2015.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

AUNQUE EN PRINCIPIO ES UNA LEY GENERAL, CONTIENE DISPOSICIONES ESPECIALES DIRIGIDAS A RESOLVER SITUACIONES PARTICULARES

"*3. A.* La SCA, en su sentencia del 26-X-2012, hizo diversas consideraciones teóricas sobre el principio de culpabilidad y, en particular, sobre el error de prohibición, exponiendo respecto a este último que el autor desconoce que su acción es ilícita, sea porque ignora la vigencia de la normativa que establece la prohibición o sea porque, aun conociendo la prohibición, considera que no aplica en el caso concreto.

Ahora bien, al trasladar dichas consideraciones al asunto sometido a su conocimiento, la SCA no estableció porqué existía error de prohibición. Más bien, la SCA se limitó a determinar que el Banco Salvadoreño S.A. —ahora Banco Davivienda S.A.— estaba sujeto al control de la SSF —a la cual correspondía vigilarlo y fiscalizarlo—, por lo que, al haber tenido aquel la confianza y certeza de estar actuando correctamente, quedaba justificaba la aplicación de la NPB4-21. Con base en ello, la SCA consideró que existió un error de prohibición inducido por la Administración, pues el art. 5 de la NPB4-21, a pesar de estar en aparente contradicción con la LPC, era de obligatorio cumplimiento y de aplicación preferente sobre la LPC según el art. 2 de la citada norma prudencial —por ser "ley especial" de obligatorio cumplimiento—. Consecuentemente, consideró que la entidad bancaria no había actuado con dolo o culpa, por lo que existió vulneración del principio

de culpabilidad, debiendo declararse ilegales las resoluciones controvertidas, lo que aparejaba que no debería hacerse efectivo el pago de la multa impuesta ni se deberían reintegrar las cantidades recibidas por cobro indebido.

En ello se observa que, a pesar de que en el acto impugnado se hicieron ciertas consideraciones abstractas respecto al error de prohibición y se anunció su aplicación al caso concreto, este en realidad no se decidió teniendo en cuenta la existencia o no de dicho error, sino que supuestamente resolviendo un conflicto normativo —aun habiendo sostenido previamente que era aparente— y, a partir de ello, se concluyó que la entidad bancaria debía aplicar una determinada disposición, lo cual, en su opinión, excluyó el dolo o la culpa. En relación con ello, la SCA alegó en el presente proceso que el Banco Salvadoreño S.A. "ignoraba que [la NPB4-21] fuera antijurídica y punible con base en otra norma también vigente". Sin embargo, en la sentencia controvertida no se consignaron las razones con base en las que se concluyó que dicha entidad desconocía que la NPB4-21 atentaba contra la LPC, a pesar de que los arts. 19 letra a) y 20 letra d) de esta ley establecen obligaciones y prohibiciones especiales para proveedores de servicios financieros como el Banco Salvadoreño S.A., por lo que difícilmente puede sostenerse su ignorancia o que haya creído que estaba fuera del ámbito de aplicación de los mismos.

En razón de lo anterior, se considera que el caso sometido a conocimiento de la SCA, en realidad, fue resuelto dándole aplicación preferente a una supuesta ley especial obligatoria sobre la LPC y que, a partir de ello, se ordenó que no se pagara la multa impuesta por el TSDC y que no se reintegraran las cantidades percibidas a raíz de cobros ilegales a los ahorrantes del Banco Salvadoreño S.A. —ahora Banco Davivienda S.A.—.

B. a. La NPB4-21 —a la cual la autoridad demandada otorgó carácter de "ley especial" preferente sobre la LPC— fue aprobada por el Consejo Directivo de la SSF, en las sesiones del 8-XII-1999 y 5-I-2000, en uso de la potestad que le otorga el art. 66 inc. final de la Ley de Bancos: "[1]a Superintendencia deberá emitir las disposiciones que permitan la aplicación de este Capítulo [Relaciones entre las operaciones activas y pasivas]". Teniendo en cuenta ello, dicha norma prudencial —emitida en ejercicio de la potestad normativa de la Administración— tiene el carácter de fuente secundaria y, por ello, subordinada a la fuente constitucional y a las fuentes primarias. Por su parte, la LPC —la cual, según la SCA, tenía en el caso sometido a su conocimiento el carácter de general y "abierta"— fue emitida por la Asamblea Legislativa, en ejercicio de lo prescrito en el art. 131 ord. 5° de la Cn., mediante el Decreto Legislativo n° 776 del 18-VIII-2005, publicado en el Diario Oficial n° 166, tomo 368, del 8-IX-2005.

b. Según se sostuvo en la Sentencia del 4-IV-2008, Inc. 40-2006, las leyes, atendiendo a la preferencia de una sobre otra en la aplicación, pueden ser generales o especiales. La ley general regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas, mientras que la ley especial regula un sector más reducido y se sustrae del ámbito general —en atención a valoraciones específicas que, según el órgano legisferante, justifican un tratamiento diferente—.

c. i. En la resolución impugnada se estableció que el art. 5 de la NPB4-21 estaba en "aparente" contradicción con la LPC. Si bien no se señaló cuales eran las

disposiciones de la LPC con las que se producía la colisión, de la resolución del TSDC se desprende que se hacía referencia a los arts. 19 letra a) y 20 letra e), los cuales, respectivamente, establecen obligaciones y prohibiciones especiales para los proveedores de servicios financieros.

Al respecto, esta Sala considera que, si bien la LPC en principio es una ley general —regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas—, ello no impide que en la misma existan disposiciones especiales dirigidas a resolver situaciones particulares. En ese sentido, los arts. 19 letra a) y 20 letra e) de la LPC eran normas especiales en el caso sometido a conocimiento de la autoridad demandada, ya que fueron emitidas para establecer obligaciones y prohibiciones específicas de los proveedores de servicios financieros —a diferencia de otras disposiciones de dicha ley que tienen carácter general, en cuanto van dirigidas a cualquiera que "establezca relaciones con los consumidores—".

NORMAS PRUDENCIALES SON DE INFERIOR JERARQUÍA A LAS CONTENIDAS EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

"*ii.* Ahora bien, la autoridad demandada consideró que la contradicción era aparente, pues, al ser la NPB4-21 una norma vigente especial de obligatorio cumplimiento para el Banco Salvadoreño S.A. —ahora Banco Davivienda S.A.—, era de aplicación preferente sobre la LPC. Sin embargo, con tal argumento no desaparecía el conflicto, pues la LPC también era una fuente normativa vigente, de obligatorio cumplimiento, y los arts. 19 letra a) y 20 letra e) constituían también normas especiales. Ello implica que sí existía una antinomia, pues dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material) imputaban efectos jurídicos incompatibles en las mismas condiciones tácticas. Así, el conflicto generado por la incompatibilidad se entablaba entre una disposición que prohibía hacer algo —la LPC— y otra que permitía hacerlo —la NPB4-21—. Pero nótese que el art. 5 de la NPB4-21 solo establece qué se entiende por "recargo" aplicado por los bancos; no obliga a las entidades bancarias a realizar ese cobro a los ahorrantes.

iii. Teniendo en cuenta el postulado de coherencia del ordenamiento jurídico, es necesario solucionar la contradicción que se produce entre dos normas. Para ello debe acudirse al criterio jerárquico, el cual organiza las relaciones normativas en un ordenamiento, atribuyendo distinta fuerza a sus diversas fuentes, lo que se hace en función de la autoridad normativa y/o del procedimiento de creación. Se trata, por ello, de un criterio útil para dirimir conflictos entre normas originadas en fuentes de distinta fuerza.

En el presente caso, el conflicto normativo se produce entre una ley formal y una norma infralegal, por lo que, al ser normas de distinto grado jerárquico, aquella de menor fuerza normativa resulta inválida. Si bien es cierto que la NPB4-21 entró en vigencia antes que la LPC —por lo que, a partir de su emisión, las actuaciones basadas en ella eran válidas—, con la aprobación de la ley se generó una invalidez sobrevenida. En otras palabras, la norma prudencial fue válida hasta la creación de la norma superior.

Así, en razón de que tanto las disposiciones de la NPB4-21 como las de la LPC constituyen leyes especiales en el caso concreto, el criterio de especialidad no es idóneo para resolver el conflicto. En ese sentido, dado que, por un lado, la LPC establece una prohibición dirigida especialmente a los proveedores de servicios financieros y, por otro lado, la NPB4-21 establece un permiso positivo para los mismos proveedores, no existe una disposición general que pueda ser interpretada restrictivamente, por lo que es imposible aplicar una de las normas sin que entre en conflicto con la otra —hacerlo supondría anular la fuerza de las normas—. Consecuentemente, el conflicto debe resolverse por aplicación de la norma superior.

Se tiene, entonces, que la SCA, en su sentencia del 26-X-2012, dio a la NPB4-21 aplicación preferente sobre la I.,PC a pesar de que está última tenía una fuerza jurídica superior que la hacía prevalecer al entrar en contradicción con la primera. Como consecuencia de ello, eximió al actual Banco Davivienda S.A. —antes Banco Salvadoreño S.A.— del pago, ordenado por el TSDC, de $511,200.00 —por infracción al art. 44 letra d) de la LPC (una fuente normativa de mayor jerarquía que la norma prudencial)— y que se reintegraran a los ahorrantes $396,793.77 —que habían sido cobrados en concepto de recargo por inactividad de las cuentas de ahorro con saldos iguales o mayores a $25.00 durante los meses diciembre de 2005 a octubre de 2006— y $32,445.34 —que habían sido cobrados en concepto de comisión por manejo de cuentas de ahorro durante el mismo periodo—".

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO ESTÁ HABILITADA PARA DESCONOCER LA FUERZA JURÍDICA DE LAS DISTINTAS FUENTES NORMATIVAS

"Si bien la SCA es competente para revisar, a requerimiento del justiciable, la legalidad de los actos emitidos en un procedimiento administrativo sancionador, no está habilitada para desconocer la fuerza jurídica las distintas fuentes normativas. Asimismo, aunque la SCA es competente para hacer un examen de culpabilidad de la parte demandada en un proceso administrativo sancionador y, con base en ello, establecer la existencia o no de un error de prohibición, en caso de comprobarse este ello solo implicará la exclusión o disminución de la responsabilidad y, como consecuencia de ello, que no se impondrá sanción alguna o se atenuaría la misma. Ahora bien, la existencia del error de prohibición no implica que las actuaciones hayan sido lícitas; por el contrario, presupone que la conducta es ilícita —aunque, debido a la existencia de circunstancias particulares, aquel que la realizó no será sancionado o se le atenuará la pena—. En ese sentido, *si la autoridad demandada, en el presente caso, estaba supuestamente resolviendo el problema sometido a su conocimiento a partir de la comprobación de un error de prohibición, ello únicamente la habilitaba para excluir o disminuir la responsabilidad de la parte demandada en el procedimiento administrativo sancionador, pero no para, aun cuando los actos eran ilícitos, permitir que se obtuviera con estos últimos un beneficio en menoscabo del derecho a la propiedad de los ahorrantes del ahora Banco Da vivienda S.A. como consumidores. Entonces, se concluye que la SCA vulneró el derecho a la propiedad de dichas*

personas, pues generó un impedimento injustificado para que pudieran usar, gozar y disponer libremente de sus bienes. Por ello, es procedente estimar la pretensión incoada".

EFECTO RESTITUTORIO: DEJAR EXPEDITA A LOS AHORRANTES LA VÍA INDEMNIZATORIA Y ANULACIÓN DEL ACTO RECLAMADO

"VI**.** Determinada la vulneración constitucional derivada de la actuación de la autoridad demandada, corresponde establecer el efecto restitutorio de esta sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, *el efecto restitutorio consistirá en dejar sin efecto la sentencia de la SCA del 26-X-2012, debiendo las cosas volver al estado en que se encontraban antes de la emisión de dicha providencia. En consecuencia, la autoridad demandada deberá emitir, en el plazo de quince días hábiles, una nueva resolución definitiva en el proceso ref 459-2007, para lo cual deberá ajustarse a los parámetros de constitucionalidad establecidos en esta sentencia. Esta Sala emitirá las resoluciones de seguimiento que sean necesarias para verificar el cumplimiento de esta decisión.*

Ahora bien, en el presente caso se ordenó, como medida cautelar, que el Banco Davivienda S.A. rindiera fianza suficiente para garantizar el pago de la cantidad de dinero a la cual fue condenado en la resolución del TSDC del 10-X-2007, y esta fue efectivamente rendida. Teniendo en cuenta que dicha medida precautoria fue adoptada para asegurar la eficacia de la resolución que esta Sala emitiera, dicha medida se mantendrá hasta el cumplimiento pleno de esta sentencia, con el fin de resguardar los derechos de los ahorrantes aludidos.

B. Asimismo, de acuerdo con los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr. Cn., los ahorrantes del Banco Salvadoreño S.A. —ahora Banco Davivienda S.A.— tienen expedita la promoción de un proceso, por los daños materiales

y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente contra las personas que cometieron dicha transgresión".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 230-2013, fecha de la resolución: 05/06/2015.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

"Esta Sala ha definido en amplia jurisprudencia que 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.* En primer lugar, la libertad de expresión tiene por objeto básicamente *opiniones,* o sea, las manifestaciones de un individuo, fruto de un proceso intelectivo 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 los hechos. 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. (Sentencia del 24-IX-2010, Inc. 91-2007).

B. Ahora bien, respecto a los "umbrales de protección" del derecho a la libertad de expresión, particularmente en lo que respecta a su relación con el derecho al honor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una distinción en cuanto al trato que se le da al mismo cuando el caso particular se refiera a ciudadanos comunes y cuando este involucre a funcionarios públicos. En ese sentido, el de la sentencia del 2-VII-2004 del caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, por ejemplo, la Corte estableció que *"...las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático".* Posteriormente, en la sentencia del 31-VIII-2004 del caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, la Corte ahondó sobre este tema estableciendo que: *"Tratándose de .funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada""*.

PRERROGATIVAS ATRIBUIDAS A LOS DIPUTADOS PROPIETARIOS PARA PREVENIR OBSTRUCCIONES A LA LABOR LEGISLATIVA

"*2. A.* Por otro lado, en la resolución de fecha 11-VIII-2014 del proceso de inconstitucionalidad 21-2014, esta Sala estableció que el principio constitucional

de igualdad –art. 3 Cn.– implica un tratamiento igualitario ante la ley, cualquiera que sea su naturaleza. En materia penal este impone que la ley se aplique de manera igual a todas las personas, sin excepción alguna. Sin embargo, tanto a nivel constitucional y legal, se reconocen ciertas prerrogativas relativas a quienes ocupan determinados cargos en el ámbito de la función pública. A ellas la doctrina las denomina *inviolabilidades* e *inmunidades.*

Las *inviolabilidades* se definen como exenciones de responsabilidad para ciertos funcionarios por actos inherentes al ejercicio de su cargo.

Ello se refleja en el art. 125 Cn. que prescribe: "[l]os Diputados (...) no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan". Esta constituye una garantía de orden público, que resulta indisponible para el legislador, mediante la cual se salvaguarda el libre ejercicio de la función legislativa, partiendo de la premisa de que la libre expresión de ideas y opiniones constituye una condición esencial para el desempeño de la labor representativa que ejercen los parlamentarios.

En sentido estricto, esta prerrogativa constituye para algunos una auténtica excusa absolutoria que dispensaría de la aplicación de una pena, aunque también cabe su entendimiento como una causa de justificación cuyo fundamento radica en el ejercicio de la libertad de expresión, y por tanto, sujeta a límites de proporcionalidad y mesura en su ejercicio, en particular, con respecto a aquellas expresiones verbales que podrían menoscabar el honor y la imagen de otras personas. Además, puesto que se trata de una prerrogativa de carácter instrumental, que se establece en virtud de la función del cargo que se ejerce, su alcance está por ende, suscrito a actividades de carácter representativo y parlamentario.

B. Además de las *inviolabilidades,* se encuentran las denominadas *inmunidades,* que implican una serie de prerrogativas u obstáculos de carácter procesal, que se relacionan entre otras características: *a)* con la existencia de una autorización de un órgano estatal para su procesamiento penal; exceptuándose, cuando sean descubiertos en flagrante delito en la que cabe la posibilidad de su detención; *b)* con la posibilidad de que su juzgamiento se dé una vez finalizado su período con relación a delitos de menor o mediana gravedad; y c) el establecimiento de una competencia especial para su juzgamiento –el denominado *aforamiento*–

Por su parte, el *aforamiento* deviene de la premisa que con la inmunidad no se pretende crear una esfera de exculpación de las actuaciones ilícitas condenables penalmente, realizadas por parlamentarios, sino verificar que no existe intencionalidad política de alterar la composición parlamentaria mediante la inasistencia involuntaria de alguno de sus miembros.

C. Al respecto, un punto importante que conviene evidenciar, es que tales prerrogativas que otorga la Constitución, no constituyen privilegios o concesiones de impunidad para los hechos delictivos que cometan los funcionarios estatales, ya que no se estipulan de acuerdo a las personas como tales –derecho subjetivo–, sino en razón de la posición o cargo que ocupan o de la función que desempeñan dentro del aparato estatal –garantía parlamentaria–. En ese sentido, cabe destacar que se trata de una prerrogativa atribuida a los diputados propietarios –no así a sus suplentes, cuando ellos no estén llamados a confirmar Asamblea por las causas señaladas en el artículo 131, ordinal 4° de la Constitución– puesto que lo que se persigue, en definitiva, es prevenir obstrucciones a

la labor legislativa y garantizar el normal funcionamiento del Órgano Legislativo (Resolución del 12-VI-2012 del proceso de amparo 482-2012)".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 673-2014, fecha de la resolución: 29/07/2015.

LIBERTAD ECONÓMICA

DEFINICIÓN

"IV. *1.* En la Sentencia de fecha 25-VI-2009, pronunciada en el proceso de Inc. 26-2008, se sostuvo que la *libertad económica* (art. 102 inc. 1° Cn.) es un derecho subjetivo que conlleva para el Estado ciertas obligaciones: *(i)* abstenerse de imponer políticas públicas o legislativas que anulen o impidan el campo donde legítimamente puede desplegarse la iniciativa privada, y *(ii)* eliminar todos aquellos obstáculos que, en el plano de los hechos, coarten el pleno ejercicio de la libertad en cuestión.

En términos más concretos, la libertad económica es el derecho de toda persona a realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades y con miras a crear, a mantener o a incrementar su patrimonio, siempre que no se oponga al interés social.

Entonces, el reconocimiento de este derecho persigue que los particulares ejerzan su actividad económica en un sistema competitivo, en condiciones de igualdad y sin impedimentos o interferencias derivadas de reglamentaciones, prohibiciones o actuaciones del Estado en general".

MANIFESTACIONES Y FACULTADES

"Así entendida, dicha libertad tiene –entre otras– las siguientes manifestaciones: *(i)* el libre acceso al mercado, que, a su vez, tiene como manifestaciones principales la libre concurrencia y la libre competencia; *(ii)* el libre ejercicio de la empresa o libertad de empresa, y *(iii)* la libre cesación de las dos manifestaciones anteriores. En todo caso, dichas libertades, sin perjuicio de su dimensión individual, están limitadas por los principios de la justicia social (art. 101 inc. 1° Cn.).

En consecuencia, toda persona tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquier actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, esto es, la realización de actividades productivas, de servicio y de comercialización de todo tipo de bienes, siempre que la actividad a realizar no sea considerada, en sí misma, ilícita, *y esta se ajuste a las normas y procedimientos legales que la regulen;* por lo que las actuaciones que impidan el ejercicio de las actividades económicas en los términos expuestos podrían generar una afectación al derecho en estudio".

DERECHO DE PROPIEDAD

"*2.* El *derecho a la propiedad (art. 2 inc. 1° Cn.) faculta* a una persona a: *(i)* usar libremente los bienes, que implica la potestad del propietario de servirse de la cosa y aprovechar los servicios que rinda;*(ii)* gozar libremente de los bienes,

que se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que deriven de su explotación, y *(iii)* disponer libremente de los bienes, que se traduce en actos de enajenación respecto a la titularidad del bien.

En suma, las modalidades del derecho de propiedad, esto es, el libre uso, goce y disposición de los bienes, se ejercen sin otras limitaciones más que aquellas establecidas en la Constitución o la ley. Así, la propiedad se encuentra limitada por el objeto natural al cual se debe: la función social".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 418-2012, fecha de la resolución: 12/08/2015.

LICENCIAS PARA OPERACIÓN DE BANCOS Y FINANCIERAS

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO ES LA ÚNICA AUTORIDAD COMPETENTE PARA AUTORIZAR SUS OPERACIONES EN EL PAÍS

"*C. a.* Ahora bien, para que un tributo pueda ser constitucionalmente calificado de "tasa" no solo se debe analizar si por su pago se realiza efectivamente una contraprestación, sino también cuál es el contenido del servicio que se brinda. En ese orden, *el hecho generador del tributo impugnado está constituido por la emisión de una licencia para que las instituciones bancarias, financieras, de ahorro y crédito puedan operar en el Municipio de San Miguel.*

b. En el presente caso, debe determinarse si la potestad de otorgar una licencia para que opere o funcione una sociedad anónima dedicada a las actividades antes mencionadas es de los municipios o si ha sido expresamente conferida, en un cuerpo normativo especial, a otra autoridad.

3. A. De acuerdo con los arts. 17 inc. 2° y 18 del Código de Comercio (C.Com.), la *sociedad* se define como el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas que estipulan poner en común bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse. Tales entidades se clasifican en sociedad de personas y de capital, encontrándose dentro de este último grupo la sociedad anónima.

Según lo dispuesto en los arts. 21, 25 y 193 del C.Com, la *sociedad anónima* se constituye por medio de escritura pública y su personalidad jurídica se perfecciona con la inscripción de dicho instrumento en el Registro de Comercio, salvo que una ley especial requiera el cumplimiento de requisitos y procedimientos adicionales para su constitución, organización, funcionamiento y administración.

B. a. Así, cuando la sociedad tenga por objeto la realización de actividades de intermediación financiera –*v.gr.* de ahorro y crédito–, se sujetará a las disposiciones establecidas en la LBCSAC y LB –en lo no previsto en la primera–. Así, de conformidad con los arts. 3 y 157 de la LBCSAC y 17, 18 y 19 de la LB, la SSF es la autoridad competente para *autorizar la constitución* de esta clase de sociedades y, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales, colocará una razón en la que conste la calificación favorable de la escritura de constitución para que esta pueda ser inscrita en el Registro de Comercio.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con el art. 20 de la LB, también corresponde a la citada superintendencia conceder *la autorización de inicio de operaciones*

a las sociedades de ahorro y crédito, previa comprobación de que se ha inscrito su escritura social en el registro respectivo y que los controles y procedimientos internos funcionaron en debida forma. Dicha autorización deberá ser publicada, por una sola vez, en el Diario Oficial y en dos de circulación nacional y, según lo dispuesto en el inc. 4° del citado precepto, la iniciación de sus actividades procederá hasta que se corrobore el cumplimiento de esta última formalidad.

b. En esa misma línea, los arts. 3 letra b) y 4 letra d) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero prescriben que la SSF, en el ejercicio de sus potestades de vigilancia y fiscalización, tiene la facultad de suspender las operaciones de las entidades financieras que hayan infringido la ley y, en su caso, de revocar las autorizaciones respectivas. De todo lo anterior, se infiere que la SSF es la única autoridad competente para autorizar las operaciones de las sociedades de ahorro y crédito, siempre que se haya cumplido con los requisitos legalmente establecidos para ello.

c. En ese sentido, la potestad tributaria que la Constitución confiere a los municipios en materia de tasas –art. 204 ord. 1° Cn.– no puede entenderse comprensiva de actividades o servicios que han sido expresamente conferidos a otras autoridades, tal como la LB hace en relación con la extensión de autorizaciones a sociedades de ahorro y crédito para operar o funcionar.

C. a. En virtud de lo expuesto, se concluye que, al emitir el art. 6.13.109 de la OTSMSM, en el que se establece una tasa por licencia para que las instituciones bancarias, financieras, de ahorro y crédito puedan operar en el Municipio de San Miguel, en el caso específico de las sociedades de ahorro y crédito, *la autoridad demandada ha creado un tributo cuyo hecho generador lo constituye un servicio que no compete a los municipios brindar.*

Ahora bien, dicha circunstancia no implica *per se* que el citado tributo no reúna la característica principal que la doctrina atribuye a las tasas, esto es, que el hecho generador consista en una actividad o servicio de la Administración Pública central o municipal –a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, en los que no existe actividad alguna de esa índole, sino que simplemente se grava la capacidad económica del sujeto pasivo–; por lo cual no puede concluirse de manera automática que el tributo en cuestión sea un impuesto.

b. En consecuencia, dado que en el presente amparo únicamente se ha establecido que, en el caso concreto de las instituciones de ahorro y crédito, el Concejo Municipal de San Miguel emitió la tasa impugnada al margen de su competencia material, pero no que esta carezca de las características particulares de ese tipo de tributo –pues efectivamente existe una contraprestación propia de una tasa: la emisión de una licencia–, *no se advierte que la aludida autoridad haya infringido con su actuación el principio de reserva de ley en materia tributaria, ya que, aun cuando el tributo controvertido lo hubiera aprobado la Asamblea Legislativa, conceptualmente seguiría siendo una tasa.*

Aun así, persiste *la vulneración al derecho a la propiedad de [...], S.A., de manera autónoma, pues se le obliga a pagar cierta cantidad de dinero en concepto de una tasa emitida fuera de la competencia material del Concejo Municipal de San Miguel; por consiguiente, corresponde estimar la pretensión planteada por la sociedad demandante en relación con tal derecho.*

VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de la actuación del Concejo Municipal de San Miguel, corresponde establecer el efecto de esta sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2.A. En el caso particular, y dado que el reclamo constitucional planteado se basó en la emisión de una norma que con su sola vigencia causó la referida transgresión constitucional, *el efecto reparador se concretará en que el Concejo Municipal de San Miguel deberá abstenerse de aplicar a la sociedad peticionaria la norma impugnada –en su versión original y reformada–.* En ese sentido, la autoridad demandada*no deberá* realizar cobros ni ejercer acciones administrativas o judiciales tendentes a exigir el pago de cantidades de dinero en concepto del tributo constatado inconstitucional en este proceso o de los intereses o multas generados por su falta de pago.

Así, en virtud de que el objeto de control del presente amparo recayó en la norma controvertida y no en los actos aplicativos derivados de esta, *la presente decisión no implicará la obligación de devolver cantidad de dinero alguna que haya sido cancelada en concepto de pago por el tributo ahora constatado inconstitucional.*

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que integraban el Concejo Municipal de San Miguel cuando ocurrió la aludida vulneración".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 549-2013, fecha de la resolución: 13/05/2015.

Relaciones:

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 550-2013, fecha de la resolución: 14/08/2015.

MÉDICOS RESIDENTES (BECARIOS)

NO SON TITULARES DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL UNA VEZ CONCLUIDO EL AÑO PARA EL CUAL HAN SIDO CONTRATADOS

"*2. A.* Se ha establecido, mediante documentación que corre agregada a este proceso, que la señora [...]. ingresó a trabajar al Hospital Nacional de San Francisco Gotera el 1-I-2012, en virtud de Contrato de Servicios Profesionales en calidad de Médico Residente I (Becario), cargo que de acuerdo a lo expuesto por la autoridad demandada en sus informes no es de carácter permanente, pues tiene un plazo de un año y puede ser prorrogado hasta llegar a un máximo de tres años, y los médicos que se desempeñan en tales plazas tienen que ser evaluados cada año, sometiéndose a un proceso de selección de médicos residentes I y II (Becarios) en plazas que de acuerdo a tal sistema se encuentran vacantes al día uno de enero de cada año. La evaluación es curricular, psicológica y técnica, además se hace una entrevista y se verifica si sus actuaciones en el cargo han sido dentro de las normas de la Ley de Ética Gubernamental. Obtienen renovación de contrato aquellos que obtengan las mejores calificaciones.

Tal procedimiento, de acuerdo a los informes, está basado en el Reglamento General de Hospitales del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (RGHMINSAL), contenido en el Decreto Ejecutivo n° 55 del 10-VI-1996, publicado en el D.O. n° 110, tomo 331, del 14-VI-1996, en el Reglamento Interno del Hospital, así como en el Manual Descriptivo de Clases en el Cargo.

En los arts. 91 y 98-102 del RGHMINSAL se hace una clasificación de los médicos en los hospitales, entre los cuales se encuentran los Médicos Residentes; estos son los responsables de dar atención médica permanente y continua, se clasifican en Becarios y Ad Honórem y las jerarquías son de Residente III, II y I. Para optar a los cargos mencionados deberán cumplir con los requisitos establecidos en el Manual Descriptivo de Clases y participar en un concurso de oposición convocado por el Director del Hospital.

También, de conformidad al Informe sobre Residencias Médicas de El Salvador, elaborado en el año 2012 por un grupo de investigación de la Organización Panamericana de la Salud, del Ministerio de Salud y del Instituto Nacional de Salud, se aplica la "Norma para la Ejecución de los Programas de Especialidades Médicas y Odontológicas en los Hospitales Nacionales del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social" contenida en el Acuerdo n° 430 del Ramo de Salud Pública y Asistencia Social, de fecha 23-IX-2009, publicado en el D.O. n° 178, tomo 384, del 25-IX-2009, cuyo objeto es regular las relaciones del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social a través de los hospitales nacionales, los médicos y odontólogos residentes y las instituciones de educación superior, para el desarrollo de los programas de especialidades médicas y odontológicas; además de establecer las reglas técnicas y administrativas a que estarán sujetos los médicos y odontólogos residentes en la ejecución de sus funciones. Dispone los requisitos para obtener el nombramiento como residente, entre los que se encuentra el de aprobar el proceso de selección establecido en coordinación con la universidad con la que se posea convenio para el desarrollo de programas de

especialización médica u odontológica. También establece que los residentes serán nombrados en cada especialidad, previa aprobación de los requisitos académicos del programa y del cumplimiento de la norma hospitalaria existente, en base a las plazas existentes en cada hospital, el que determinará anualmente el número de residentes de cada especialidad. Prevé que algunos residentes gozan de beca remunerada y otros son*ad honórem.* Asimismo, establece el proceso de selección de los aspirantes a residentes y que los que obtengan las mejores evaluaciones totales serán los seleccionados para ser propuestos en las plazas sometidas a concurso.

De conformidad con todo lo anterior, los médicos residentes (Becarios) no son titulares del derecho a la estabilidad laboral una vez concluido el año para el cual han sido contratados.

B. En el presente caso, el contrato otorgado por la autoridad demandada y la señora [...]. del 1-I-2012 terminó su vigencia el 31-XII-2012 y, en vista de que, de acuerdo a la prueba aportada por la autoridad demandada, la demandante obtuvo baja calificación en el examen de conocimientos y fueron negativas las evaluaciones personales, no podía optar a la plaza de médico residente para el año 2013, por lo que no procedía la renovación de su contrato. En razón de lo anterior, no siendo titular la señora [...]. del derecho a la estabilidad laboral, habiéndose respetado el procedimiento para contratar a los médicos residentes I (Becario) y no calificando la demandante para optar a la plaza de residente becario para el año 2013, no era procedente la renovación de su contrato.

Por otra parte, la demandante no refutó lo expuesto por la autoridad demandada en sus informes, por lo que esta Sala concluye que la Directora del Hospital Nacional de San Francisco Gotera no vulneró los derechos de audiencia, de defensa y a la estabilidad laboral de la señora [...], siendo procedente desestimar su pretensión por esos derechos".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 73-2013, fecha de la resolución: 11/02/2015.

MEDIDAS CAUTELARES

DEFINICIÓN

"*A.* De acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal —v.gr., resoluciones del 16-IX-2003 y 20-IV-2014, Incs. 4-2003 y 36-2014, respectivamente— las *medidas cautelares* se erigen como garantía de la eficacia de la tutela jurisdiccional, a manera de herramientas procesales tendientes a prevenir los riesgos que representa la dimensión temporal de un proceso, ya sea mediante la conservación de situaciones fácticas o jurídicas existentes en un momento determinado, la modificación de circunstancias para prevenir la continuidad o agravamiento de un daño, la suspensión de situaciones jurídicas contingentes que generan derechos adquiridos que sean incompatibles con la eventual sentencia o, bien, por el adelantamiento provisorio de una decisión.

Por tales motivos, las medidas cautelares deben cumplir con las características de necesidad, adecuación (correspondencia y congruencia con los efectos que podría acarrear una eventual sentencia) y eficacia.

En ese sentido, la aclaratoria de los alcances y efectos de la medida cautelar se justifica en tanto que su adecuada implementación presupone que los sujetos obligados conocen y entienden los términos en la que ésta ha sido configurada, condicionando así, la eficacia de dicha medida, a la comprensión que los entes obligados tengan de la misma".

ACLARACIÓN DE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA

"*B.* Establecida la procedencia de la presente explicación de los alcances y efectos de la medida cautelar aplicada, en forma preliminar y provisional, y para garantizar la eficacia o prevenir su incumplimiento, *esta Sala aclara que dicha medida consiste en una exigencia a las autoridades demandadas para que tomen todas las acciones necesarias —en el marco de las atribuciones constitucionales y legales que a cada autoridad se le otorga— para garantizar que los pacientes hemofílicos de la red nacional de salud pública tengan acceso al tratamiento, tanto preventivo, como curativo y restaurativo, que resulte más idóneo para tratar su condición, atendiendo siempre a los criterios médicos aplicables y a las circunstancias particulares de cada paciente.* Para tales efectos, se tomarán en consideración los siguientes aspectos:

a. En primer lugar, es importante destacar que, de conformidad con el artículo 65 de la Constitución, la salud de los habitantes de la República constituye un bien público, por lo que el Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. En consecuencia, la jurisprudencia de este Tribunal ha clasificado el derecho a la salud dentro del conjunto de los derechos fundamentales que comparten una naturaleza dual, pues por una parte, son derechos subjetivos, pero, además son deberes jurídicos, es decir, conductas de imperativo cumplimiento para quienes se encuentran en tal situación jurídica, las que eventualmente pueden convertirse en obligaciones jurídicas. Por tanto, las autoridades demandadas, en particular, la Ministra de Salud, y los Directores de los Hospitales Nacionales Rosales y Benjamín Bloom, se encuentran dentro de esta categoría de sujetos para quienes el derecho a la salud es también una obligación para cuyo cumplimiento, se les han asignado —por medio del ordenamiento jurídico vigente— una serie de atribuciones, competencias y recursos.

Consecuentemente, esta Sala considera innecesario hacer una descripción pormenorizada de cada una de las atribuciones mediante las cuales las autoridades demandadas habrán de dar cumplimiento a esta medida cautelar, pues estas ya son del conocimiento de cada una de ellas. No obstante lo anterior, aclara que la medida cautelar en cuestión, no podrá entenderse como una exigencia a ninguna autoridad en particular para que exceda sus competencias y atribuciones, sino más bien, como una orden para que, por un lado, cada autoridad demandada tome todas las acciones necesarias, dentro de sus potestades y competencias, para garantizar el acceso de los pacientes hemofílicos a los tratamientos preventivos, curativos y restaurativos que resulten más idóneos para propiciar su bienestar. *De igual forma, esto implica además, que todas las autoridades demandadas deberán trabajar de forma coordinada, inmediata, oportuna*

y bajo un régimen de corresponsabilidad para dar cumplimiento a la medida cautelar decretada.

b. Por otro lado, respecto a la exigencia de que los pacientes hemofílicos de la red nacional de salud "tengan acceso al tratamiento restaurativo de factor, y particularmente, que los niños afectados por esta enfermedad cuenten con el tratamiento profiláctico pertinente sin distinción alguna, es decir, independientemente del tipo de hemofilia que padezcan o del nivel de gravedad de su padecimiento", esta Sala aclara que lo anterior no habrá de entenderse como una estandarización del tratamiento clínico provisto a todos los pacientes, sino más bien, como el establecimiento de una obligación para que las autoridades demandadas provean a todos los pacientes hemofílicos el tratamiento que, de acuerdo a criterios médicos, resulte más idóneo para cada caso.

Y es que, las medidas cautelares deben ser interpretadas en el contexto de la petición planteada por la parte actora, pues es en función de ésta que la misma fue concebida. Al respecto, cabe recordar que los demandantes han fundamentado su pretensión, argumentando que, por razones administrativas o financieras, a los pacientes hemofílicos de la red pública de salud no se les proveen los tratamientos preventivos, curativos y restaurativos que necesitan, lo cual, -sostienen los peticionarios- constituye una vulneración al derecho a la salud y un incumplimiento al mandato constitucional del Estado de propiciar salud como bien público.

En concordancia con lo anterior, esta Sala no pretende usurpar las funciones propias de los médicos que tratan a los pacientes hemofílicos en la red pública hospitalaria, sino más bien, exigir a las autoridades demandadas, que realicen todas las acciones necesarias para garantizar la disponibilidad de los recursos necesarios para aplicar los medicamentos y tratamientos que los médicos, en atención a su experticia, consideren necesarios para salvaguardar y restaurar la salud de los pacientes. De allí que, la medida cautelar persigue garantizar el acceso a la salud de los pacientes hemofílicos, no pudiendo negarse el tratamiento médico prescrito a un paciente por razones de desabastecimiento, durante la tramitación del presente amparo. Lo anterior, resulta de particular relevancia para los tratamientos de carácter preventivo, como lo es la profilaxis, la cual, deberá ser suministrada a los pacientes hemofílicos, con particular énfasis en los pacientes que sean menores de edad, salvo aquellos casos en que la provisión de dicho tratamiento resulte contraproducente para la salud del paciente.

c. Es por ello que, además, la medida cautelar, de forma explícita ordena que se levante cualquier tipo de suspensión generalizada del tratamiento profiláctico de los pacientes hemofílicos.

Respecto a esta limitante, la medida cautelar en concreto ordena al Hospital Nacional para Niños Benjamin Bloom, el cese de la práctica o levantamiento de la suspensión de tratamientos a la que hace referencia la carta de contestación emitida por la Licenciada Miriam Elizabeth Lazo de Orantes, Jefe de la Unidad Jurídica del Hospital Nacional para Niños Benjamin Bloom, de fecha 19-XI-2014 — la cual consta en el folio 11 de este expediente—en la que, de acuerdo a la suscriptora, "no es posible mantener la profilaxis, debido a la falta de presupuesto", manifestando además la existencia de una segmentación de acuerdo

a la cual los pacientes hemofílicos "Tipo A" si reciben el tratamiento profiláctico, mientras que los de "Tipo B" no lo reciben por tratarse de un número menor de pacientes. *De esta manera, tal y como se establece en el párrafo anterior, las autoridades demandadas quedan inhibidas de hacer cualquier tipo de distinción o segmentación que limite el acceso a los tratamientos preventivos, curativos y restaurativos en base a criterios como el número de pacientes, edad, sexo, o tipo de padecimiento, debiendo proveer los medicamentos y tratamientos idóneos para cada caso particular en igualdad de condiciones.*

Es así que, la medida cautelar deberá entenderse además, como una prohibición en tanto que las autoridades demandadas deberán abstenerse de tomar decisiones administrativas de carácter general, tales como la antes descrita, si ello no atiende a razones estrictamente médicas".

VINCULACIÓN DE LAS AUTORIDADES A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL PRONUNCIAMIENTO EMITIDO EN ESTE TIPO DE PROCESOS

"*C.* Finalmente, y una vez aclaradas las condiciones en que se ha configurado la medida cautelar decretada, es menester abordar lo relativo a los términos en que se verán vinculadas las autoridades a las consecuencias jurídicas derivadas de un pronunciamiento emitido en este tipo de procesos, atendiendo de manera específica a la naturaleza jurídica y finalidad del proceso constitucional de amparo.

a. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha expresado —verbigracia en las resoluciones de fechas 3-VII-2006 y 8-VII-2003, pronunciadas en los Amp. 315-2006 y 57-2003, respectivamente— que este tipo de proceso es un mecanismo que tiene por objeto dar una protección reforzada de los derechos constitucionales consagrados a favor de las personas frente a los actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares que vulneren, restrinjan u obstaculicen su ejercicio.

Partiendo de este concepto se ha interpretado que el amparo tiene, principalmente, una finalidad o dimensión de carácter subjetivo, en cuanto se encuentra orientado a brindar a las personas una protección extraordinaria frente a aquellos actos de autoridad —ya sea de funcionarios públicos o de particulares— que generan un agravio en su esfera jurídica.

En virtud de ello, se ha sostenido que los efectos de las resoluciones pronunciadas en este tipo de procesos son *inter* partes, puesto que la consecuencia *inmediata* que se deriva de este pronunciamiento consiste en reparar el daño que le ha sido ocasionado al pretensor, ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la actuación que transgredió sus derechos constitucionales.

b. No obstante lo expuesto, es innegable que los efectos de las decisiones adoptadas en esta clase de procesos *también trascienden al ámbito objetivo,* puesto que para emitir un pronunciamiento que incide en la dimensión subjetiva se requiere interpretar los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente aquellos en los que se regulan los derechos protegibles que se alegan vulnerados. De ahí que los razonamientos que a la luz de la Constitución se realicen sobre dichos preceptos orienten la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos del Estado.

En ese sentido, la *dimensión objetiva* del amparo trasciende la simple transgresión de un derecho fundamental acontecida en un caso particular, ya que la *ratio decidendi* que haya servido al Tribunal para fundamentar su decisión en ese caso permite perfilar en ese momento la correcta interpretación que ha de darse a la norma constitucional que reconoce el derecho en cuestión, *lo cual indudablemente es de utilidad no solo a los tribunales, sino también a las autoridades y funcionarios de los otros Órganos del Estado para resolver los supuestos análogos que se les presenten.*

Y es que debe tenerse presente que las autoridades públicas, por un lado, al ser investidas en sus cargos, asumen el *deber* de cumplir con lo establecido en la Constitución, *ateniéndose a su texto* cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, tal como lo dispone el artículo 235 de la Ley Suprema; y, por otro lado, en virtud de la *dimensión objetiva* del proceso de amparo, *deben respetar la jurisprudencia que emana de este Tribunal,* puesto que —en el sistema de protección de derechos— figura como el intérprete y último garante de la Constitución".

OMISIÓN DE DAR CUMPLIMIENTO PUEDE CONSTITUIR UN HECHO DELICTIVO

"III**.** En ese orden, se advierte que no se han modificado las circunstancias en virtud de las cuales se adoptó dicha medida, por lo que corresponde confirmar la resolución emitida el día 12-XII-2014.

En ese sentido, es preciso reiterar que dado que la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita —mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso—, dicha medida no puede ser sometida a ningún tipo de alteración por parte de la autoridad demandada u otros funcionarios; y su cumplimiento es obligatorio.

En caso de incumplimiento de la medida cautelar o la negativa a informar dentro del plazo indicado, tal comportamiento omisivo podría ser constitutivo de un hecho delictivo, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 265 n° 1 del Código Procesal Penal que dice: "Tendrán obligación de denunciar o avisar la comisión de los delitos de acción pública: Los funcionarios, empleados públicos, agentes de autoridad o autoridades públicas que los conozcan en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella", la Secretaría de este Tribunal deberá certificar lo conducente a la Fiscalía General de la República, para los efectos legales pertinentes".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 938-2014, fecha de la resolución: 23/01/2015.

RECUENTO DE VOTOS CORRESPONDIENTES A LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS PARA LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR

"Acotado lo anterior y habiéndose constatado que las demandas cumplen con los requisitos mínimos de admisibilidad y procedencia establecidos por la

legislación procesal y jurisprudencia aplicable, su admisión se circunscribirá al control de constitucionalidad del Acta de Escrutinio Final de la Elección de Diputados a la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, emitida el 27-III-2015, —en lo que concierne a la elección de Diputados de la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador—. Lo anterior por la supuesta vulneración al derecho al sufragio pasivo o derecho a optar a cargos públicos (art. 72 ord. 3° Cn.) de los demandantes, en su calidad de candidatos a Diputados de la República.

Ahora bien, una vez delimitado el acto impugnado y los motivos de inconstitucionalidad que se arguyen, corresponde en este apartado examinar la posibilidad de decretar una medida precautoria en el presente amparo.

1. Al respecto, resulta necesario señalar que la adopción de una medida cautelar en un proceso de amparo se apoya sobre dos presupuestos básicos, a saber: la probable existencia de ur1 derecho amenazado —*fumus boni iuris*— y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso —*periculum in mora*—.

En relación con los presupuestos antes mencionados, tal como se sostuvo en la resolución del 23-X-2010, pronunciada en el Amp. 304-2010, por una parte, el *fumus boni iuris* hace alusión —en términos generales— a la apariencia fundada del derecho y su concurrencia en el caso concreto se obtiene analizando los hechos alegados por las partes con las restantes circunstancias que configuran la cansa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Por otra parte, el *periculum in mora* —entendido como el peligro en la demora— importa el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional. En ese sentido, el art. 20 L.Pr.Cn. establece que: “Será procedente ordenar la suspensión provisional inmediata del acto reclamado cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva”.

Por otro lado, tal como lo ha afirmado esta Sala en ocasiones anteriores, verbigracia el auto de fecha 14-I-2002, pronunciado en Amp. 12-2002, si bien la Ley de Procedimientos Constitucionales únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un obstáculo para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dictan en esta sede. Esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 437 del Código Procesal Civil y Mercantil —de aplicación supletoria en los procesos constitucionales— el cual establece que: “Sin perjuicio de los dispuesto en el artículo anterior, podrá solicitarse la adopción de otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos”.

Precisamente porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución

concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso -finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera paralización de los actos impugnados-, se vuelve indispensable la adopción de otras medidas que aseguren la satisfacción de las pretensiones de amparo.

2. En el presente caso existe apariencia de buen derecho en vista de que los demandantes invocan y justifican la presunta vulneración a derechos de rango constitucional y la exposición de circunstancias fácticas y jurídicas en que se hace descansar aquélla.

De igual forma, se puede observar que existe un peligro en la demora puesto que, de materializarse la entrega de las credenciales correspondientes y la subsecuente toma de posesión del cargo de Diputado del departamento de San Salvador con base en los resultados plasmados en el acto que será sujeto de control constitucional, ello podría derivar en la imposibilidad o grave dificultad para hacer efectivo un posible fallo favorable en el presente proceso de amparo. Lo anterior no solo podría derivar en un daño de difícil reparación en la esfera subjetiva de derechos del demandante, sino además, en atención a la naturaleza del acto impugnado, en un falseamiento de la voluntad del votante, distorsionando así la representación popular que debe regir la conformación de la Asamblea Legislativa para el período 2015-2018.

Dicha circunstancia fue advertida por los mismos Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, quienes, como ente colegiado, reconocieron en el Decreto N° 2, emitido el 9-IV-2015, respecto del acta de escrutinio final de la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Legislativa que: “el escrutinio preliminar realizado por los miembros de las Juntas Receptoras de Votos se prolongara considerablemente en comparación con eventos electorales anteriores, generando deficiencias, en algunos casos, en el levantamiento de actas de cierre y escrutinio”.

Por su parte, los Magistrados Fernando Argüello Téllez, Ana Guadalupe Medina Linares, Miguel Ángel Cardoza Ayala y Jesús Ulises Rivas Sánchez, por medio de votos concurrentes, señalaron de forma específica, la existencia de incongruencias, irregularidades u otras deficiencias que: “podrían llevar a la violación de derechos fundamentales de votantes y candidatos”. Más aún, dichos Magistrados sostuvieron el *carácter prioritario de la exigencia del conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas,* el cual —a su juicio— se garantizaría por medio del recuento de votos.

Cabe señalar de forma particular, el voto razonado del Magistrado Jesús Ulises Rivas Sánchez, de acuerdo al cual, para la circunscripción de San Salvador: “...en 23 diputaciones no era posible conforme con los principios de incidencia y determinancia cambiar el resultado obtenido, pero con respecto a la diputación veinticuatro (24), quedará la duda si pudo existir algún resultado distinto...”.

En razón de lo anterior, *la medida cautelar que se ordenará en el presente amparo,* deberá entenderse en el sentido que el Tribunal Supremo Electoral:

procederá al recuento de votos correspondientes a la Elección de Diputados para la Asamblea Legislativa del departamento de San Salvador en atención a lo

ordenado por la jurisprudencia de esta Sala en la Sentencia de Inconstitucionalidad 48-2014, y resoluciones de seguimiento y aclaración.

Dicho recuento deberá ser público, transparente y supervisado por el Fiscal General de la República —en atención a la atribución prevista en el art. 193 ord. 1° Cn. llevado a cabo con la mayor brevedad posible, debiendo presentar los resultados finales del mismo a más tardar el 21-IV-2015.

Con respecto a la entrega de credenciales a los 24 diputados electos a la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador y su respectiva toma de posesión, se advierte que, en aras de no entorpecer los procesos electorales pendientes, ni la labor legislativa de la Asamblea, tales credenciales, gozarán de validez, con carácter provisional, quedando sujetas a los resultados del presente proceso. Ello, puesto que el recuento de votos puede provocar cambios en el número de votos válidos en dicho departamento, en el cociente electoral, los respectivos residuos, y por ende, en la asignación de escaños.

Esta Sala advierte además, que, como parte de los efectos de la medida cautelar dictada, quedan suspendidos, por la duración del presente proceso de amparo, el conteo de cualquier plazo para efectos del resguardo, confidencialidad o destrucción de material electoral previsto en la ley.

Debe acotarse, finalmente, que las decisiones de esta Sala son vinculantes para los sujetos procesales a quienes se dirigen, las que deben ser acatadas y cumplidas de buena fe, sin excusas ni artificios para eludir las órdenes que ellas contengan. En consecuencia, *los destinatarios de las decisiones de esta Sala no pueden invocar ni aplicar sobre ellas ninguna supuesta atribución de "control constitucional" o de cualquier otro tipo, pues en el marco del proceso no es posible revisar el criterio interpretativo que sustenta dichas resoluciones, sino que los sujetos procesales están obligados a su cabal cumplimiento.*

VI. Por otro lado, el Tribunal considera pertinente solicitar la opinión técnica del presente caso al Fiscal General de la República, a quien le corresponde defender los intereses del Estado y la sociedad (art.193 inciso 1° Cn.).

Ello, en orden a delimitar los términos del debate y brindar una tutela integral sobre los derechos fundamentales en cuestión.

VII. *1.* Finalmente, se advierte que este Tribunal no solo conocerá de la presunta vulneración al derecho a optar a un cargo público de los peticionarios sino, además, el contexto ene! que se realizaron las elecciones del 1-III-2015.

Y es que, tal como se acotó en la Sentencia de 7-XI-2011 pronunciada en la Inc. 57-2011, si la representación política postula que los ciudadanos —iguales entre sí— eligen con *libertad* a sus representantes, se *debe respetar la voluntad del electorado que se consolida con el resultado de las elecciones,* pues el sufragio se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política y, así concebido, es entendido como un procedimiento institucionalizado, mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente, a fin de designar a los titulares del poder político.

Lo anterior implica —se afirmó— que, para que el sufragio sea verdaderamente libre, no basta con que el electorado cuente con plena capacidad de opción, es decir, que tenga diversas alternativas de elección entre los candidatos que posiblemente lo representarán, sino que el *resultado de su elección debe ser*

respetado, pues de la voluntad expresada en el voto se extrae su real decisión sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público.

En virtud de lo anterior, resulta pertinente concentrar actos procesales en la tramitación del presente proceso de amparo, en orden a dar una tutela pronta.

2. Ahora bien, el art. 21 L.Pr.Cn. prevé que en la resolución donde se admita la demanda, se pida *un primer informe* al demandado en el amparo -a rendir en un plazo de 24 horas-, con el único objeto que se pronuncie respecto a la existencia o no del acto reclamado, sin necesidad de fundamentar nada al respecto.

Sin embargo, puede ocurrir que la notificación de dicho auto se demore ante la cantidad de asuntos pendientes por comunicar; lo que implica que -en la práctica- este informe no sea rendido efectivamente a las 24 horas de admitida la demanda y se retarde con ello la siguiente etapa procesal, es decir, el auto que confirma o revoca la medida cautelar adoptada y que manda a pedir *un segundo informe* al sujeto pasivo. Este segundo informe deberá rendirse en un plazo de tres días -según lo prevé el art. 26 L.Pr. Cn.-, ya no simplemente para que la autoridad se pronuncie sobre la existencia o no del acto u omisión reclamados, sino también sobre los fundamentos y las razones en que apoye la constitucionalidad del acto o la inexistencia del mismo. De igual manera, este plazo de tres días empieza a contar al día siguiente a aquel en que se notifica efectivamente la resolución.

Expuesto lo anterior, y ante la *necesidad de procurar celeridad en la tramitación de este proceso, en virtud de los derechos fundamentales en riesgo y de las características propias del caso,* es pertinente que en esta resolución se requieran los informes a los que se refieren los arts. 21 y 26 L.Pr.Cn. para tener oportunamente delimitadas las actuaciones reclamadas, sus fundamentos y la resistencia de las autoridades demandadas, es decir, que habrá una concentración de actos procesales, justificada por la urgente necesidad de dar una pronta respuesta a la reclamación de tutela de los derechos fundamentales en juego en el presente caso.

Y es que, el art. 11 del Código Procesal Civil y Mercantil -C.Pr.C.M. de aplicación supletoria de los procesos constitucionales- establece que los actos procesales se realizarán con la mayor proximidad temporal entre ellos, debiendo el juez concentrar en una misma sesión todos los actos que sea posible realizar; asimismo, procurará en una misma resolución todos los puntos pendientes".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 177-2015, fecha de la resolución: 14/04/2015.

SUSPENSIÓN DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LOS DIPUTADOS PARA LA ASAMBLEA LEGISLATIVA POR EL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR

"Finalmente es necesario expresar algunas consideraciones sobre la medida cautelar decretada al inicio de este proceso y la necesidad de resguardar los efectos de una eventual sentencia, dadas las nuevas circunstancias de incumplimiento que el mismo TSE ha expresado en su informe rendido al vencimiento del plazo concedido para tales efectos.

1. Mediante resolución de 14-IV-2015, esta Sala adoptó medida cautelar, la cual debía entenderse en el sentido que el TSE procedería al recuento público y transparente de votos correspondientes a la Elección de Diputados para la Asamblea Legislativa del Departamento de San Salvador, según lo ordenado en la Sentencia de 5-XI-2014, Inc. 48-2014, el cual debía supervisarse por el Fiscal General de la República (art. 193 ord. 1° Cn.); por lo tanto, esta Sala ordenó que el TSE presentara los resultados finales del recuento a más tardar el 21-IV-2015. Asimismo, se determinó que la entrega de credenciales a los 24 diputados electos a la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador y su respectiva toma de posesión, gozarían de validez provisional, quedando sujetas a los resultados del presente proceso; la razón aducida es que el nuevo conteo puede provocar cambios en el número de votos válidos en dicho departamento, en el cociente electoral, los residuos respectivos y, por tanto, en la asignación de escaños. Por último, como parte de los efectos de la medida cautelar, se dijo que quedaba suspendido el conteo de cualquier plazo para efectos del resguardo, confidencialidad o destrucción de material electoral previsto en la ley.

En lugar de dar cumplimiento inmediato a lo ordenado por esta Sala, mediante escrito del 17-IV-2015, es decir, *3 días después de notificar la medida cautela",* el TSE solicitó aclaración de la providencia emitida el día 14-IV-2015 (notificada el mismo día). No obstante que la medida cautelar impuesta resultaba comprensible y para evitar mayores dilaciones el mismo día la Sala aclaró que: (i) el recuento de votos correspondiente a la Elección de Diputados para la Asamblea Legislativa del Departamento de San Salvador debía entenderse como una orden para que el TSE revisara la totalidad de votos contenidos en los paquetes electorales, es decir, la apertura de los 2,872 que corresponden al departamento de San Salvador, para lo cual el TSE estaba obligado a buscar todas las alternativas posibles, entre ellas, disponer del personal propio, apoyo de universidades, organizaciones no gubernamentales y cualesquiera otras instituciones que estimara conveniente; y (ii) el TSE verificaría cada una de las papeletas de votación y consignaría adecuadamente los votos válidos, nulos, impugnados, inutilizados, etc., lo que conllevaría a la potencial recalificación de votos.

2. Esta Sala advierte que el TSE ha inobservado el plazo dentro del cual debía presentar los resultados finales del recuento. En un primer momento, esta Sala concedió un tiempo de 7 días continuos, que de atenderse de buena fe se consideró suficiente para el nuevo conteo de votos que finalizaría el día 21-IV-2015. Luego, *3 días después,* sin justificar esa pérdida de tiempo, solicitó una aclaración a la resolución de 14-IV-2015.

Mediante escrito presentado en horas de la tarde del día 27-IV-2015, el TSE informa que "hasta el día 26-IV-2015 las mesas de recuento han procesado 810 paquetes electorales, de los cuales 398 paquetes electorales han sido finalizados, lo que representa el 13.86% del total de paquetes, quedando en la categoría de paquetes en recalificación un total de 412, lo cual equivale al 14.34% del total de paquetes en recuento". A partir de lo anterior, afirman "que se proyecta terminar la diligencia de recuento de votos el día 20 de mayo del presente año".

Una interpretación razonable de este "modo de proceder" del TSE indica que la intención de dicho organismo electoral es no dar cumplimiento adecuado a lo dictaminado por este tribunal.

En relación con lo anterior, es preciso subrayar que, dado que la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita mediante la ejecución concreta, real y licita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso, *dicha medida no puede ser sometida a ningún tipo de alteración por parte de la autoridad demandada u otros funcionarios; y su cumplimiento es obligatorio.*

Ahora bien, se reitera que, tal como se acotó en el auto de admisión del presente proceso, las decisiones de esta Sala son vinculantes para los sujetos procesales a quienes se dirigen, las que deben ser acatadas y cumplidas de buena fe, sin excusas ni artificios para eludir las órdenes que ellas contengan. En consecuencia, los destinatarios de las decisiones de esta Sala no pueden invocar ni aplicar sobre ellas ninguna supuesta atribución de "control constitucional" o de cualquier otro tipo, pues en el marco del proceso no es posible revisar el criterio interpretativo que sustenta dichas resoluciones, sino que los sujetos procesales están obligados a su cabal cumplimiento.

En este proceso constitucional, el TSE es la autoridad demandada que por sus competencias constitucionales y legales es a quien corresponde cumplir la medida cautelar emitida. Según el art. 208 inc. 5° Cn., dicho tribunal es la máxima autoridad en materia electoral, *"sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución por violación a la misma".* Dado que esta Sala se encuentra enjuiciando supuestas violaciones a derechos fundamentales —sufragio pasivo o derecho a optar a cargos públicos— y que el TSE es la autoridad a quien se le imputan esas violaciones, las decisiones emitidas en el presente proceso constitucional lo obligan de manera directa y expresa.

En vista de que ya ha transcurrido tanto el plazo inicial como el segundo plazo conferido sin que se haya acatado la medida cautelar ordenada en el auto de 14-IV-2015, *esta Sala tiene por no cumplida la medida cautelar ordenada al TSE.*

1. Al haberse establecido lo anterior, este Tribunal debe *recordarle* al Tribunal Supremo Electoral que, en el tema de las medidas cautelares en los procesos de amparo, la Ley de Procedimientos Constitucionales (o "LPrCn") regula, en sus arts. 19 y 20, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los efectos del acto reclamado, cuando su ejecución pueda producir un, daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva".

CONFIGURACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

"Bajo tal premisa, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las medidas cautelares se configuran como los medios jurídicos procesales cuya función es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten sustancialmente la satisfacción de la pretensión (Auto de 15-IV-2002, Amp. 84-2001).

De esta manera, la suspensión provisional de los efectos del acto reclamado o la implementación de una medida cautelar innovadora, lejos de constituir un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la pretensión de los demandantes, constituye un mecanismo — emitido *al inicio* o en el *transcurso del proceso*—

tendente a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se emita, por lo que no definen derechos ni resuelven controversias.

A partir de lo expuesto, las medidas cautelares se caracterizan principalmente por las siguientes notas: (i) la instrumentalidad; (ii) la urgencia; (iii) la provisionalidad o temporalidad; (iv) susceptibilidad de alteración, variación y revocación, con base en el principio *rebus sic stantibus —mientras continúen así las cosas—;* (v) proporcionalidad; y, (vi) porque no surten efecto de cosa juzgada (Sentencia de 26-II-2002, Inc, 24-98, Auto de 11-III-2003, Amp. 164-2003 y Auto del 16-XII-2012, Amp. 178-2010).

En ese contexto, ya sea, *de oficio* o a petición de parte, y luego de verificarse el cambio de los presupuestos que las habilitan, es decir, el incumplimiento de la medida precautoria por parte del TSE, esta Sala tiene la obligación de asegurar su función de ejecutar lo juzgado (art. 172 Cn.), pues con ella se pretende que el resultado del proceso no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del mismo, pero que pueden ser aseguradas procesalmente, minimizando el riesgo de un dispendio y pronunciamiento jurisdiccional inútil (Sentencia 11-VII-2008 Inc. 64-2006).

Ante ello, la aplicación del principio *rebus sic stantibus* implica la posible la alteración, variación y aún revocación, *siempre que se altere o modifique el estado sustancial de los datos por los cuales se adoptaron (Cfr.* con Auto de 17-IV-2007, Amp. 102-2007); en ese sentido, calificar si se han modificado las circunstancias que permitieron adoptar una providencia aseguratoria corresponde a la autoridad que conoce de los hechos por su necesaria inmediación con el caso llevado a su conocimiento *(Cfr.* con Auto de 7-I- 2005, Amp. 744-2004).

Por lo tanto, en términos generales, el órgano jurisdiccional tiene facultades suficientes para decretar, de oficio o a petición de los interesados y de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, la medida cautelar más idónea o apta para asegurar provisoriamente el derecho invocado.

A. La Constitución de la República ha contemplado que el pueblo —art. 83 Cn.— por medio de sus representantes *democrática y legítimamente electos* tenga, entre otras funciones, la atribución de legislar y realizar elecciones de segundo grado —arts. 121 y 131 ord. 19° Cn. —, lo cual, tiene una gran incidencia en la institucionalidad del país; por lo tanto, para que una persona sea considerada Diputado *debe ser electo en la forma prescrita por la misma Ley Fundamental,* vale decir, *haber obtenido el número suficiente de votos en la circunscripción territorial de que se trate —arts. 78 y 79 Cn.—, con resultados firmes declarados así por el TSE, ante el cual no exista recurso constitucional alguno.*

Y es que, la elección de los Diputados a la Asamblea Legislativa como una manifestación directa de los *derechos políticos,* que según la jurisprudencia constitucional se han caracterizado como *derechos de participación* que generan un conjunto de condiciones para posibilitar que el ciudadano participe en la vida política, implica el ejercicio de todos los instrumentos que posee el ciudadano para participar activamente en la vida pública o, si se quiere, el poder político con el que cuenta aquel para participar, configurar, incidir y decidir en la vida política del Estado *(Cfr.* con Sentencia de 1-X-2014, Inc. 66-2013); por lo tanto, garan-

tizar la efectividad del sufragio activo y pasivo es un deber que corresponde a todos los poderes públicos y a los particulares.

Con lo expuesto, es dable afirmar que, el voto no puede tener únicamente relevancia formal en el momento de su emisión en las elecciones legislativas, sino que debe tener y mantener eficacia material *que se produce y se extiende desde el inicio del período en que se ejercerá el cargo de elección popular, hasta su finalización;* período legislativo que inicia con la toma de posición del cargo por parte de los candidatos electos como Diputado de la Asamblea Legislativa —art. 131 ord.2° Cn.—, lo cual implica, un acto que, aunque pudiera tener carácter provisional, es capaz de incidir estructuralmente en la sociedad y el funcionamiento del Estado.

A partir de lo anterior, este Tribunal considera que permitir la toma de posesión de Diputados a la Asamblea Legislativa de personas cuya elección es incierta y que aún no se ha determinado, con carácter definitivo en un proceso constitucional, entrañaría un total irrespeto a la Ley Suprema, dado que al no establecerse la verdad electoral emitida en las urnas, tales personas carecerían de legitimidad constitucional directa derivada de la voluntad popular — arts. 80 inc. 1° y 86 inc. 1° *primera parte* Cn.—.

B. *Por otro lado, al estimar que* dicho incumplimiento implica el cambio sustancial de las condiciones Tácticas que existían al momento de la adopción de tal medida precautoria, esta Sala considera pertinente adoptar una nueva medida cautelar en el presente proceso de amparo, en el sentido que se indicará a continuación, que impida la consolidación de cualquier tipo de situaciones jurídicas individuales con respecto a los candidatos a Diputados propietarios y suplentes de la Asamblea Legislativa de la legislatura 2015-2018.

"En tal sentido, en razón de la medida que ahora se adopta: (i) se suspende la toma de posesión para la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador para el periodo 2015-2018 de los presuntos diputados electos ya mencionados; *(ii)* debe continuarse con el recuento ordenado en las mismas condiciones establecidas en el auto de 17-IV-2015, hasta su finalización.

La contravención a lo establecido anteriormente, implicará que todos los actos administrativos y legislativos en los que intervengan los Diputados en mención carecerán de validez y, por tanto, no tendrá efecto jurídico constitucional alguno; tampoco se les reconocerán los derechos y las prerrogativas inherentes al cargo.

4. En ese orden, en atención a la medida cautelar adoptada en la presente decisión, la Asamblea Legislativa iniciará el período 2015-2018, *únicamente* con sesenta (60) diputados. El resto de diputados, los correspondientes al departamento de San Salvador, se incorporarán hasta que se determine con claridad quiénes resultaron electos, conforme a la Constitución y el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Lo anterior, no implica de ninguna manera la modificación, reducción, o alteración del número total de Diputados que conforman la Asamblea Legislativa, establecido en el art. 13 inc. 1° del Código Electoral; por lo tanto, todas las resoluciones o decretos emanados por el Órgano Legislativo deberán ser acordados con base en el número de votos favorables que prescribe la Constitución para

cada una de las diferentes tipos de votación — *vr. g* arts. 123, 131 ord. 19° y 148 inc. 2° Cn.—, considerando que dicho Órgano de Estado es un cuerpo colegiado compuesto por *ochenta y cuatro* Diputados, *no teniendo ningún tipo de efecto jurídico constitucional, lo realizado en infracción a la presente regla.*

En ese orden, se aclara, que los sesenta diputados electos, podrán integrar legítimamente la Asamblea Legislativa, deliberar, votar y desarrollar sus actividades normalmente".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 177-2015, fecha de la resolución: 28/04/2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ES COMPETENTE PARA DETERMINAR SI DEBÍA O NO ORDENARSE LA DEVOLUCIÓN DE BIENES INCAUTADOS

"La señora [...] dirige su reclamo contra la decisión del 23-V-2014 mediante la cual se incautó una camioneta marca "Hummer" propiedad del señor [...] proveída por el Tribunal Especializado de Instrucción de la ciudad de Santa Ana.

1. Para fundamentar la inconstitucionalidad de esta actuación, asevera que la autoridad demandada ordenó el secuestro de una camioneta propiedad del señor [...] sin haberse acreditado en debida forma que esta fue adquirida de forma ilícita.

Ahora bien, se advierte que los argumentos expuestos por la referida señora no se pone de manifiesto la forma en la que se habrían infringido los derechos constitucionales que estima vulnerados, sino que, más bien, evidencian que el fundamento de la pretensión planteada descansa en un desacuerdo con lo actuado por dicho Juzgador.

Por tanto, de lo expuesto se colige que lo que persigue *es que este Tribunal indique que la autoridad demandada tuvo que haber ordenado la entrega de la camioneta antes indicada al señor [...] por no haberse acreditado de forma suficiente la procedencia ilícita de la misma. Asimismo que se determine por este Tribunal que la compraventa de ese automotor era el instrumento idóneo para acreditar la propiedad sobre el bien secuestrado.*

En ese orden, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción constitucional carece de competencia material para examinar las razones por las cuales la autoridad demandada ordenó el secuestro de dicho vehículo; así como, para determinar cuál es el documento idóneo para establecer la legitima propiedad sobre el mismo, ya que tal actividad implicaría la realización de una labor de índole correctiva e interpretativa –en exclusiva– sobre las disposiciones de la legislación ordinaria aplicable.

Así, esta Sala ha establecido –v.gr. el citado auto pronunciado el día 27-X-2010 en el Amp. 408-2010- que, en principio, *la jurisdicción constitucional* carece de competencia material para efectuar el análisis relativo a la interpretación y aplicación que las autoridades judiciales desarrollen con relación a los enunciados legales que rigen los trámites cuyos conocimientos les corresponde y, en consecuencia indicar la procedencia lícita de los bienes secuestrados implicaría la irrupción de competencias que, en exclusiva, han sido atribuidas y deben realizarse por los jueces y tribunales ordinarios.

En conclusión, del análisis de las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas se deriva la imposibilidad de juzgar, desde una perspectiva constitucional, el fondo del reclamo planteado por esta, ya que este se fundamenta en un asunto de estricta legalidad y, en consecuencia, es pertinente declarar la improcedencia de la demanda de amparo".

SECUESTRO NO CONSTITUYE UN ACTO DE CARÁCTER DEFINITIVO CAPAZ DE PRODUCIR UN AGRAVIO

"*2.* Aunado a ello, es necesario indicar que el secuestro es una medida cautelar de carácter real con la que se pretende proporcionar al Juez uno de los medios necesarios para llevar a cabo su función jurisdiccional de juzgar o hacer ejecutar lo juzgado. La medida citada implica una restricción a la libertad de disposición patrimonial del imputado o de un tercero; por tanto, se advierte que dicha actuación no constituye un acto de carácter definitivo por tratarse de una medida cautelar orientada a privar a una persona de la libre disposición de un bien por haberse involucrado en la comisión de un hecho delictivo.

En consecuencia de lo antes expuesto, se colige que la referida resolución no podría producir un agravio de igual naturaleza en la esfera jurídica de la parte actora, debido a que por sí misma no es susceptible de ocasionarle un perjuicio concluyente a la parte actora, sino que, en todo caso, sería la sentencia definitiva proveída en el proceso penal que se siga en contra el señor Javier Arquímedes M. G. la que podría alterar su esfera particular.

En virtud de las circunstancias expuestas y de las aclaraciones apuntadas, se concluye que este Tribunal se encuentra imposibilitado para controlar la constitucionalidad de dicho auto. Ello debido a que -tal como se ha señalado anteriormente- el objeto material de la fundamentación fáctica de la pretensión de amparo debe estar constituido por un acto de autoridad o de particulares, el cual debe -entre otros requisitos- ser definitivo, exigencia, que, en este punto en concreto, no se cumple. Por consiguiente, este extremo de la pretensión planteada deberá ser rechazado a través de la figura de la improcedencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 616-2014, fecha de la resolución: 30/11/2015.

MINISTERIO DE SALUD

AUTORIDAD RECTORA DEL SISTEMA DE SALUD

"VI**.** *1. A. a.* En el ordenamiento salvadoreño se ha previsto que el MINSAL es la autoridad rectora del sistema de salud, y a su vez conductora de la Política Nacional de Salud (PNS). Se ha establecido además la creación del Sistema Nacional de Salud (SNS), que tiene por objeto coordinar y unificar las acciones relacionadas a la salud de las instituciones sanitarias del sector público, la reasignación de competencias y la creación de nuevas entidades reguladoras, y está conformado por el MINSAL, el ISSS, el Ministerio de la Defensa Nacional —en lo concerniente a Sanidad Militar—, el Fondo Solidario para la Salud, el

Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos y el Ministerio de Educación —en relación con Bienestar Magisterial—.

De la LCSNS se colige que, con el objeto de optimizar la gestión de los recursos destinados a los servicios de salud pública y unificar los esfuerzos institucionales en las actividades de prevención, intervención y vigilancia de la salud, el Estado creó el SNS.

De acuerdo con el art 3 de la LCSNS, el SNS tiene como principal objetivo garantizar a la población el acceso a los servicios de salud, cumpliendo con los principios de universalidad, dignidad humana, éticos, calidez, equidad, solidaridad, subsidiaridad, calidad, eficacia, etc.; para lo cual, según lo dispuesto en el art. 5 de la LCSNS, los miembros del sistema tienen la obligación de participar en la formulación de la PNS —con la coordinación del ente rector— y de realizar todas las acciones y estrategias necesarias para brindar a la población la asistencia sanitaria antes descrita, siendo uno de los campos de acción en los que se enfoca la PNS para alcanzar tal objetivo los "Medicamentos e insumos médicos y no médicos" (art. 7 de la LCSNS)".

SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESTÁ OBLIGADO A SUPERVISAR EL CRECIMIENTO Y DESARROLLO ADECUADO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

"*b.* En el caso particular, de acuerdo con el art. 16 de la LEPINA, el Estado debe crear políticas públicas y programas para la adecuada cobertura y atención prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, así como realizar intervenciones que permitan reducir la morbilidad y mortalidad materno infantil y de la niñez. No obstante ello, de conformidad con lo prescrito en el art. 21 inc. 2° de la LEPINA, la ausencia de tales políticas y programas no exime a las autoridades estatales de la responsabilidad de brindar la atención requerida en forma individualizada a cualquier persona en etapa neonatal, pediátrica, o en la de adolescencia.

Así, tal como se regula en el art. 25 letra j) y n) de la LEPINA, el SNS está obligado a supervisar que el crecimiento y desarrollo de los niños y adolescentes sea adecuado a su edad cronológica y a orientar a sus representantes en la toma de decisiones cuando esté comprometida su salud; además, a fin de unificar los criterios, procedimientos y terapias farmacológicas que pueden utilizarse, debe establecer protocolos y guías para la atención de este grupo de la población, en atención a las particularidades fisiológicas y etarias, y las patologías que suelen presentar".

DIRECTRICES QUE EMITA EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA NACIONAL DE SALUD SON DE CARÁCTER OBLIGATORIO

"*B. a.* Ahora bien, de acuerdo con los arts. 40 del C.S, 6 inc. 1° de la LCSNS, 3 de la Ley del Sistema Básico de Salud Integral, y 42 ord. 1° del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo (RIOE), el MINSAL coordinará la formulación y ejecución de la PNS y, además, se encargará de controlar y supervisar su cumplimiento. Para alcanzar tales fines, de acuerdo con los arts. 6 inc. 2° y 8 de la LCSNS, *el ministerio tendrá la rectoría del SNS y las directrices que emita en el*

marco de la aplicación de la PNS serán de carácter obligatorio, siempre que no transgredan los límites y objetivos propios de cada institución.

Es necesario destacar que, de acuerdo con el art 42 del RIOE, entre las funciones del MINSAL en el marco de la administración pública de la salud se encuentran: *(i)* regular la normativa en materia de salud —entre estas las de carácter técnico— y adoptar las medidas que sean necesarias para resguardar este bien público; *(ii)* ejercer control ético y técnico de las actividades de las personas naturales y jurídicas que intervienen en el sector salud; y *(iii)* adecuar y hacer cumplir el Código de Salud, con especial énfasis en la ética médica, el control de la calidad de los medicamentos, la supervisión de centros hospitalarios, vigilar la formación de los profesionales de la salud, entre otras facultades.

Asimismo, de los arts. 41 del C.S. y 9 de la LCSNS, se colige que a dicho ministerio también le corresponde: *(i)*establecer y mantener colaboración con los demás ministerios, instituciones públicas o privadas, agrupaciones profesionales o de servicios que desarrollen actividades relacionadas a la salud;*(ii)* organizar, reglamentar y coordinar el funcionamiento de los servicios técnicos de sus dependencias; *(iii)* propiciar todas las iniciativas oficiales y privadas orientadas a mejorar el nivel de salud de la comunidad, respetando las normas de los organismos técnicos correspondientes; *(iv)* supervisar —como entidad rectora del SNS— la emisión y controlar el cumplimiento de la normativa necesaria relacionada a la salud de la población, como parte de los objetivos y metas a alcanzar por la PNS; y *(v)*emitir las recomendaciones pertinentes".

OMISIÓN EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS NECESARIAS PARA ESTABLECER SEGURIDAD Y EFICACIA DE MEDICAMENTOS PONE EN RIESGO DERECHO A LA SALUD

"*b.* Tal como lo exige el derecho fundamental a la salud reconocido en el art. 65 de la Cn., el Estado brinda asistencia pública gratuita a la población sin distinción alguna mediante la red de centros de asistencia antes mencionados, los cuales, de acuerdo con el art. 19 de la citada ley, deberán cumplir las normas, lineamientos, planes y proyectos emitidos por el MINSAL y coordinar acciones entre los diferentes niveles de atención, para la promoción y conservación de la salud, la prevención y control de epidemias, etc.

c. El ámbito de actuación del MINSAL —a través de la Dirección de Medicamentos, Equipos y Dispositivos Médicos— en temas relacionados a la farmacovigilancia no se limita al seguimiento, control y evaluación del uso de medicamentos y productos sanitarios en el SIBASI, sino también a la utilización que se hace de aquellos en todo el sistema de salud — público y privado—, pues, tal como lo expresó el MINSAL en el apartado 5.10 del documento antes mencionado, por el momento *no se ha creado un centro nacional de farmacovigilancia nacional que esté vinculado a la autoridad reguladora de medicamentos del país, ni un comité consultivo que proporcione asistencia técnica o evaluación de causalidad, de riesgos, investigación de casos y, en su caso, gestión y comunicación de crisis; por lo que tales atribuciones las debe realizar el citado ministerio. Y es que, al encontrarse tales actividades vinculadas a la provisión de una asistencia sanitaria de calidad, seguridad y eficacia a la población —parte del contenido del*

derecho fundamental a la salud— el MINSAL tiene ineludiblemente la obligación de realizar las acciones positivas pertinentes para ejecutar dichas funciones.

De ahí que la omisión o falta de diligencia en la adopción de las medidas necesarias para establecer la seguridad y eficacia y, en su caso, suspender el uso de un medicamento que esté siendo empleado en la población —por ejemplo, neonatal—, pese a existir evidencia científica de su nocividad, sospecha de fallos terapéuticos, RAM, etc., que podrían poner en peligro la salud, la calidad de vida e, incluso, en riesgo de muerte a la persona, conculcarían el derecho fundamental a la salud".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 32-2012, fecha de la resolución: 17/07/2015.

MOTIVACIÓN DE RESOLUCIÓN

CONTENIDO RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"IV. *1 A.* Tal como se sostuvo en las Sentencias de 26-VIII-2011 y 25-XI-2011, Amps. 253-2009 y 150-2009, respectivamente, *el derecho a una resolución de fondo motivada* –como manifestación concreta del derecho a la protección jurisdiccional– implica que tanto los jueces como los magistrados, al ejercer la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que les encomienda el art. 172 Cn., tienen el deber de pronunciarse sobre el objeto del proceso de manera definitiva y de justificar dicha decisión.

De lo anterior deriva que una de las maneras de potenciar los derechos de las personas, por parte de los aplicadores de la Constitución y de las leyes, es emitiendo resoluciones debidamente justificadas, de tal forma que, mediante los argumentos que en ellas se expresen, se conozcan las razones de la decisión y exista la posibilidad de controvertirla. Ello porque la obligación de justificación no persigue el cumplimiento de un mero formalismo procesal o procedimental; al contrario, su observancia permite a los justiciables conocer las razones en las que se basó la autoridad, asegurando de esta manera una decisión conforme a la Constitución y a las leyes y potenciando una adecuada defensa.

B. Asimismo, esta Sala ha sostenido –*v.gr.,* en la Sentencia del 12-VIII-2002, Amp. 604-2001– que una de las manifestaciones del derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional es el *derecho a una resolución congruente,* es decir, una en la que exista ajuste entre la decisión y las peticiones formuladas por las partes.

La falta de congruencia en una decisión puede manifestarse de las siguientes formas: *(i)* cuando el pronunciamiento recae sobre un tema que no está incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se ha vedado a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes para su defensa; *(ii)* cuando no se deciden todos los puntos objeto de debate ni se da respuesta a una pretensión de la parte, siempre que el silencio no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita; y *(iii)* cuando se resuelve cosa distinta de lo pedido por ambas partes, omitiendo así un pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en el proceso.

Finalmente, resulta importante aclarar que, si bien el deber de emitir una decisión congruente debe ser observado por el órgano competente al resolver la pretensión, aquel permea la estructura misma de la actividad jurisdiccional y no jurisdiccional. Por ello, no solo debe predicarse de la decisión de fondo, sino también de cualquier otro pronunciamiento que incida en los derechos, deberes, cargas y expectativas de las partes al interior del proceso".

EXISTENCIA DE VULNERACIÓN CONSTITUCIONAL AL REALIZARSE UNA FUNDAMENTACIÓN CONTRADICTORIA

"*2.* Establecido lo anterior, corresponde verificar si las autoridades demandadas vulneraron los derechos invocados por el pretensor.

A. a. Respecto a la primera actuación contra la que se reclama, se encuentra incorporada al proceso certificación de la demanda planteada por el señor [...] en el proceso individual ordinario de trabajo ref. 03417-12-IO-2LB1, mediante la cual manifestó al Juez Segundo de lo Laboral de esta ciudad que desde el 10-VI-1997 había laborado como motorista en la [...]de R.L., pero que el día 6-XII-2011 el señor [...], portero del estacionamiento donde se guardan los autobuses de dicha asociación, le expresó que, a partir de ese momento, quedaba despedido de su trabajo y no podía ingresar a sacar el bus que manejaba; además, le impidió el ingresó a las instalaciones del centro de trabajo. Dicho despido, en su opinión, no producía efectos jurídicos porque él tenía calidad de directivo sindical. Por tal razón, pidió a dicha autoridad judicial que: *(i) admitiera su demanda; (ii) citara a conciliación al representante legal de la asociación antes mencionada; y (iii) en caso de que no llegasen a ningún acuerdo, condenara en sentencia definitiva al pago de salarios no devengados por causa imputable al patrono desde el 6-XII-2011 hasta que concluyera su año de fuero sindical.*

b. Por otra parte, se observa que en la sentencia pronunciada el 7-II-2013 el citado funcionario judicial declaró improponible la demanda antes relacionada, en virtud de que, a su juicio, del marco fáctico expuesto se infería un despido de hecho comunicado al trabajador por un tercero, a pesar de que, según el art. 55 del CT, el despido solo se perfecciona cuando la comunicación se realiza de forma escrita y firmada por el patrono o alguno de sus representantes, situación que no ocurrió en el caso concreto, por lo que el despido no produjo efectos jurídicos.

c. Ahora bien, en la fundamentación de la referida decisión se advierte una serie de incongruencias.

En primer lugar, el juzgador, para fundamentar el rechazo, sostuvo que el despido de hecho de un directivo sindical no genera el derecho al pago de la correspondiente indemnización, debido a que, para él, opera el art. 464 del CT, norma específica que muta o cambia esos efectos y los transforma en salarios no devengados por causa imputable al patrono. Sin embargo, la petición planteada por el actor claramente estaba dirigida a solicitar el pago de salarios no devengados por causa imputable al patrono, no una indemnización por despido injustificado.

En segundo lugar, según la resolución impugnada, el peticionario había señalado que el señor [...] le manifestó "que no podía ingresar a sacar el bus que manejaba", lo cual permitía concluir que al demandante no se le proporcionó la herramienta útil y adecuada para desempeñar el trabajo convenido, tal y como estipula el art. 29 ord. 3° del CT, en consecuencia, no era correcto invocar un despido indirecto. No obstante, el pretensor en ninguna parte de su demanda efectuó una alegación en ese sentido.

Finalmente, se advierte que dicha autoridad afirmó que el trabajador "puede reclamar legalmente el pago de salarios no devengados por culpa imputable al patrono, en el entendido [...] que el nexo laboral existente entre las partes intervinientes aún se mantiene, puesto que jamás se ha disuelto", pero de forma incongruente declaró improponible la demanda y omitió pronunciarse precisamente sobre este punto de la pretensión, a pesar de que el actor en su escrito de demanda solicitó, de forma expresa y clara, que en sentencia se condenara a la asociación demandada a pagarle los salarios no devengados por causa imputable al patrono desde el 6-XII-2011 hasta que concluyera su año de fuero sindical. Lo anterior, además, sin haber entrado a valorar la prueba aportada por las partes.

d. De lo antes expuesto, se colige que *efectivamente la referida autoridad judicial efectuó una fundamentación contradictoria en la sentencia pronunciada en el proceso individual ordinario de trabajo ref. 03417-12-IO-2LB1, lo cual vulneró los derechos a una resolución de fondo motivada y congruente –como manifestación del derecho a la protección jurisdiccional–, a la estabilidad laboral y a la libertad sindical del actor, por lo que deberá amparársele respecto de este punto de la pretensión.*

B. a. Con relación al segundo acto impugnado, se aprecia que en el recurso de apelación planteado por el señor [...] ante la Cámara Primera de lo Laboral alegó la falta de argumentación y fundamentación de la sentencia pronunciada por el Juez Segundo de lo Laboral de San Salvador. No obstante, dicho tribunal, en la sentencia emitida el 29-VII-2013, se limitó a repetir los argumentos formulados por dicho juez, en el sentido de que el despido alegado por el trabajador fue comunicado por persona diferente al patrono o sus representantes, es decir, por un sujeto sin facultades para el ejercicio de dirección dentro de la empresa o establecimiento, a pesar de que la comunicación de despido debe efectuarse por escrito y ser firmada por quien tiene esa potestad, y dado que en la relación de los hechos de la demanda y en los autos del proceso no constaba dicha comunicación para tener por establecido el despido, compartía los argumentos sustentados por el juez *a quo.*

b. Por ello, en relación con este punto se logra establecer que *la Cámara Primera de lo Laboral de esta ciudad también ha conculcado el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente –como manifestación del derecho a la protección jurisdiccional–, a la estabilidad laboral y a la libertad sindical del actor, por lo que también deberá amparársele respecto de este punto de la pretensión.*

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucio-

nal. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración de la SCA al derecho a una resolución de fondo motivada y congruente del demandante, el efecto restitutorio deberá concretarse en *dejar sin efecto* las sentencias de 7-II-2013 y 29-VII-2013, pronunciadas por el Juez Segundo de lo Laboral de San Salvador Juez Primero de lo Mercantil de San Salvador y la Cámara Primera de lo Laboral, ambos de esta ciudad, por lo que dicha autoridad deberá pronunciar la decisión que conforme a Derecho corresponda sobre dicho punto atendiendo los parámetros establecidos en esta sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 797-2013, fecha de la resolución: 26/10/2015.

NULIDAD DE DESPIDO PREVISTO EN LA LEY DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL

INEXISTENCIA DE TRÁMITE PREVISTO EN LA LEY PARA EJERCER DEFENSA

"a. En el presente caso, dado que el nombramiento del demandante se encontraba determinado bajo el régimen laboral contenido en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, esta era la normativa aplicable para efectuar la tramitación de cualquier procedimiento previo a destituirlo del cargo que desempeñaba, pues en ella se establece un procedimiento específico para garantizar el derecho de audiencia de los servidores públicos que laboran en los distintos municipios del país.

En ese sentido, aunque el Concejo Municipal de San Salvador pretendió llevar a cabo un procedimiento previo a ordenar la remoción del pretensor, dicho trámite no puede sustituir el previsto en el art. 71 de la LCAM, sobre todo porque este último es un presupuesto legal para imponer la sanción de despido cuando se verifica alguna de las causales para su procedencia y, además, se realiza ante una autoridad distinta e imparcial —un juez con competencia en materia laboral de la respectiva localidad— y reviste sustanciales garantías de defensa

para el servidor público municipal —*v. gr.* un plazo de seis días para contestar la demanda y otro del mismo término para aportar prueba—.

b. Por consiguiente, en virtud de que con la documentación incorporada a este proceso *se ha comprobado que al señor René Bernardo G. V. no se le tramitó, previo a ser destituido de su cargo, el procedimiento prescrito por la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, dentro del cual se le permitiera ejercer la defensa de sus intereses, se concluye que el Concejo Municipal de San Salvador vulneró los derechos de audiencia, defensa y a la estabilidad laboral del referido señor, por lo que es procedente ampararlo en su pretensión.*

a. Por otra parte, con la prueba aportada al proceso se ha acreditado que el demandante promovió ante el Juez Tercero de lo Laboral de esta ciudad un proceso de nulidad de despido, con base en el art. 74 de la LCAM. Sin embargo, si bien el referido funcionario admitió la demanda, posteriormente declaró su incompetencia para conocer del reclamo planteado, pues consideró que, en virtud de la calidad de jefe que tenía el actor, este se encontraba excluido de la carrera administrativa municipal, según la interpretación que realizó del art. 2 n° 2 de la LCAM.

b. Sobre la aludida declaratoria de incompetencia, se advierte que el citado juez determinó la naturaleza del cargo que desempeñaba el pretensor —el cual catalogó como de confianza política— en atención a la participación que este tenía en la ejecución del plan de gobierno presentado al electorado, concretamente en el área financiera, y a una de las funciones que realizaba, específicamente la de implementar las políticas y lineamientos sobre los recursos financieros emanados de las máximas autoridades de la municipalidad, de lo cual concluyó que el ejercicio del aludido cargo conllevaba el "derecho de mando, iniciativa y decisión" sobre el grupo de personas a su cargo y de la unidad administrativa de la cual era responsable".

ERRÓNEA CALIFICACIÓN DEL CARGO DE CONFIANZA

"De lo anterior se colige que el Juez Tercero de lo Laboral de esta ciudad catalogó al cargo que ejercía el demandante como de "confianza política" atendiendo únicamente a su denominación y a una de las funciones que este realizaba, sin tener en cuenta, por una parte, que dicha función consistía básicamente en implementar directrices que emanaban de la Comisión de Mercados, del Alcalde, del Gerente General y del Gerente de la Administración Municipal de Mercados y, por otra, el nivel en el que ese cargo se encontraba posicionado en la escala organizativa de la municipalidad de San Salvador.

De este modo, el aludido juez incurrió en una interpretación errónea, ya que —como se acotó *supra*— para determinar si un cargo es o no de confianza debe atenderse, más que a su denominación —jefe, gerente, director o administrador, entre otras—, a si en él concurren todas o la mayoría de las características siguientes: *(i)* que el cargo es de alto nivel; *(ii)* que el cargo implica un grado mínimo de subordinación al titular de la institución; y *(iii)* que el cargo implica un vínculo directo con dicho titular. Ello bajo los términos específicos detallados en el Considerando IV.1.C de esta resolución.

Asimismo, con la certificación de la resolución pronunciada por la Cámara Segunda de lo Laboral de San Salvador el 12-III-2010, se comprobó que esta compartió el criterio del juez *a quo* referente a que el cargo que desempeñaba el actor es de confianza.

Concretamente, sostuvo que si bien el pretensor no era el encargado de la protección del patrimonio municipal y tampoco tenía la calidad de jefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, sus funciones eran muy similares a las que desempeñan los titulares de dichos cargos, pues consistían en coordinar, dar seguimiento y controlar la ejecución de los planes y programas orientados a la facturación, contabilidad, presupuesto y tesorería, así como dar seguimiento y control de los ingresos y egresos de la administración.

A partir de lo antes expuesto se infiere que la Cámara Segunda de lo Laboral de San Salvador —al igual que el Juez Tercero de lo Laboral de esta ciudad— omitió analizar la estructura orgánica de la municipalidad de San Salvador y la clase de relación que el pretensor tenía con los fondos municipales, con lo cual hubiera podido determinar el mínimo grado de discrecionalidad que el actor tenía en la toma de decisiones y que las funciones desarrolladas por aquel eran en su mayoría técnicas.

De lo antes expuesto se colige que las autoridades judiciales demandadas inobservaron lo prescrito en el art. 219 de la Cn. y la jurisprudencia constitucional en la que se ha interpretado el contenido de esa disposición y fijado los criterios para determinar qué servidores públicos no tienen la titularidad del derecho a la estabilidad laboral, en atención a la naturaleza de los cargos que desempeñan.

En consecuencia, en virtud de que con la documentación incorporada a este proceso *se ha comprobado que el Juez Tercero de lo Laboral de San Salvador negó indebidamente al señor René Bernardo G. V. la posibilidad de controvertir el despido del que fue objeto mediante el proceso de nulidad regulado en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal y que la Cámara Segunda de lo Laboral de esta ciudad confirmó la decisión adoptada por el referido juez, se concluye que las autoridades judiciales demandadas vulneraron los derechos de acceso a la jurisdicción y a la estabilidad laboral del señor G. V., por lo que es procedente ampararlo en su pretensión.*

3. A. a. *Finalmente, en consonancia con lo anterior, es preciso aclarar que esta Sala no ha exigido como requisito de procedencia de la pretensión de amparo el agotamiento de la nulidad de despido regulada en los arts. 74 y 75 de la LCAM en los casos en que esta resulta procedente, debido a la enunciación abierta y ejemplificativa que el legislador utilizó en la formulación del art. 2 n° 2 de la LCAM. Sin embargo,* es incuestionable que el mencionado proceso de nulidad despido ha sido configurado como un mecanismo para que el servidor público municipal que haya sido despedido sin tramitársele previamente el proceso regulado en el art. 71 de la LCAM obtenga la tutela jurisdiccional que le permita ejercer la defensa de sus derechos y conservar su puesto de trabajo, siempre que por la naturaleza de sus funciones el cargo desempeñado no sea de confianza.

A PARTIR DEL PRESENTE FALLO DEBE CONSIDERARSE LA NULIDAD DE DESPIDO REGULADA EN LA LEY DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL, UNA VÍA IDÓNEA Y EFICAZ PARA SUBSANAR EVENTUALES LESIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPALES QUE HAYAN SIDO SEPARADOS DE SUS CARGOS, SIN LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO REGULADO EN LA ALUDIDA LEY

En efecto, los jueces que conforme a la Ley de la Carrera Administrativa Municipal y la Ley Orgánica Judicial deben conocer de los procesos de nulidad de despido son competentes para determinar, observando los parámetros que este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia al precisar el contenido del derecho a la estabilidad laboral reconocido en el art. 219 de la Cn., si el cargo desempeñado por el servidor público municipal despedido debe o no ser catalogado como de confianza y, por tanto, si la persona que lo ejerce es o no titular de dicho derecho.

Por consiguiente, a partir del presente fallo debe considerarse la nulidad de despido regulada en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal una vía idónea y eficaz para subsanar eventuales lesiones de los derechos fundamentales de los servidores públicos municipales que hayan sido separados de sus cargos sin la tramitación del proceso regulado en la aludida ley. *Por ello, su* exigibilidad es indispensable para cumplir con lo preceptuado por el art. 12 inc. 3° de la L.Pr. Cn. y, por ende, al no verificarse tal circunstancia, la queja planteada no cumplirá con uno de los requisitos necesarios para la eficaz configuración de la pretensión de amparo.

Ahora bien, *dado que el referido criterio jurisprudencial se establece con precisión a partir del presente fallo, no debe aplicarse a los reclamos incoados previo a su adopción ni a aquellos casos en que su cumplimiento sea imposible por haber transcurrido a esta fecha el plazo legalmente prescrito para su interposición, pero sí deberá ser requerido desde este momento a aquellas personas que planteen sus pretensiones de amparo y se hayan encontrado habilitadas para agotar dicha vía procesal.*

B. a. Teniendo en cuenta lo anterior, los jueces con competencia para conocer del proceso de nulidad de despido regulado en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal deberán atender, tanto para determinar su competencia objetiva como para resolver el fondo de la pretensión planteada, los parámetros establecidos en la jurisprudencia de esta Sala respecto al derecho a la estabilidad laboral regulado en el art. 219 de la Cn. y, con base en dichos parámetros, analizar las funciones específicas que desempeñaba el servidor público municipal destituido, a efecto de determinar si el cargo que ocupaba era o no de confianza.

b. Asimismo, las cámaras que conocen en segunda instancia de los procesos tramitados de conformidad con el mencionado cuerpo legal son competentes para analizar, al resolver los recursos que se les planteen, si el juez ante quien se presentó la demanda tenía competencia para conocer del asunto y si el cargo que desempeñaba el servidor municipal era o no de confianza.

En efecto, las referidas cámaras tienen un papel fundamental en la protección de los derechos de acceso a la jurisdicción y a la estabilidad laboral de

dichos servidores públicos, ya que, por una parte, al resolver el recurso de apelación previsto en el art. 45 del C.Pr.C.M. —el cual procede contra las decisiones de los jueces de primera instancia en las que se declaren incompetentes—, pueden ordenar a los jueces de lo laboral que den el trámite correspondiente a las demandas cuando estas hayan sido rechazadas debido a una errónea interpretación del art. 2 n° 2 de la LCAM; y, por otra, al conocer el recurso de revisión previsto en el art. 79 de la LCAM, tienen la posibilidad de brindarle al servidor público municipal la tutela que le permita conservar su empleo, siempre que ello resulte acorde a la jurisprudencia que esta Sala ha desarrollado en relación con el contenido del art. 219 de la Cn.

VI. Determinadas las vulneraciones constitucionales derivadas de las actuaciones de las autoridades demandadas, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el caso particular, si bien en el auto de admisión del presente amparo no se suspendieron los efectos de los actos atribuidos a las autoridades demandadas, el derecho cuya vulneración se constató en esta sentencia es el de estabilidad laboral de un servidor público perteneciente a la carrera administrativa municipal, en virtud de la cual se garantizan la continuidad y las posibilidades de promoción del elemento humano al servicio de los municipios.

Al respecto, el art. 75 de la LCAM establece el trámite que se puede seguir cuando un funcionario o empleado municipal haya sido despedido sin haberse seguido el procedimiento establecido en esa ley. Una de las características principales de dicho procedimiento es que el o los funcionarios responsables del despido que se haya declarado ilegal —el Alcalde, Concejo Municipal o cualquier otra autoridad administrativa— responderán por su cuenta del pago de “los sueldos dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha en que se cumpla la sentencia”; por lo que la participación de aquellos en el referido trámite la efectúan no solo como funcionarios públicos, sino también en su carácter personal.

A diferencia de dicho procedimiento, el amparo está configurado legal y jurisprudencialmente como un proceso declarativo-objetivo, que tiene como fin la reparación de derechos fundamentales y no el establecimiento de responsabili-

dades subjetivas. Por ello, las autoridades que intervienen en este tipo de proceso constitucional como demandadas lo hacen únicamente en defensa del acto impugnado y no en su carácter personal.

En ese sentido, a pesar de que el régimen jurídico de la carrera administrativa municipal cuenta con una disposición que regula el restablecimiento del derecho a la estabilidad laboral del servidor público a quien le ha sido vulnerado, *el citado precepto legal —relativo al supuesto específico de nulidad de despido, declarada por el Juez de lo Laboral o el Juez competente en esa materia del Municipio de que se trate— no es congruente con las características propias del proceso de amparo y, por ello, no puede ser aplicado a este tipo de casos, lo cual obliga a acudir al régimen normativo que regula la carrera administrativa en general y aplicar por analogía el art. 61 inc. 4° de la Ley de Servicio Civil, a efecto de remediar la transgresión ocasionada a los derechos del demandante.*

Por otro lado, en lo que concierne al efecto material de la presente decisión, debe recordarse que el objetivo directo e inmediato que persigue este tipo de proceso es el restablecimiento de los derechos que le fueron vulnerados a la persona que solicita el amparo. Así, en casos como el que ahora nos ocupa, el efecto material que debe conllevar la reparación integral de los derechos conculcados a la parte actora es el reinstalo en el puesto de trabajo que desempeñaba al momento de ser destituido o a uno de igual categoría y clase. Ahora bien, la posibilidad de ordenar dicho reinstalo depende de las circunstancias particulares de cada caso planteado, ya que en algunos, debido a la total consumación de los efectos del acto reclamado, es imposible el retorno de las cosas al estado en que se encontraban al momento de la afectación constitucional acaecida.

Uno de los elementos que posibilitan ordenar una reparación material íntegra —el reinstalo— en estos casos es *el tiempo transcurrido entre la concreción de la afectación constitucional (o, en su caso, la emisión de la última actuación que conoció de dicha afectación) y la presentación de la demanda de amparo.* Por consiguiente, cuando se advierta que el plazo transcurrido para la presentación de la demanda excedió los límites de la razonabilidad, sin que existiera actividad alguna de parte del agraviado o que obraran a su favor causas que justificaran dicha inactividad, no resulta procedente ordenar su reinstalo.

c. En el presente caso, se comprobó que en virtud del Acuerdo n° 9.14, de fecha 1-IX-2009, el actor fue removido de su cargo sin la tramitación previa de un procedimiento. Asimismo, se advierte que el último pronunciamiento que hubo en sede ordinaria sobre el despido del actor se emitió por la Cámara Segunda de lo Laboral de esta ciudad el 12-III-2010 y que el peticionario presentó el 10-II-2012 la demanda que dio inicio a este proceso de amparo, solicitando la tutela de sus derechos fundamentales.

A partir de lo anterior se observa que, entre la fecha en la que se emitió la resolución de la referida Cámara y la de presentación de la demanda que originó este proceso de amparo, el peticionario dejó transcurrir un año y once meses antes de requerir la tutela de sus derechos fundamentales en esta sede, motivo por el cual se concluye que dicho plazo es irrazonable y, por tanto, no es procedente ordenar su reinstalo en el puesto que desempeñaba o en uno de igual categoría y clase.

En consecuencia, dado que el pretensor fue separado de su cargo sin que el Concejo Municipal de San Salvador respetara los procedimientos y causas legalmente previstas para ello, *el efecto de la presente sentencia de amparo consistirá en ordenar que se cancelen al peticionario los salarios que dejó de percibir, siempre que no pasen de tres meses, tal como lo prescribe el art. 61 inc. 4° de la Ley de Servicio Civil.*

En ese sentido, debido a que el pago de los salarios caídos es susceptible de ser cuantificado, el aludido Concejo Municipal debe hacerlo efectivo cargando la respectiva orden de pago del monto de los salarios y prestaciones respectivos al presupuesto vigente de la municipalidad o, en caso de no ser esto posible por no contarse con los fondos necesarios, emitir la orden para que se incluya la asignación respectiva en la partida correspondiente al presupuesto del ejercicio siguiente.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., *la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de la vulneración de derechos constitucionales constatada en esta sentencia directamente en contra de las personas que integraron el Concejo Municipal de San Salvador y contra las personas que desempeñaron los cargos de Juez Tercero de lo Laboral y de Magistrados de la Cámara Segunda de lo Laboral, ambos de esta ciudad, cuando ocurrieron las referidas vulneraciones.*

Ahora bien, al exigir el resarcimiento del daño directamente a las personas que fungían en los cargos aludidos, independientemente de que se encuentren o no en el ejercicio de los mismos, deberá comprobárseles en sede ordinaria que incurrieron en responsabilidad civil, por lo que en el proceso respectivo se tendrá que demostrar: *(i)* que la vulneración constitucional ocasionada por sus actuaciones dio lugar a la existencia de tales daños —morales o materiales—; y *(ii)* que dicha circunstancia se produjo con un determinado grado de responsabilidad —dolo o culpa—. Asimismo, deberá establecerse en dicho proceso, con base en las pruebas aportadas, el monto estimado de la liquidación que corresponda, dependiendo de la vulneración acontecida y del grado de responsabilidad en que se incurrió en el caso particular.

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 84-2012, fecha de la resolución: 13/03/2015.

Relaciones:

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 82-2012, fecha de la resolución: 13/03/2015.

PENSIÓN POR INVALIDEZ DE ADSCRITOS AL IPSFA

RÉGIMEN DE APLICACIÓN EN CUANTO A PENSIONES

"2. A. a. En el caso particular del personal de la institución castrense, el art. 112 de la Ley de la Carrera Militar prescribe que aquel estará adscrito al sistema previsional determinado por las leyes y los reglamentos del IPSFA, del Hospital Militar Central y los de aquellas instituciones que sean creadas para tal fin. Así,

el art. 3 de la Ley del IPSFA señala que el régimen en cuestión se aplicará a todo militar, funcionario o empleado que esté *de alta* en la FA, con independencia de la forma de su nombramiento y del pago de su salario.

Aunado a lo anterior, de conformidad con los arts. 5 y 12 letras "g" y "j" de la Ley del IPSFA, el Consejo Directivo y la Gerencia General del instituto son las autoridades superiores, siendo la primera competente para resolver sobre la concesión de las prestaciones sociales y beneficios contemplados en la ley; facultad que podrá delegar cuando lo estime conveniente a la gerencia en cuestión. Asimismo, el consejo está facultado para conocer las peticiones y los recursos de los afiliados y sus beneficiarios.

b. Entre las prestaciones que otorga el instituto se encuentra la *pensión de invalidez,* a la cual, de acuerdo con el art. 19 de la Ley del IPSFA, tendrá derecho el afiliado que, a consecuencia de una enfermedad o accidente, contraída o sufrido en actos del servicio o fuera de él, y después de haber recibido las atenciones médicas pertinentes, haya perdido o disminuido su capacidad para el trabajo. Dicha inhabilidad será determinada por la CTI, quien deberá tomar en cuenta los antecedentes profesionales, la naturaleza y gravedad del daño, la edad y demás elementos que permitan medir el grado en que se ha afectado las facultades o aptitudes del sujeto para desarrollar sus labores en el campo al que estaba asignado o en cualquier otro de la FA, especificando si se trata de una incapacidad permanente o temporal, ya sea total o parcial (art. 22 de la Ley del IPSFA).

c. Según el art. 20 de la Ley del IPSFA, cuando se declaré la invalidez permanente con el 60% o más de incapacidad, el afiliado tendrá derecho a una *pensión de invalidez* equivalente al 40% del salario básico mensual, más el 2% de dicho salario por cada año completo de cotización, salvo que la invalidez hubiera ocurrido en actos del servicio o a consecuencia directa de los mismos, en cuyo caso será del 100%.

Ahora bien, de conformidad con el art. 58-B inc. 2° de la Ley del IPSFA, cuando la CTI dictamine que el afiliado adolece de un grado de invalidez mayor al 20% y menor al 60%, y necesite rehabilitación profesional y desee continuar en el servicio militar, tendrá derecho a que se le otorgue un *subsidio mensual* equivalente al establecido en el art. 20 de la citada ley. Dicha prestación social es de carácter temporal, pues su goce se sujeta al tiempo que resulte razonable para el cumplimiento de su proceso de rehabilitación, el cual no podrá exceder de veinte meses y comenzará desde el momento que el afiliado ingrese al CERPROFA, en donde se le instruirá sobre los derechos y obligaciones que tendrá como alumno, tal como señala el art. 55 del Reglamento General de la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada (RGLIPSA).

Cabe señalar, además, que el Consejo Directivo del IPSFA podrá disminuir o suspender el pago de la prestación social en cuestión cuando el afiliado no se haya incorporado al proceso de rehabilitación profesional del CERPROFA o lo haya abandonado sin causa justificada.

Por otra parte, los arts. 58-B de la Ley del IPSFA y 54 de su reglamento establecen que podrá concederse al derecho habiente una *indemnización por pago único* cuando, además de comprobarse que la invalidez fue causada por actos del servicio o a consecuencia de estos, desea retirarse definitivamente de

la institución castrense, y la CTI ha dictaminado que adolece de una invalidez: *(i)* menor al 20%; *(ii)*mayor al 20% y menor al 60%, pero no es necesaria la rehabilitación profesional; y *(iii)* igual a la anterior y, pese haber finalizado el proceso de rehabilitación, se determina que el afiliado tendrá una invalidez permanente parcial. En el último supuesto, la indemnización se entregará solo si aquel se ha sometido al tratamiento médico respectivo y si no tiene derecho a pensión ni se encuentra gozando de subsidio.

d. Es pertinente mencionar que el art. 58-A de la citada ley regula que el IPSFA tendrá a su cargo los programas de rehabilitación profesional para los afiliados con alguna minusvalía, a fin de que puedan incorporarse al sector laboral. No obstante, tal asistencia también podrá prestarse al personal de la FA que, por circunstancias especiales, no cotice al citado instituto y a las personas que sean remitidas a centros especializados por instituciones que carecen del aludido servicio".

PROCEDIMIENTO DE PARA LA CONCESIÓN DE DICHAS PENSIONES

"*B.* Respecto al procedimiento de concesión de tales beneficios, de acuerdo con el art. 123 de la Ley del IPSFA, el afiliado en servicio activo que desee obtener pensión militar –de retiro o invalidez– debe realizar su solicitud por el conducto regular, para que esta sea remitida al IPSFA, quien, con base en el cómputo del tiempo de servicio y, en su caso, el grado de invalidez dictaminado por la CTI, se pronuncie sobre el otorgamiento de la prestación y su cuantía. Dicha resolución deberá ser notificada al interesado, a fin de que pueda oponerse a la decisión en un plazo no mayor de quince días.

Para el caso de las pensiones de invalidez, el art. 126 de la Ley del IPSFA establece que el afiliado presuntamente inválido es quien debe solicitar al instituto que la CTI evalúe su condición. Si el dictamen le es favorable podrá tramitar la pensión correspondiente; pero si está en desacuerdo con los resultados del aludido documento puede interponer recurso de apelación ante el Consejo Directivo del IPSFA, tal como señala el art. 127 letra b) de la citada ley.

En relación con ello, el art. 101 inc. 2° del RGLIPSFA prescribe que el tiempo para interponer el recurso de apelación en las pensiones de invalidez, específicamente contra el dictamen de la CTI ante el Consejo del IPSFA "será de quince días contados desde el siguiente al que se tenga conocimiento del mismo"".

PENSIÓN O SUBSIDIO DE CARÁCTER TEMPORAL DE LOS DERECHOHABIENTES

"C. a. Con fundamento en las consideraciones realizadas sobre el derecho a la seguridad social y las disposiciones legales relacionadas, se colige que el derechohabiente con un grado de invalidez mayor al 20% y menor al 60%, que necesite rehabilitación profesional y desee continuar dentro de la institución castrense, tiene derecho a una pensión o subsidio, de carácter temporal, cuya finalidad es la de coadyuvar con su sostenimiento y el de su familia durante el proceso de rehabilitación profesional hasta que, con el aprendizaje obtenido, pueda incorporarse a la actividad laboral. Por tal motivo, el legislador condiciona el goce

de la prestación social en cuestión a que el afiliado participe y concluya los programas de rehabilitación del CERPROFA, con la finalidad de que este recupere sus destrezas o desarrolle otras que le permitan continuar desempeñándose en su cargo o en el que se le reasigne dentro de la institución.

Ahora bien, si el derechohabiente no desea continuar en el servicio militar en ninguna de las dependencias de la institución castrense y no necesita rehabilitación, puede solicitar la indemnización –de pago único– a la que alude el art. 58-B inc. 3° de la Ley del IPSFA, con la cual podrá enfrentar las contingencias que se le presenten, mientras decide el rubro del sector laboral al que se incorporará.

En este punto, debe tenerse presente que si bien el subsidio mensual y la indemnización única tienen por objeto apoyar al derechohabiente con los recursos necesarios para enfrentar las contingencias derivadas de su invalidez, difieren en que en el primer supuesto el afiliado continuará prestando sus servicios dentro de la institución castrense, por lo que eventualmente se incorporará a sus actividades y continuará aportando al sistema previsional; mientras que en el segundo el sujeto desea desligarse de la institución, por lo que resulta razonable que la prestación a entregar sea por una sola vez".

FINALIDAD DEL SUBSIDIO MENSUAL Y TEMPORAL POR INVALIDEZ

"*b.* En ese sentido, si el reconocimiento del subsidio mensual y temporal por invalidez tiene por finalidad coadyuvar con el sostenimiento del afiliado mientras participa en el proceso de rehabilitación del CERPROFA, con el que se espera recupere o desarrolle otras habilidades que le ayuden a reincorporarse a la milicia, el pago de dicha prestación a quien no desea participar en tales programas pierde su fundamento. En todo caso, el régimen de seguridad social castrense reconoce a este último el derecho a una indemnización por pago único, por lo que, en tales circunstancias, no se estaría vulnerando el derecho a la seguridad social del derechohabiente que no desea continuar en la FA ni participar en los programas de rehabilitación del CERPROFA.

En consecuencia, en atención a la naturaleza y finalidad del aludido beneficio, este solo opera mientras la persona cumple con el proceso de rehabilitación del CERPROFA durante el tiempo legal establecido, pues con ello se espera que recupere o desarrolle otras habilidades y aptitudes para reincorporarse a la vida laboral".

BENEFICIO DE CRÉDITOS PERSONALES

"D. Otro de los beneficios que contempla el sistema previsional castrense es la posibilidad de conceder créditos personales o para la compra de viviendas a sus derechohabientes, los cuales serán reintegrados por medio de cuotas mensuales de monto constante, aplicables a los sueldos o pensiones de aquellos (arts. 75 y 90 de la Ley del IPSFA). No obstante ello, en caso de que el deudor se retire del IPSFA, el saldo del préstamo hipotecario podrá ser cancelado total o parcialmente con el fondo de retiro acumulado y si todavía quedara saldo pendiente se recuperará por los medios legales (art. 76 inc. 2° del RGLIP SFA).

De ahí que si el derechohabiente que opta por la indemnización del art. 58-B de la Ley del IPSFA tiene una deuda pendiente con el instituto en concepto de préstamo hipotecario, aquel podrá saldar el crédito con el importe que se le entregue como prestación".

LEY DE BENEFICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS LISIADOS Y DISCAPACITADOS A CONSECUENCIA DEL CONFLICTO ARMADO

"*D. a.* Aunado a lo anterior, los miembros de la institución castrense cuentan con la protección social que brinda el FOPROLID, en los términos señalados en la Ley de Beneficio para la Protección de los Lisiados y Discapacitados a Consecuencia del Conflicto Armado (LBPLDCCA). Así, de conformidad con los arts. 1 y 2 de la LBPLDCCA, el referido fondo tiene por objeto proveer prestaciones económicas y programas de rehabilitación e incorporación a la vida productiva a los combatientes y a los civiles que, a consecuencia del conflicto armado, sufrieron una discapacidad, para coadyuvar con las contingencias a las que se enfrentan y brindarles oportunidades de inserción social.

Según lo dispuesto en el art. 12 de la LBPLDCCA, el Gerente General del citado fondo es la autoridad competente para determinar el tipo de prestación a otorgar y, en su caso, el monto del beneficio, con base en las tablas existentes y el dictamen de la Comisión Técnica Evaluadora. Dicho ente colegiado establecerá el grado de discapacidad, el pronóstico de los daños, los mecanismos individuales a seguir para la rehabilitación –física y laboral– y la reinserción social y productiva del beneficiado.

b. De acuerdo con el art. 22 de la citada ley, los sujetos que serán beneficiados por el FOPROLID son los salvadoreños lisiados o discapacitados a consecuencia directa del conflicto armado en el país, aquellos que perdieron a sus hijos y los menores e incapaces que perdieron a sus padres por las mismas causas, *siempre y cuando no se hayan acogido a otros beneficios de programas o instituciones de gobierno similares a los otorgados por esta ley.*

Al respecto, el art. 24 de la LBPLDCCA prescribe que los beneficiados por el fondo que tuvieren derecho a otra prestación similar en cualquier sistema de seguridad social recibirán únicamente la diferencia que resultare a su favor y las prestaciones en servicio o especie contempladas en esta ley y sus reglamentos, que no recibieren en las otras instituciones.

Entre las aludidas prestaciones se encuentra el pago de pensiones periódicas que pueden ser de carácter temporal o vitalicio y beneficios adicionales como los programas de rehabilitación, aclarando que si aquellos no han logrado disminuir su discapacidad, tendrán derecho a una prestación de carácter vitalicio (art. 26 inc. 2° de la LBPLDCCA)".

SALUD DE LOS MIEMBROS DE LA INSTITUCIÓN CASTRENCE

"*3. A.* En relación con la salud de los miembros de la institución castrense, el art. 9 n° 5, letra c) de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada de El Salvador (LOFAES) prescribe que el Comando de Sanidad Militar –parte de las Unidades de

Apoyo Institucional– tiene a su cargo la dirección y ejecución de los programas de asistencia sanitaria, abastecimiento y mantenimiento de recursos, etc., dentro del cual se encuentran las unidades, centros hospitalarios y de enseñanza especializados cuya organización y funcionamiento se regulará en los reglamentos respectivos (arts. 65 y 67 de la LOFAES).

Así, de conformidad con los arts. 39 y 40 del Reglamento del Hospital Militar Central (RHMC), se brindará asistencia médico-hospitalaria en el citado nosocomio a derechohabientes, beneficiarios y civiles. En la primera categoría se encuentran –entre otros–: (i) el Presidente de la República y Comandante General de la FA; (ii) los oficiales y suboficiales de alta, pensionados o de baja, siempre que hubieren permanecido de alta en la FA con un mínimo de veinte años; (iii) los cadetes, administrativos y tropa de alta, así como sus pensionados; (iv) el personal en servicio militar discontinuo y reservistas que sufran lesiones al momento de ser llamados al servicio activo o al estar realizando actualización de destrezas, quienes recibirán atención médica únicamente por esas afecciones; (v) los oficiales, suboficiales, cadetes, tropa y administrativos, pensionados por invalidez por el IPSFA; y (vi) el personal de baja que haya sufrido lesiones en actos del servicio comprobado o estas sean consecuencia directa de ellos, el cual tendrá derecho a la atención medico hospitalaria, únicamente por esas afecciones”

RETIRO DEL SERVICIO MILITAR

“*B. a.* De acuerdo con el último supuesto, los miembros de la FA “de baja”, es decir, a quienes se les ha retirado del servicio militar y, a consecuencia de una enfermedad o accidente –padecida o sufrido en el ejercicio de sus funciones– adolecen de invalidez, tienen derecho a recibir la asistencia y el tratamiento terapéutico idóneo que requiera su condición y esté dentro de la cartera de servicios que brinda el Hospital Militar Central para su recuperación y rehabilitación, sin importar si aquellos tienen calidad o no de pensionados, *pues la citada disposición legal no hace diferencias y únicamente exige que las afecciones a tratar hayan sido provocadas por actos del servicio o sean consecuencias directas de ellos.*

En relación con ello, el art. 46 n° 6 del RGLIPSFA exige a los pacientes “de baja” lesionados en actos del servicio o como consecuencia directa del mismo, que no hubieren completado veinte años de alta en la FA, presentar constancia de lesión, de alta y baja, extendidas por la Unidad Militar en donde se encontraban de alta al momento de sufrir la afección, con el objeto de que sean inscritos en el Hospital Militar Central y puedan recibir la atención respectiva.

b. Es preciso aclarar que, de acuerdo con los arts. 58-B de la Ley del IPSFA, 46 n° 6 de su reglamento, 39 y 40 del RHMC, si bien la entrega al afiliado de la indemnización a la que alude el art. 58-B de la Ley del IPSFA tiene como resultado la desvinculación del sistema previsional castrense del beneficiado, ello no incide en su derecho a continuar recibiendo asistencia sanitaria en el Hospital Militar Central, por las afecciones que le fueron causadas por actos del servicio o como consecuencia directa de ellos.

En tales casos, el régimen normativo que rige la asistencia sanitaria castrense solo exige al paciente “de baja” que compruebe que sus afecciones son producto de actos del servicio y el tiempo que ha pertenecido a la institución castrense, con la documentación respectiva; por lo que *la negativa de las autoridades sanitarias a brindar la asistencia y el tratamiento médico idóneo y necesario al personal de baja en las condiciones antes expuestas vulneraría su derecho a la salud”.*

4. A. a. En relación con el argumento del pretensor referido a que la falta de notificación del dictamen de la CTI de fecha 29-VIII-1991 vulneró sus derechos a recurrir y a la seguridad social, por no haber tenido la oportunidad de oponerse a los resultados de dicho

dictamen y solicitar que se tomaran en cuenta las lesiones que sufrió en el servicio militar que también afectan su capacidad para el trabajo, debe señalarse que con la documentación antes relacionada se ha comprobado que el señor G., al solicitar al IPSFA la evaluación de su condición para que se le concediera una pensión por invalidez –mediante solicitud de fecha 26-I-1990–, solo se refirió a las lesiones que le fueron ocasionadas en actos del servicio en 1987, por lo que el dictamen cuya falta de notificación aduce, es decir, el emitido por la CTI en el proceso de reevaluación de la prestación social en cuestión, tenía por objeto revisar los datos aportados, los resultados obtenidos en el ,primer examen al que fue sometido y su condición actual, a fin de que el IPSFA valorara, entre otros aspectos, si debía continuar brindándosele tal beneficio.

b. Aunado a ello, de los escritos que dirigió al Consejo Directivo del IPSFA de fechas 29-I-1992 y 3-IX-1992, se colige que tuvo conocimiento de los resultados del dictamen en cuestión, incluso antes de que las autoridades del IPSFA emitieran una decisión sobre la continuidad del pago de la aludida prestación, pues expresó que la CTI había determinado que adolecía de un 43% de invalidez, lo cual le permitía tramitar la indemnización correspondiente.

Es preciso acotar que el pretensor no hizo alusión en los referidos escritos a la existencia de lesiones sufridas en el servicio militar que afecten su capacidad para el trabajo y, pese a ello, no fueron tomadas en cuenta por la CTI al dictaminar su grado de invalidez. Incluso tuvo la oportunidad de hacerlo y pedir que se dejara constancia de ello en el acta de notificación que suscribió en la Sección de Pensiones del IPSFA de fecha 3-IX-1992; sin embargo, no realizó ninguna acción orientada a tal fin.

c. Por el contrario, en la entrevista que le realizó la trabajadora social del CERPROFA, dentro del proceso de reevaluación de pensión de invalidez –que consta en la hoja de exploración laboral de fecha 21-X-1991–, calificó como “leves” las lesiones en cuestión, las cuales, de acuerdo con las hojas de consulta externa agregadas a su expediente clínico n° […], fueron atendidas oportunamente en el Hospital Militar Central, pero no se les dio seguimiento debido a que el actor no se presentó a las consultas de control programadas.

B. a. En perspectiva con lo expuesto, si bien en el presente proceso no se ha acreditado el medio empleado para notificar al señor R. A. G. el dictamen de fecha 29-VIII-1991, con la documentación antes relacionada se ha comprobado que el pretensor sí tuvo conocimiento del contenido del aludido documento, por

lo que, con base en art. 101 del RGLIPSFA, tuvo quince días –contados a partir del siguiente al que tuvo conocimiento del aludido documento– para interponer recurso de apelación ante el Consejo Directivo del IPSFA, pero este no hizo uso del referido medio de impugnación.

Y es que debe tenerse presente que la CTI hace una evaluación integral sobre la condición física y mental del afiliado para determinar si padece de algún grado de invalidez, considerando las afecciones significativas que inciden en su capacidad para el trabajo con independencia del origen de ellas; pues la causa de las lesiones tiene incidencia solo en el tipo de prestación social a la que el sujeto tendría derecho, de acuerdo con los arts. 19, 20 y 58-B de la Ley del IPSFA.

b. En consecuencia, dado que se ha comprobado que el señor R. A. G. tuvo conocimiento del dictamen de la CTI de fecha 29-VIII-1991 y, por tanto, la oportunidad de interponer el recurso de apelación respectivo ante el Consejo Directivo del IPSFA, de conformidad con el art. 101 del RGLIPSFA, *deberá desestimarse el presente amparo respecto a este punto de la pretensión.*

5. A. a. En cuanto al argumento formulado por el pretensor, en el sentido que las decisiones del Gerente General y del Consejo Directivo del IPSFA de suspenderle el subsidio mensual de invalidez que se le había otorgado, por no haber participado en el proceso de rehabilitación profesional del CERPROFA, habrían vulnerado su derecho a la seguridad social, pues las citadas autoridades –según afirma el actor– habrían acordado convalidar la capacitación auspiciada por el PNUD y la FAO en la que participó en 1992, se advierte que con la documentación antes valorada se ha comprobado que el peticionario prestó servicio militar y posteriormente se incorporó a la FA, causando alta en 1986 en el cargo de sargento administrativo hasta que en 1987, a consecuencia de un operativo militar, resultó con lesiones incapacitantes que motivaron al IPSFA a otorgarle una prestación social de carácter temporal por invalidez, lo cual se hizo de su conocimiento de acuerdo con el acta de notificación de fecha 5-IX-1990.

De conformidad con los arts. 19, 20 y 58-B de la Ley del IPSFA, se concedió al pretensor el beneficio en cuestión por padecer una invalidez mayor al 20% y menor al 60%, por el tiempo que tomaría su participación en alguno de los programas de rehabilitación del CERPROFA. Ello debido a que el fundamento determinante para gozar del aludido beneficio era coadyuvar con su sostenimiento, mientras recuperaba sus destrezas, aprendía o desarrollaba otras habilidades que le permitieran reincorporarse a la vida laboral.

Lo anterior debido a que el subsidio mensual al que alude el art. 58-B de la Ley del IPSFA tiene por finalidad que la persona reciba no solo una prestación económica sino también los medios necesarios –prótesis, equipo oftalmológico, rehabilitación física y profesional, etc.– para que su discapacidad deje de representar un impedimento para incorporarse a la actividad laboral, siendo este el motivo por el que se condiciona el goce de la referida prestación a la participación y finalización del interesado en los programas que se brindan en el CERPROFA, a fin de que el IPSFA pueda cerciorarse del cumplimiento de tal requisito.

b. Teniendo en cuenta lo anterior, con las actuaciones realizadas en el procedimiento de reevaluación del aludido beneficio, específicamente con la hoja de exploración laboral de fecha 21-X-1991, se ha establecido que el pretensor se

negó a participar en el proceso de rehabilitación profesional del CERPROFA y que durante el tiempo en que percibió el subsidio de invalidez se dedicó a la pesca artesanal, por lo que manifestó que se dedicaría a dicha actividad productiva.

De ahí que, con base en el art. 58-B de la Ley del IPSFA, frente a la negativa del pretensor de incorporarse al proceso en cuestión y expresar su deseo de separarse de la institución castrense, se procedió a tramitar la indemnización a la que alude dicho precepto, la cual fue abonada al saldo de su crédito hipotecario, de conformidad con lo prescrito en el art. 76 inc. 2° del RGLIPSFA.

c. En este contexto, el pretensor alegó que no se negó a incorporarse al proceso de rehabilitación profesional y que tenía un acuerdo verbal con el Gerente General, el Consejo Directivo del IPSFA y el Director del CERPROFA para que se le convalidara la capacitación que recibió en noviembre de 1992, patrocinada por CENDEPESCA, PNUD y FAO, por lo que, a su juicio, cumplió con el requisito al que alude el art. 58-B de la Ley del IPSFA para continuar gozando del subsidio mensual por invalidez; no obstante ello, se advierte que el demandante no incorporó ningún elemento probatorio con el que acreditara que dichas autoridades efectivamente habían autorizado tal situación, razón por la cual no puede establecerse la veracidad de su afirmación.

B. a. En perspectiva con lo antes expuesto, se ha comprobado que la suspensión del pago de subsidio por invalidez y la confirmación de tal decisión se debieron a que el pretensor no cumplió con las condiciones a las que se sujetaba el goce de esa prestación, de acuerdo con el art. 58-B de la Ley del IPSFA.

Aunado a ello, con la constancia de fecha 9-IV-2014, firmada por el Gerente General del FOPROLID, se ha constatado que el señor R. A. G. no ha dejado de percibir prestaciones sociales por parte del sistema de seguridad social castrense, pues el referido fondo le ha brindado una pensión mensual desde enero de 1995. Además, dicha entidad le ha proporcionado medicamentos, lentes bifocales, prótesis dental, aparato valplas bilateral superior e inferior y consultas médicas, así como incorporado en los proyectos de capacitación técnica y ocupacional que se imparten.

b. En consecuencia, dado que se ha establecido que los actos impugnados no conculcaron el derecho a la seguridad social del señor R. A. G., quien, además, continúa recibiendo prestaciones del régimen de seguridad social a través del FOPROLID, *resulta procedente desestimar el amparo de mérito en relación con la supuesta vulneración del derecho a la seguridad social.*

6. A. a. Sobre la presunta vulneración al derecho a la salud del pretensor, teniendo en cuenta las valoraciones expuestas en el Considerando V.3 de esta sentencia, se advierte que el demandante alegó que el Gerente General y el Consejo Directivo del IPSFA, al suspenderle el goce del subsidio mensual por invalidez, vulneraron su derecho a la salud, pues con ello ha perdido la calidad de derechohabiente y no puede recibir asistencia sanitaria en el Hospital Militar Central.

b. No obstante ello, de la interpretación conjunta de los arts. 3, 5, 12 letras “g” y “j” y 58-B de la Ley del IPSFA, 46 n° 6 del RGLIPSFA, 39 y 40 del RHMC, se colige que la dirección, administración y gestión del régimen de seguridad social castrense está a cargo del IPSFA, mientras que la asistencia sanitaria militar compete al Hospital Militar Central, el cual es una dependencia del Comando de

Sanidad Militar de la FA. De ahí que las autoridades del IPSFA no tienen la facultad de decidir si se debe brindar atención médico-hospitalaria a determinado derechohabiente o personal "de baja" en el referido centro de salud, siendo este el motivo por el cual en el Auto de fecha 6-IX-2013 se ordenó al Ministro de la Defensa Nacional y al Director del Hospital Militar Central dar cumplimiento a la medida cautelar ordenada en este proceso.

En efecto, consta en este proceso el Oficio n° 2177, de fecha 21-X-2013, firmado por el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de la Defensa Nacional, mediante el cual ordenó al Director del Hospital Militar Central brindar asistencia sanitaria al señor R. A. G.. Asimismo, corre incorporado el Oficio n° 972, de fecha 31-X-2013, mediante el cual el director del referido nosocomio informó al funcionario antes mencionado el cumplimiento de lo ordenado.

c. En este punto, debe insistirse en que, de acuerdo con los arts. 58-B de la Ley del IPSFA, 46 n° 6 de su reglamento, 39 y 40 del RHMC, la desvinculación del personal de la FA del sistema previsional castrense no *afecta su derecho a continuar recibiendo asistencia sanitaria en el Hospital Militar Central por las afecciones que le fueron causadas por actos del servicio o como consecuencia directa de ellos,* a quienes únicamente se exige la comprobación de que sus afecciones sean producto de actos del servicio con la documentación respectiva y la presentación de la constancia de alta y de baja correspondiente.

B. a. Con fundamento en las anteriores valoraciones y la documentación relacionada, se colige que la suspensión del subsidio mensual por invalidez no afectó el derecho a la salud del pretensor, pues este, conforme a la legislación antes relacionada, recibió –y tiene derecho a continuar recibiendo– asistencia sanitaria en el Hospital Militar Central. En ese sentido, *dado que se ha comprobado que las autoridades demandadas no han vulnerado el citado derecho, también resulta procedente desestimar este extremo de la pretensión.*

b. Finalmente, es necesario aclarar que como efecto de esta sentencia se debe garantizar la continuidad de la atención médico-hospitalaria que se brinda al señor R. A. G. en el Hospital Militar Central para atender las afecciones que padece a consecuencia de actos del servicio, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 n° 8 del RHMC, el personal de baja que haya sufrido algún tipo de lesión en actos del servicio comprobado o como consecuencia directa del mismo tiene derecho a recibir la asistencia y el tratamiento médico pertinente para atender las referidas afecciones; razón por la cual las autoridades del Ministerio de la Defensa Nacional y del referido centro hospitalario deberán continuar brindándole dicha asistencia.

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 8-2012, fecha de la resolución: 02/10/2015.

PENSIÓN POR RETIRO, JUBILACIÓN O VEJEZ

VEJEZ

"*1. A.* La *vejez* puede definirse como la etapa del proceso vital en la que el ser humano experimenta una disminución de sus fuerzas, ánimos, habilidades

o destrezas que le impiden o dificultan realizar las labores habituales de las que obtiene los ingresos necesarios para su sostenimiento y el de su familia. Dicha circunstancia motiva el descanso, retiro o jubilación del sujeto, esto es, el cese voluntario y formal de la prestación de sus servicios en el mercado laboral. Por ello, dentro del ámbito de protección del derecho a la seguridad social, la vejez se perfila como una contingencia que requiere la previsión de mecanismos que aseguren al individuo, en esas condiciones, la provisión de los recursos materiales o económicos suficientes para el disfrute de una vida digna.

B. La *pensión por retiro, jubilación o vejez* puede definirse como la prestación de carácter económico que busca reemplazar los ingresos dejados de percibir por la persona al retirarse de su vida productiva a causa de su avanzada edad, con la que suele mermar las fuerzas y/o capacidades físicas para realizar ciertas actividades, ello con el objeto de que aquella y su familia puedan conservar el estándar y la calidad de vida alcanzados.

Al acontecer esas circunstancias surge en el trabajador *el derecho a gozar de un descanso justificado como contrapartida de lo que ha aportado durante su vida activa, percibiendo durante su jubilación un ingreso equivalente o, por lo menos, proporcional a las ganancias que solía adquirir, por cuenta propia o en concepto de salario, con el cual pueda disfrutar de una vida digna en su etapa de retiro.* Por tanto, dicha prestación social tiene por finalidad coadyuvar con la persona *cuando deba enfrentar las consecuencias derivadas de su vejez, que la llevan al cese de la prestación de sus servicios laborales.*

C. Atendiendo a las características de la contingencia a prever y la finalidad que se persigue con la pensión de vejez, la concesión de la referida prestación, además de verse condicionada por los lineamientos establecidos en el art. 220 de la Cn. —es decir, el tiempo de prestación del servicio y los años de cotización—, necesariamente se asocia al cumplimiento de cierta edad que deberá ser prescrita por el legislador, lo cual no impide el establecimiento de otros requerimientos, siempre y cuando estos no lleven a la anulación o restricción absoluta del goce de la prestación.

D. En definitiva, la regulación normativa de las circunstancias de tiempo y forma en las que puede concederse el goce de una pensión de vejez debe atender no solo al tipo de contingencia de que se trata, a la finalidad que se persigue con dicha prestación y a los lineamientos contemplados en el art. 220 de la Cn., *sino también a la naturaleza y a las características propias de los medios o mecanismos que se han implementado para asegurar el disfrute de la referida prestación social".*

SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"2. *A.* El art. 50 inc. 2° de la Cn. establece que el servicio público de la seguridad social "será prestado por una o varias instituciones que deben guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos", sin especificar si la operativización y administración de los fondos destinados a la seguridad social estarán en manos exclusivamente del Estado —a través

de alguna institución o entidad de carácter público— o del sector privado —reservándose aquel las facultades de control, vigilancia y fiscalización—; por lo que corresponde al Estado diseñar, regular e implementar los mecanismos que mejor respondan a la demanda social de este servicio.

La necesidad de cumplir con ese postulado constitucional llevó al Estado a crear distintos regímenes jurídicos para los trabajadores del sector privado y para los del sector público, así como otro de carácter especial al que se sujetan los miembros de la institución castrense; ello con el objeto de regular, tomando en consideración las particularidades de los servicios prestados, los parámetros, requisitos y procedimientos para la obtención de beneficios o prestaciones sociales frente a las contingencias de la invalidez, vejez y muerte. Así, se crearon diferentes instituciones de carácter público, a quienes se encomendó la atribución de captar fondos, administrar y verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para conceder el goce de una pensión. Entre las referidas entidades se encuentran el INPEP, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS) y el IPSFA".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 450-2012, fecha de la resolución: 21/01/2015.

PENSIÓN POR VEJEZ

NO DEBE CONFUNDÍRSELE CON UN MECANISMO EN VIRTUD DEL CUAL LOS SUJETOS PUEDAN LUCRARSE

"*1.* El peticionario pretende someter a control constitucional la decisión de la Junta Directiva de la Facultad de Ciencias Económicas de la UES de no renovar o prorrogar su contratación y producir con ello su despido de hecho.

Para fundamentar su reclamo, el demandante argumenta que renunció a su empleo como docente universitario con la finalidad de jubilarse y que debido a un acuerdo de "buena fe" con el referido Decano iba a continuar laborando aún después de su renuncia; no obstante ello, señala que el 14-II-2014 se acordó no renovar su contrato de trabajo.

2. A. Sobre los aspectos planteados, se observa que el presunto agravio que habría sufrido como consecuencia de la actuación que impugna, se basa esencialmente en que después de haber renunciado su nuevo contrato laboral se formuló bajo la modalidad de servicios eventuales y que este no le fue renovado.

B. Al respecto, es importante traer a cuenta que en la sentencia del 6-III-2013 emitida en el Amp. 300-2010 se abordó el contenido del art. 54 de la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (LINPEP) y los arts. 32 y 33 del Reglamento de Beneficios y Otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público (RBOPSPP) y que precisó que el supuesto hipotético contenido en dichos preceptos se desenvuelve exclusivamente dentro del ámbito del derecho a la seguridad social, es decir, del conjunto de disposiciones normativas que regulan la estructura, organización y funcionamiento del aparato estatal diseñado para brindar prestaciones sociales, frente al catálogo de riesgos, necesidades o

contingencias de la vida –como la vejez–, así como aquellas que determinan los requisitos y procedimientos a los que se sujeta la concesión y disfrute de estas.

En efecto, de lo establecido en el art. 54 de la LINPEP, se colige que, cuando se ha cumplido con los requisitos de edad, tiempo de servicio y cotizaciones mínimas, los afiliados al Sistema de Pensión Público (SPP) tienen la opción de jubilarse si desean gozar de un descanso justo y de una pensión de vejez, para lo cual es necesario que renuncien a su puesto de trabajo.

Aunado a ello, dicha disposición establece que el asegurado o ex-asegurado tendrá derecho a percibir la pensión de vejez cuando alcance a cumplir con los requisitos siguientes: "1- Haber cumplido 60 años de edad los asegurados que sean varones y 55 años de edad las mujeres, tanto para empleados administrativos como docentes [...]; 2- Contar con un tiempo de servicio no menor de quince años; 3- Haber cumplido con cotizar al INPEP por período no menor de un año; 4- *El cesar en el cargo, por retiro voluntario antes de los setenta años de edad o forzoso después de cumplir dicha edad; y* 5- Presentar su solicitud de pensión, con los datos y documentos necesarios que se le soliciten para establecer su derecho de pensión".

C. De las citadas disposiciones se infiere que tanto la LINPEP como el RBOPSPP exigen a los afiliados al SPP, además de cumplir con cierta edad, tiempo de servicio y número de cotizaciones, *cesar en su cargo remunerado para gozar de su pensión de vejez.*

Además, se advierte que de conformidad con el art. 58 de la LINPEP, la pensión de vejez es incompatible con el desempeño de cualquier empleo público remunerado, por lo que, en tales casos, procede la suspensión del pago de la pensión durante el tiempo que duren las actividades.

D. Por lo anterior, se concluye que el art. 54 n° 4 de la LINPEP y los arts. 32 inc. 1° n° 2y 33 inc. 2° del RBOPSPP regulan el cese en el cargo de los afiliados al SPP como una condición para gozar de la pensión de vejez, en virtud que en el referido sistema de previsión social el goce de esa prestación necesariamente va asociada al cese de las actividades productivas de sus beneficiarios.

Por consiguiente, al pertenecer el señor [...] al SPP resultaría incompatible que este ejerza cualquier tipo de empleo público remunerado. Ello, debido a que, como se indicó en la citada sentencia de amparo, *la pensión de vejez es un medio de respaldo justo para la vida de aquellos que deciden optar por un descanso con los ingresos necesarios para mantener una existencia digna y, en ese sentido, no debe confundírsele con un mecanismo en virtud del cual los sujetos puedan lucrarse,* sobre todo si se considera que en el SPP los fondos con los que se financian las pensiones no provienen directamente de los aportes realizados durante la vida productiva del solicitante, sino que, principalmente, de las cotizaciones de las generaciones que le preceden, *lo cual hace posible que los afiliados a dicho sistema cuenten con el beneficio de una pensión vitalicia que puede ser revalorizada cada cierto tiempo, independientemente del monto de las aportaciones que hayan reunido a lo largo de su vida activa.*

3. En definitiva, con arreglo a las circunstancias expuestas, se concluye que este Tribunal se encuentra imposibilitado para controlar la constitucionalidad de la actuación cuestionada, debido a que no se ha logrado fundamentar el pre-

sunto agravio padecido en su persona con relación con el acto reclamado. De esta forma, es pertinente declarar la improcedencia de la demanda de amparo, por concurrir un defecto en la pretensión que habilita la terminación anormal del proceso".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 89-2015, fecha de la resolución: 04/09/2015.

PESCA INDUSTRIAL

CONDUCTA TÍPICA QUE EL LEGISLADOR SANCIONA COMO DEPREDACIÓN DE FAUNA

"La asociación demandante formula su reclamo sobre la premisa de que el art. 260 inc. 2° CP prohíbe la pesca industrial en las primeras tres millas marítimas, al tipificar dicha actividad como depredación de fauna cuando es realizada en esa zona marítima. Medida legislativa que considera trasgrede la libertad de empresa de sus integrantes, por inobservar los principios de lesividad del bien jurídico protegido y de proporcionalidad.

Para constatar dicha afirmación, es necesario identificar, a la luz del principio de legalidad, la conducta típica que el legislador ha sancionado penalmente como depredación de fauna en el inc. 2° de la referida disposición *(A)* y acudir –mediante una interpretación sistemática– a la Ley General de Ordenación y Promoción de Pesca y Acuicultura (LGOPPA), la cual tiene por objeto regular la ordenación y promoción de las actividades de pesca y la acuicultura (art. 1), en tanto que constituye la normativa de índole administrativa que complementa el supuesto de hecho del citado tipo penal –por tratarse de una ley penal en blanco– *(B)* y determina el espacio donde la pesca industrial no puede llevarse a cabo (C). De esa manera, se logrará establecer el alcance de la disposición controvertida *(D).*

A. El inc. 2° del art. 260 CP sanciona penalmente a las personas que en embarcaciones industriales realicen actividades de pesca dentro de las tres millas marítimas, contadas desde la línea de la más baja marea. En ese sentido, la conducta prohibida por la citada norma se encuentra relacionada con el verbo *realizar,* es decir, llevar a cabo algo –actividades de pesca– con conocimiento y voluntad, en un espacio determinado –las primeras tres millas marinas– y a través de un medio específico – embarcaciones industriales–. Y es que el legislador ha considerado que bajo esas condiciones tal actividad lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido –medio ambiente–.

DISPOSICIÓN IMPUGNADA CONSTITUYE UNA NORMA PENAL EN BLANCO

B. La citada disposición legal constituye una norma penal en blanco, en virtud de que contiene elementos en la estructura típica del delito, tales como "embarcaciones industriales" y "actividades de pesca", que deben ser complementados, para su correcta interpretación y aplicación, mediante la correspondiente regulación administrativa.

a. Así, de conformidad con el art. 6 n° 14 de la LGOPPA, *embarcación industrial* es una "embarcación mecanizada mayor de diez metros de eslora". En relación con ello, el n° 29 del mismo artículo define como *pesca industrial* aquella "pesca tecnificada que utiliza embarcaciones de más de diez metros de eslora". En otras palabras, la pesca industrial es la que se caracteriza por el tamaño de la embarcación (mayor a diez metros de longitud) y los métodos de pesca utilizados (tales como la red por arrastre)".

FASES DE LA PESCA

"*a.* Por otra parte, la LGOPPA establece, en su art. 23, que las fases de la pesca son: *la extracción, el procesamiento y la comercialización.* Para la acuicultura, además de las fases de la pesca, también se consideran como tales: *la reproducción y el cultivo.*

En lo pertinente a la pesca, la *extracción* consiste en la "fase que contempla el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos" (art. 6 n° 19) y se divide en comercial y no comercial; la primera se subdivide en industrial y artesanal, y la segunda en de investigación, didáctica, deportiva y de subsistencia (art. 25). Por su parte, el *procesamiento* es la "fase de las actividades de la pesca [...] en donde el producto extraído se transforma generándole valor agregado" (art. 6 n° 30), la cual podrá efectuarse "en plantas procesadoras, a bordo de embarcaciones con equipos apropiados, en barcos factoría u otro lugar que cumpla con las disposiciones técnicas y legales correspondientes" (art. 41) y se "deberá realizar siguiendo las normas de sanidad, higiene, calidad y protección ambiental establecidos por las autoridades competentes" (art. 43). Finalmente, la *comercialización* de los productos de la pesca que hayan sido extraídos, procesados o importados podrá realizarse a nivel nacional e internacional, al por mayor o al por menor (art. 44).

c. Asimismo, el art. 33 de la referida ley regula –entre otros aspectos– que los patrones o capitanes de embarcaciones industriales serán responsables durante las faenas de pesca del cumplimiento de las disposiciones legales establecidas para la extracción, por ser ellos los encargados de la dirección y ejecución de las distintas actividades que se efectúen.

En virtud de todo lo anterior, es posible concluir que el tipo penal de *depredación de fauna,* previsto en el art. 260 inc. 2° del CP, sanciona penalmente a las personas, sobre todo a los patrones o capitanes de embarcaciones industriales, que lleven a cabo actividades de pesca, principalmente de extracción, dentro de las tres primeras millas marítimas, mediante el uso de esas embarcaciones mecanizadas mayores de diez metros de longitud.

C. a Ahora bien, el art. 31-A del citado cuerpo normativo prohíbe la pesca industrial dentro de las tres millas marítimas, contadas desde la línea de más baja marea. Además, señala que dentro de dicha zona y después del área de reserva acuática únicamente podrá autorizarse la pesca artesanal, de pequeña escala o no comercial.

ÁREAS DE RESERVA ACUÁTICA

"El art. 28 inc. 2° y 3° de dicha ley declara como áreas de reserva acuática las siguientes: las bocanas de Garita Palmera, Barra de Santiago, Cordoncillo, Desembocadura del Río Lempa y la Bahía de Jiquilisco que comprende las bocanas de El Bajón y La Chepona; con un área de protección de dos millas a partir de cada extremo de la bocana y cinco millas mar adentro. Asimismo, la distancia de una milla marina contada a partir de la línea de más baja marea en toda la costa salvadoreña.

b. En relación con la prohibición que el art. 31-A de la LGOPPA contiene, es ineludible mencionar que en la Sentencia de 26-VI-2014, Amp. 137-2012, en el que fue impugnada la referida disposición legal por motivos similares a los planteados en el presente proceso, esta Sala advirtió que esa medida legislativa tiene como finalidades la protección del medio ambiente marino y el desarrollo económico del sector pesquero artesanal. En ese sentido, se enfatizó que era *constitucionalmente legítima dicha medida legislativa* que busca delimitar la actividad pesquera, para el cumplimiento de los mandatos que la Constitución dirige a los poderes públicos, concretamente los relacionados con la protección y conservación del medio ambiente en general (art. 117 Cn.) y el desarrollo del comercio en pequeño (art. 101 inc. 2° y 115 Cn.).

De igual forma, en dicha resolución, se concluyó que tal medida no transgrede la libertad de empresa de los pescadores industriales, ya que es idónea, necesaria y proporcional para alcanzar los fines que persigue.

Se indicó que era una medida idónea porque con esa restricción se impide que esta clase de industria –con un elevado porcentaje de pesca incidental– emplee uno de los métodos menos selectivos que existen en zonas en las cuales especies marinas como el camarón abundan, por ser espacios propicios para su reproducción y desarrollo, y se crea un espacio marino en el cual únicamente se autoriza la pesca artesanal, de pequeña escala o no comercial. Así, los pescadores de este sector puedan desarrollar sus actividades sin tener que competir en desigualdad de condiciones con los pescadores industriales, situación que representa una verdadera posibilidad de desarrollo económico para aquellos.

Asimismo, se expresó que es una medida necesaria en tanto que, si bien existen medidas alternativas a la prohibición de la pesca industrial en las primeras 3 millas marinas, tales como el establecimiento de vedas y la suspensión definitiva de ciertos métodos de pesca, estas no satisfacen completamente sus fines o implican una afectación mayor para los derechos fundamentales de los pescadores industriales.

Finalmente, se expuso que constituye una medida proporcionada en atención a que la afectación que supone a la libertad de empresa de los pescadores industriales es compensada por la importancia de los fines que persigue. Y es que, por un lado, evita que los barcos camaroneros realicen la pesca con red de arrastre –método que implica un elevado grado de pesca incidental– en un área rica en biodiversidad, lo cual constituye un beneficio alto para la protección del medio ambiente marino; y, por otro lado, genera –entre otros aspectos– la creación de un área de 2 millas marinas posteriores a la reserva acuática, en la

cual los pescadores artesanales pueden desarrollar sus actividades sin tener que competir por el mismo recurso y en el mismo espacio con los pescadores industriales, quienes después de las 3 primeras millas marítimas son libres de realizar sus actividades, siempre bajo los lineamientos orientados a una pesca responsable que determinen las autoridades competentes; circunstancias que implican un beneficio alto para lograr el desarrollo económico del sector pesquero artesanal y una afectación moderada a la libertad de empresa de los pescadores industriales".

DISPOSICIÓN IMPUGNADA NO ADVIERTE LA EXISTENCIA DE UNA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA

" *D. a* Visto lo anterior, se advierte que el art. 260 inc. 2° del CP no pretende elevar a rango de delito la actividad empresarial de la pesca industrial realizada en un determinado espacio, más bien constituye una medida represiva que busca reforzar la protección del medio ambiente marino y, de forma indirecta, el desarrollo económico del sector pesquero artesanal, a través de sancionar penalmente una conducta que se lleva a cabo en el ejercicio ilegítimo de dicha actividad y que excede en mucho la regulación de la materia.

En ese sentido, la prohibición absoluta de llevar a cabo la referida actividad económica –pesca industrial– dentro de las tres primeras millas marítimas no es creada directamente por la disposición impugnada en este amparo, sino por la medida de ordenación prevista en el art. 31-A de la LGOPPA, la cual, según se sostuvo en la citada sentencia, no transgrede la libertad de empresa de los pescadores industriales en vinculación con el principio de proporcionalidad.

Así, y en apego a los términos del debate fijados por las partes procesales, *de la sola promulgación de la disposición que constituye el objeto de control del presente proceso de amparo, no se advierte la existencia de una afectación a la libertad de empresa de los integrantes de la CAMPAC, ya que la prohibición de ejercer la pesca industrial dentro de las tres millas marítimas no se establece de forma directa a través del acto normativo impugnado, sino mediante la medida de ordenación de la actividad pesquera prevista en el art. 31-A de la LGOPPA, respecto de la cual, en todo caso, esta Sala ya ha sostenido que no transgrede la aludida libertad en relación con el principio de proporcionalidad. Ello implica que los miembros de la asociación demandante se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del art. 260 inc. 2° del CP, en cuanto que la sola existencia de tal disposición no restringe la actividad empresarial a la que se dedican.*

En consecuencia, *se configura un supuesto de ausencia de agravio de carácter constitucional en la esfera jurídica de los miembros de la CAMPAC, motivo por el cual este amparo debe ser rechazado mediante la figura del sobreseimiento"*

DEMANDANTES NO SE ENCUENTRAN DENTRO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA IMPUGNADA

*"*b. En relación con lo anterior, resulta imprescindible mencionar que el *amparo contra ley* no es un mecanismo procesal cuya finalidad sea la de impugnar

la constitucionalidad de una disposición secundaria *en abstracto,* sino la de proteger los derechos fundamentales cuando, debido a la emisión o aplicación de una disposición en un caso específico, su titular estima que aquellos se le han lesionados. Consecuentemente, en virtud de que este Tribunal ha verificado que los miembros de la CAMPAC no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 260 inc. 2° del CP y que, por ende, se configura un supuesto de ausencia de agravio de carácter constitucional, *tampoco será posible analizar si el acto reclamado transgrede los principios de lesividad del bien jurídico protegido y de proporcionalidad, por existir imposibilidad absoluta de juzgar el caso.*

iii. Finalmente, es necesario aclarar que, dado que el presente proceso fue admitido bajo el esquema de un *amparo contra ley autoaplicativa,* en ningún momento se puede examinar en él la constitucionalidad de actos aplicativos derivados del citado artículo.

En otras palabras, en este caso no se puede evaluar si otras autoridades, tales como jueces y fiscales, han actuado dentro del marco jurídico establecido al emitir actos concretos de aplicación del art. 260 inc. 2° del CP, en los cuales se haya considerado a los integrantes de la CAMPAC responsables civiles subsidiarios especiales del referido delito y/o se hayan cancelado a estos las licencias que les facultan para operar embarcaciones durante la extracción pesquera, pues analizar tal circunstancia correspondería, en definitiva, en un proceso cuyo objeto de control sería distinto al que en esta oportunidad se ha señalado como acto reclamado".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 927-2013, fecha de la resolución: 29/05/2015.

PLANIFICACIÓN FAMILIAR (ESTERILIZACIÓN FORZADA)

DIMENSIONES

"Una de las mencionadas obligaciones —en el contexto de la salud reproductiva— es la de orientar a la persona en materia de *planificación familiar,* lo que implica brindarle la información necesaria y adecuada para que elabore con libertad y responsabilidad su proyecto de vida en el ámbito reproductivo y ejerza control sobre su fecundidad. Según la GTAPF, la planificación familiar permite "mejorar las condiciones de vida de las personas, al decidir libremente el número de hijos que desean tener, como parte del ejercicio de sus derechos reproductivos".

Por otro lado, la referida guía técnica establece que entre las condiciones propias de la salud reproductiva se encuentra "el derecho de la mujer y del hombre a ser informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, efectivos, accesibles, aceptables y que sean de su elección".

b. De lo anterior se colige que las dos facetas de los derechos reproductivos a las que se ha hecho referencia se articulan para garantizar que las decisiones relacionadas con la procreación sean libres e informadas. Así, la planificación familiar tiene dos dimensiones: *(i)* la *prestacional* —derivada del derecho a la salud reproductiva—, que conlleva la obligación del Estado de orientar a la persona sobre los métodos que puede utilizar para controlar su fecundidad, y *(ii)* la

individual —derivada del derecho a la autodeterminación reproductiva—, que le garantiza a la persona un ámbito de libertad para controlar su fecundidad. Ahora bien, para que esta última dimensión se realice a plenitud debe ser precedida de la orientación necesaria, a efecto de garantizar que las decisiones relacionadas con la procreación sean responsables".

MÉTODOS

"En consonancia con lo anterior, la GTAPF reconoce la facultad de toda persona de utilizar *métodos de planificación familiar* y la necesidad de que esta cuente con información sobre los diferentes métodos que puede utilizar. Dicha información debe ser completa, lo que representa para el personal de salud la obligación de orientar sobre el uso correcto, beneficios, efectos secundarios, complicaciones posibles, signos de alarma, contraindicaciones y efectividad del método elegido. De esa forma se garantiza que la persona elija de manera libre e informada el método de planificación familiar que utilizará, pues la elección que se produce de la manera antes indicada tiene ciertos beneficios, tales como: *(i)* permitir que se conozca mejor el método que se utilizará, *(ii)* contribuir a que se tenga más control de la propia vida; *(iii)* incentivar a que se asuma con responsabilidad la salud y *(iv)* disminuir el abandono del método.

B. Los métodos de planificación familiar que la GTAPF contempla se clasifican en temporales y permanentes. Los *temporales* son aquellos que "brindan protección anticonceptiva únicamente mientras la pareja los utiliza" y son convenientes para quienes pretenden esperar, espaciar o limitar los embarazos; su objetivo es servir durante un período de tiempo, de modo que, una vez suspendido su uso, existe la posibilidad de embarazo. Los *permanentes,* en cambio, son aquellos que evitan de forma definitiva el embarazo y son recomendados para las personas que ya no desean tener más hijos. Estos últimos son la *esterilización quirúrgica .femenina,* la cual evita la fertilidad en la mujer mediante el procedimiento quirúrgico respectivo y la *esterilización quirúrgica masculina (vasectomía).*

2. Como se afirmó en el Auto del 10-X-2014 emitido en este proceso, la relación entre el proveedor de salud y el paciente es dinámica y con un alto grado de vulnerabilidad para este último, no solo por las afecciones físicas y/o mentales que podría padecer, sino también por la marcada dependencia del paciente respecto del especialista en salud que resulta de la sujeción al tratamiento y/o procedimiento que necesita y de la asimetría de la información de la que se dispone en dicha relación".

CONSENTIMIENTO INFORMADO

"*A. a.* En el campo de la *Bioética* se ha desarrollado un amplio análisis —derivado del reconocimiento de la dignidad del usuario de los servicios de salud— en torno al *consentimiento informado,* que es un proceso en el que el usuario de dichos servicios (públicos o privados) manifiesta voluntariamente su autorización para que el personal médico le realice procedimientos quirúrgicos, evaluaciones

o tratamientos, con el objeto de aliviar padecimientos de salud o de someterse a investigaciones médicas. Dicho consentimiento se solicita en virtud de los riesgos que existen para la vida o integridad del paciente.

b. En el Derecho Civil el *consentimiento* es uno de los requisitos de validez de los actos jurídicos, de modo que, para que dichos actos surtan plenos efectos, deben estar libres de vicios (error, fuerza y dolo). Ahora bien, en el campo *biomédico,* el *consentimiento informado* debe reunir requisitos particulares que atienden a la naturaleza de la relación en la que se originan: *(i)* el paciente debe manifestar su voluntad luego de haber recibido información adecuada sobre la clase de procedimiento que se le practicará, los fármacos que se utilizarán, sus posibles efectos (positivos y negativos) y las alternativas que pueden ser aplicadas en el caso; *(ii)* la decisión del paciente debe ser voluntaria, es decir, no se debe adoptar como resultado de la coacción de otra persona ni debe ser inducida por el personal médico, y *(iii)* en el momento en el que se autoriza el procedimiento, el usuario debe estar en condición de decidir por sí mismo.

Así, el consentimiento informado hace prevalecer la autonomía del paciente y le reconoce la posibilidad de negarse al tratamiento, intervención o investigación propuesto y de optar por alguna de las alternativas. En ese contexto, es necesario que en ambos extremos de la relación se actúe de buena fe y que el paciente proporcione toda la información necesaria para que el personal de salud elabore los diagnósticos y proponga los tratamientos adecuados para restablecerle su salud. Con relación a ello, el art. 114 del Reglamento General de Hospitales del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (RGHMSPAS) establece que son derechos del usuario: *(i)* conocer su diagnóstico y los beneficios y eventuales riesgos del tratamiento y *(ii)* aceptar o rechazar los tratamientos indicados por el personal médico en el caso de aquellas patologías que no implican riesgo para terceras personas".

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

"*b.* Según la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos adoptada en la Conferencia General de la UNESCO el 19-X-2005, uno de los principios que rige las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas es el *principio de autonomía y responsabilidad individual* (art. 5), conforme al cual se debe respetar la autonomía de la persona para tomar decisiones y asumir su responsabilidad; sin embargo, cuando se trate de personas que carecen de capacidad para ejercer dicha autonomía, se deben tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses. Por otro lado, sobre el consentimiento informado (art. 6.1), establece que "[goda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto extrañe para ella desventaja o perjuicio alguno".

En adición a lo expuesto, la Declaración de Helsinki de la Asociación Mundial de Médicos, que regula los Principios Éticos para las Investigaciones Médicas

en Seres Humanos, establece: “Después de asegurarse de que el individuo ha comprendido la información, el médico u otra persona calificada apropiadamente debe pedir entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y voluntario de la persona. Si el consentimiento no se puede otorgar por escrito, el proceso para lograrlo debe ser documentado y atestiguado formalmente”.

B. En el ámbito de los servicios de salud reproductiva, también debe prevalecer el consentimiento informado del usuario. Por ello, la GTAPF reconoce como derechos de este, entre otros, los siguientes:*(i)* recibir información completa sobre su planificación familiar; *(ii)* decidir si utilizará un método anticonceptivo y, en su caso, escoger libremente dicho método; *(iii)* que el método elegido sea eficaz y se le proteja contra efectos secundarios, y *(iv)* recibir servicios e insumos anticonceptivos durante el tiempo que los necesite.

a. Según los Criterios Médicos de Elegibilidad para el Uso de Anticonceptivos de la OMS, dada la irreversibilidad de los métodos de planificación permanente, se debe tener especial cuidado de asegurar una elección voluntaria e informada del método. De conformidad con los referidos criterios, todos los usuarios deben ser informados sobre el carácter permanente de la esterilización y la disponibilidad de métodos alternos, de largo plazo y de gran efectividad. Además, la decisión de utilizar dicho método de planificación se debe tomar teniendo en cuenta sus riesgos y beneficios en relación con los del embarazo.

Por ello, se debe garantizar que, entre el usuario y el personal que brinda los servicios de salud reproductiva, exista un proceso de diálogo en el cual se le proporcione al usuario información adecuada y oportuna para planificar libremente la conformación de su familia y controlar su fecundidad, con el objeto de fomentar su sentido de responsabilidad. Dicho proceso ha sido denominado en la GTAPF “consejería” y consta de tres fases: *(i)* la *preelección,* en la que se identifican las necesidades del paciente y se descartan aquellos métodos que no se acomodan a dichas necesidades; *(ii)* la *elección,* en la cual se le proporciona al usuario información esencial sobre los métodos que puede utilizar, para que pueda hacer una elección preliminar del método, y *(iii)* la *post elección,* en la cual el proveedor de dichos servicios examina las posibles contraindicaciones del uso del método elegido por el usuario, lo que le permite rechazarlo y optar por un método alternativo. En ese proceso es necesario que el proveedor de los servicios de salud reproductiva se asegure de que el usuario ha comprendido toda la información proporcionada”.

ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA

“*b.* En concordancia con lo expuesto, la GTAPF establece que, por ser de carácter permanente, la esterilización quirúrgica requiere de una consejería amplia previo a su realización. En ese mismo documento se señalan, como aspectos fundamentales de dicha consejería, los siguientes: *(i)* se debe proporcionar consejería a ambos miembros de la pareja si es posible; *(ii)* la persona debe estar consciente del carácter permanente del método antes de realizarse dicho procedimiento; *(iii)* los usuarios pueden retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención; *(iv)* se debe informar al usuario que existen

métodos alternativos de anticoncepción seguros y reversibles; *(v)* el personal de salud debe disipar las dudas, temores y malentendidos ocasionados por información distorsionada; *(vi)* se debe explicar el procedimiento al usuario y su posible falla; *(vii)* debe informarse al paciente que la oportunidad de reversión exitosa es baja, sus costos son elevados y los riesgos mayores; *(viii)* se debe hacer de su conocimiento que el aludido método no protege de las enfermedades de transmisión sexual, y*(ix)* debe documentarse el consentimiento informado con la firma o huella digital de la usuaria.

Cabe señalar que, si bien en la referida guía técnica no se establece en qué momento se debe brindar la consejería sobre métodos de planificación familiar, entre ellos los permanentes, debido a las implicaciones de estos últimos dicha asesoría debe proporcionarse con suficiente antelación para que, entre ella y la implementación del método elegido por el usuario, este tenga la posibilidad de reflexionar sobre las implicaciones de su decisión. Además, cuando el usuario opta por un método permanente, es necesario que proporcione su consentimiento informado en un momento en el que se encuentre en condiciones psíquicas apropiadas para decidir con libertad y de forma reflexiva".

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

"*C. a.* El *consentimiento informado de los niños y adolescentes* está sujeto a reglas que atienden a una especial protección derivada de su condición de vulnerabilidad.

De conformidad con el art. 71 de la Cn., la mayoría de edad se alcanza a los 18 años; consecuentemente, todas las personas que no han cumplido esa edad se consideran niños y adolescentes. Con relación a ello, la CrIDH sostuvo que "[1]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana" (Opinión Consultiva OC-17/02 del 28-VIII- 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño,* párr. 41).

La protección especial que confiere nuestro ordenamiento jurídico a los niños, niñas y adolescentes deriva de los arts. 34, 35 y 36 de la Cn. Así, en la Sentencia del 1-IV-2004, Inc. 52-2003, se afirmó que son titulares de todos los derechos que corresponden a los seres humanos y, además, *son titulares de derechos específicos derivados de su condición de inmadurez y vulnerabilidad y requieren una protección particular que garantice el ejercicio de todos sus derechos dentro y frente a la familia, la sociedad y el Estado.*

Asimismo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico figuran instrumentos que tienen por finalidad proteger el interés superior del niño, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la LEPINA.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes, entre ellos El Salvador, reconocen el derecho del niño al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Además, que los Estados desarrollarán "la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia" (art. 24).

En virtud de esa especial protección, el art. 18 de la LEPINA establece que "[s]i la situación no es de emergencia, pero se pudieran derivar daños irreparables a la salud física del niño, niña o adolescente, el profesional médico solicitará al padre, la madre, representante o responsable la autorización para la hospitalización o intervención de la niña, niño o adolescente y en caso de ausencia u oposición de éstos, el profesional médico podrá solicitar la intervención del Procurador General de la República, quien deberá resolver en el plazo máximo de veinticuatro horas". Además, el art. 115 del RGHMSPAS establece: "Los Usuarios de los Servicios del Hospital en condiciones mentales normales *[sic]* deberán autorizar por escrito la realización de tratamientos especiales o quirúrgicos y en caso de menores de edad o inconscientes, será autorizado por la persona responsable y evaluado por Acta Notarial legalizada".

b. El análisis del consentimiento informado de los niños y adolescentes, en ejercicio de sus derechos a la autodeterminación y a la salud reproductiva, debe hacerse de manera integral, teniendo en cuenta, por un lado, su *capacidad* y, por otro lado, el *carácter personalísimo de la autodeterminación reproductiva.*

Cuando se alude en este contexto a la *capacidad de los niñas y adolescentes* nos referimos a la aptitud de estos para ser titulares de derechos y de ejercerlos de manera progresiva. Dicha capacidad se regula en el ordenamiento jurídico a efecto de facilitarles el libre desarrollo de su personalidad, de brindarles una especial protección y de dotar de seguridad jurídica sus relaciones jurídicas con otras personas. Nuestra legislación —en especial, los arts. 1317, 1318 y 1341 del Código Civil— distingue la capacidad de actuación de las personas adultas —a quienes se reconoce la facultad de actuar y de obligarse por sí mismas— de la *incapacidad absoluta* de los niños y adolescentes en ciertos ámbitos y de su *capacidad relativa* en otras áreas, lo que justifica, como regla general, la intervención de sus representantes legales en los asuntos en los cuales no pueden decidir por sí mismos. Así, en determinados ámbitos, se reconoce a los niños y adolescentes un cierto grado de libertad para decidir y ejercer sus derechos por sí mismos; en otros, es necesaria la intervención de sus representantes legales*(v.gr.,* el Código de Familia reconoce la posibilidad de que los "púberes" contraigan matrimonio cuando la mujer está embarazada o cuando la pareja tiene un hijo en común), y en ciertos supuestos se requiere de autorización judicial *(v.gr.* para la venta de bienes cuyo valor supere los ¢1000, según el art. 230 del Código de Familia).

c. Por otro lado, la LEPINA en sus arts. 32 y 95 reconoce a los niños —personas menores de 12 años de edad— y adolescentes —personas entre los 12 y 18 años de edad— los derechos a la salud, a la educación y de acceso a la información en materia reproductiva.

En esa línea, la GTAPF establece una atención especial para las personas que se encuentra en la adolescencia, que es “una etapa de la vida que presenta cambios biológicos, psicológicos y sociales bruscos y acentuados que asumen características diferentes según las estructuras sociales y culturales de cada sociedad en particular”. La citada guía establece que dicho tratamiento especial obedece a que en esta etapa la mayoría de personas “no cuentan con la madurez física, psicológica, emocional, económica y social, no están preparados para afrontar responsablemente las consecuencias de las relaciones sexuales; muchas veces sus estilos de vida pueden ponerlos a riesgo considerable de contraer una ITS [Infección de Transmisión Sexual], incluido el VIH/SIDA, cáncer de cuello uterino, embarazos no planeados y complicaciones obstétricas, así como otras repercusiones que esto acarrea en el ámbito biológico, psicológico y social, por lo que es importante brindar información adecuada a su edad y a sus necesidades”.

En concordancia con lo anterior, la GTAPF establece que “los adolescentes que son sexualmente activos necesitan una anticoncepción apropiada, segura y eficaz”. Ello implica que, en ese contexto y siempre que el ordenamiento jurídico lo permita, aquellos deben recibir orientación sobre planificación familiar de forma completa y comprensible.

d. En virtud del carácter irreversible de los métodos permanentes de planificación familiar, la persona que opta por ellos debe ser capaz de decidir por sí misma y con un alto sentido de responsabilidad. Ello debido a que dichos métodos requieren de una intervención quirúrgica que se realiza como manifestación de la autodeterminación reproductiva de la persona, la cual tiene un carácter personalísimo y su ámbito de protección prohíbe interferencias de terceros en el desarrollo del proyecto reproductivo de vida. Además, es necesario que la persona esté plenamente consciente de los efectos futuros de su decisión, lo cual implica que *su consentimiento conlleva la aceptación de la pérdida de su capacidad reproductiva y, por tanto, de la posibilidad de procrear a futuro.* Consecuentemente, para tal efecto es necesario que la persona que decide utilizar un método anticonceptivo permanente sea mayor de edad, lo cual presupone la capacidad de actuar por sí misma, ya que el ordenamiento jurídico presume que aquella cuenta con un grado de madurez suficiente para decidir de manera reflexiva. Asimismo, tal como se mencionó arriba, dicha decisión debe ser precedida de una orientación en la que se le proporcione la más amplia información respecto de los referidos métodos y de la existencia de otros métodos reversibles y eficaces.

En consecuencia, los niños y adolescentes no son capaces de dar su consentimiento para que se les apliquen dichos métodos. Si bien, en términos generales, los niños y adolescentes pueden ser sometidos a intervenciones quirúrgicas, con el consentimiento de sus representantes legales, cuando existe un riesgo para su vida o integridad, existen excepciones a dicha regla y una de ellas es la prohibición de esterilizar a menores. En virtud de ello, el art. 147 inc. 2° y 3° del Código Penal establece que el consentimiento de un “menor de edad” o de un incapaz y el de sus representantes legales no eximen de responsabilidad penal a quien le practique una esterilización al “menor”. Dicha prohibición está

justificada en la obligación del Estado de proteger a los niños y adolescentes y de garantizarles el libre desarrollo de su personalidad.

Lo anterior no supone una intromisión definitiva en la autodeterminación reproductiva de los niños y adolescentes, pues, cuando estos alcanzan la mayoría de edad, tienen posibilidad de optar por los métodos permanentes de planificación familiar. Ello implica que, mientras una persona tenga la calidad de adolescente y el ordenamiento jurídico lo permita, únicamente puede utilizar métodos temporales de planificación familiar y, para tal efecto, debe recibir la orientación adecuada del personal de salud".

PERSONAS INFECTADAS DE VIH NO PUEDEN SER OBLIGADOS, PRESIONADOS O INDUCIDOS A ESTERILIZARSE

"3. El ordenamiento jurídico también establece un estatuto especial para las personas con VIH En efecto, la Ley de Prevención y Control de la Infección Provocada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana y su Reglamento prohíben cualquier trato discriminatorio originado en que una persona haya sido infectada con el VIH. Asimismo, la citada normativa establece obligaciones positivas al Estado, a efecto de garantizarles a las personas portadoras del referido virus las condiciones para vivir dignamente, entre ellas, la protección de su salud y de sus derechos laborales. Respecto de su salud reproductiva, el art. 13 del aludido reglamento prescribe que a aquellos no se les puede obligar, presionar o inducir a esterilizarse.

ii. Por otro lado, la señora [...] sostuvo que durante su embarazo no recibió una orientación adecuada sobre planificación familiar, pues, si bien se le proporcionó atención médica durante los controles prenatales, en estos no se le habló de la posibilidad de ser esterilizada, sino hasta el día del parto. Además, señaló que en ese periodo solo recibió un abordaje general sobre dicho método anticonceptivo, pero no se le explicó detalladamente en qué consistía ni sus consecuencias.

Al respecto se advierte que, si bien la peticionaria recibió 9 controles prenatales, en su expediente clínico no consta que se le haya proporcionado orientación sobre los métodos de planificación familiar. Por el contrario, se demostró que fue hasta minutos antes de que se le aplicara la anestesia para practicarle la cesárea que una enfermera del aludido nosocomio le brindó una "consejería" en la que simplemente le preguntó si se iba a esterilizar y le entregó un formulario para autorizar ese procedimiento. Lo anterior se produjo en un momento en que, según el dictamen del peritaje psicológico practicado a la pretensora, "los procesos psíquicos y volitivos [podían estar] disminuidos por la situación estresante experimentada".

De lo expuesto se colige que la forma en la que se proporciona la consejería sobre planificación familiar en el Hospital de Maternidad —la cual fue calificada de "rutinaria" por la ginecóloga que atendió el parto de la demandante y por el resto del personal de salud que declararon como testigos en la audiencia de prueba— no cumple con los requisitos establecidos en la GTAPF. Ello en virtud de que dicha consejería se brinda momentos antes del nacimiento, cuando la

mujer se encuentra con un nivel de estrés que puede disminuir su capacidad psíquica y volitiva. Esa manera de brindar la consejería no garantiza que exista un proceso de diálogo entre los responsables de los servicios de salud y las pacientes, el cual permita a estas conocer cuáles son y en qué consisten todos los métodos de planificación familiar que puede utilizar, así como sus beneficios, consecuencias y contraindicaciones. Consecuentemente, tampoco se concede a las pacientes un periodo suficiente para reflexionar sobre la posibilidad de optar por métodos temporales o permanentes y discutir con su pareja la mejor forma de controlar su proyecto reproductivo de vida.

Así, se ha evidenciado que en el Hospital de Maternidad no se proporciona en condiciones óptimas la consejería sobre planificación familiar y, por ello, la pretensora no recibió una adecuada orientación sobre los métodos anticonceptivos que hubiera podido utilizar con posterioridad al parto, por lo cual se concluye que *la autoridad demandada vulneró su derecho a la salud reproductiva, siendo procedente ampararla en su pretensión".*

VULNERACIÓN AL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA AL ESTERILIZAR A UNA MENOR DE EDAD QUE NO GOZA DE CAPACIDAD PARA DAR SU CONSENTIMIENTO

"b. Con la prueba aportada al proceso se acreditó que la actora tenía 17 años de edad cuando fue intervenida quirúrgicamente en ocasión del parto y, al mismo tiempo, para aplicarle un método anticonceptivo permanente, a pesar de que los adolescentes no son capaces para dar su consentimiento de que se les aplique un procedimiento de ese tipo, pues se requiere de una capacidad plena para decidir por sí mismo, la cual, según nuestro ordenamiento jurídico, se obtiene con la mayoría de edad.

Cuando una persona da su consentimiento para que se le practique una esterilización quirúrgica, acepta que tendrá como consecuencia directa la pérdida de su capacidad reproductiva. Por ello, dicho consentimiento debe ser precedido de un suficiente conocimiento sobre sus implicaciones futuras, especialmente porque, según consta en la GTAPF, aproximadamente un 20% de las mujeres esterilizadas se arrepienten de su decisión. Esta capacidad no se puede exigir a las niñas o adolescentes en edad fértil, ya que, por encontrarse en una etapa de la vida en la que —según la GTAPF— se presentan cambios biológicos, psicológicos y sociales bruscos, no cuentan con suficiente madurez para asumir las consecuencias de una decisión que les impedirá procrear a futuro.

Contrario a ello, en el presente amparo se ha comprobado que en la práctica hospitalaria se esteriliza a niñas y adolescentes con el único requisito que estas suscriban un formulario de autorización para tal efecto. Incluso, la [...]señaló al ser interrogada que "una menor de doce años de edad puede ser esterilizada según la normativa de planificación familiar". Al respecto, cabe aclarar que dicha normativa únicamente refiere que la esterilización es un método que se puede aplicar a toda persona en edad fértil, pero, por las razones expuestas, deben entenderse exceptuadas las niñas y adolescentes.

En adición a lo anterior, se advierte que en el formulario de "consentimiento informado" que suscribió la señora [...] se consignó que su esterilización obedecía a "razones médicas" y a que esta no quería tener más hijos; sin embargo, en el expediente clínico no consta que aquella tuviera algún padecimiento que pusiera en riesgo su vida o integridad en caso de embarazo y justificara la necesidad de esterilizarla para salvaguardar su vida u otros derechos fundamentales.

Por consiguiente, en virtud de que la señora [...] fue esterilizada cuando aún era adolescente y no tenía la capacidad plena para otorgar su consentimiento informado para ser esterilizada y, consecuentemente, para aceptar incondicionalmente la pérdida de su capacidad reproductiva, se concluye que *la autoridad demandada vulneró su derecho a la autodeterminación reproductiva, por lo que es procedente ampararla en su pretensión.*

c. La peticionaria también afirmó que se vulneró su derecho *a la integridad física y moral.* Sobre ello es pertinente señalar que, en virtud de que la esterilización practicada afectó de manera permanente la posibilidad de procrear, y que el referido procedimiento conllevó una alteración corporal que fue realizada sin el consentimiento válido de la paciente y, a partir de ello, la peticionaria perdió su capacidad reproductiva, afectándose con ello su integridad personal.

Por otro lado, con el peritaje psicológico practicado a la actora se demostró que la esterilización ha sido probablemente un factor para que aquella presente indicadores de "retraimiento emocional de tipo moderado" con sentimientos de inhabilidad, ensimismamiento y falta de estabilidad emocional. Asimismo, en dicho estudio se concluyó: "La magnitud del daño es de largo plazo e irreversible ya que el derecho a la maternidad es un derecho universal y natural de toda mujer para procrear familia".

De lo dictaminado por el mencionado psicólogo forense se concluye que la esterilización que se le practicó a la señora GM le ocasionó un perjuicio de carácter irreversible, en la medida en que, ahora que ya es mayor de edad y continúa en edad fértil, se ve imposibilitada de volver a procrear y de ampliar su proyecto de vida en el ámbito reproductivo; ello le impide dirigir su vida en ese ámbito de acuerdo con sus convicciones. Por consiguiente, *la esterilización quirúrgica y alteración corporal que se le practicó a la señora GM, vulneró su derecho a la integridad personal, por lo que es procedente ampararla en su pretensión.*

VII. Determinadas la vulneraciones constitucionales a la salud reproductiva, a la autodeterminación reproductiva y a la integridad personal, derivadas de los actos reclamados, corresponde establecer el efecto restitutorio de la presente sentencia.

1. A. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, *como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa,* hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y

de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51- 2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

B. Ahora bien, como se indicó en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011 (retomando las Sentencias del 20-I-2009 y 4-II-2011, Inc. 65-2007 y Amp. 228-2007 respectivamente), existe un tipo de obligación a cargo del Estado: la de responder por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal en el cumplimiento de las funciones estatales y en la gestión de los servicios públicos. Su fundamento es una interpretación extensiva —permitida por tratarse de derechos fundamentales— del art. 2 inc. 3° de la Cn., entendiendo que toda persona tiene derecho, frente al Estado y a los particulares, a una indemnización por los daños de carácter material o moral que se le causen. En caso de que dicha responsabilidad se deduzca directamente al Estado se requiere: *(i)* que se demande al Estado como tal y no a un funcionario público en particular; y *(ii)* que la causa derive del funcionamiento normal o anormal de la Administración, y no de la conducta dolosa o culposa de un funcionario; ello lleva a concluir que este tipo de responsabilidad es distinta y autónoma respecto a la que contempla el art. 245 de la Cn.

A diferencia de la responsabilidad personal regulada en el art. 245 de la Cn., la responsabilidad patrimonial del Estado es de carácter institucional, predominantemente objetiva y no se limita a los supuestos de vulneración de derechos constitucionales. Así, cuando una persona es víctima de un daño antijurídico por parte del Estado, queda a su opción si demanda al funcionario público por vulneración de sus derechos constitucionales o al Estado por una lesión sufrida en ocasión del mal funcionamiento de la Administración".

TODA AUTORIDAD PROFESIONAL MÉDICO EN EL ÁMBITO PÚBLICO PRIVADO DEBERÁ ABSTENERSE DE AVALAR O PRACTICAR CUALQUIER PROCEDIMIENTO MÉDICO QUE PRIVE DEFINITIVAMENTE DE SU CAPACIDAD REPRODUCTIVA A PACIENTES QUE NO HAYAN ALCANZADO LA MAYORÍA DE EDAD

"*3. A.* Por otra parte, los procesos constitucionales de control concreto (amparo y hábeas corpus) tienen por objeto dar una protección reforzada a los derechos constitucionales de las personas frente a actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares que hayan vulnerado su ejercicio. En ese sentido, dichos procesos constitucionales tienen principalmente una *dimensión de carácter subjetivo.* En virtud de ello, se sostiene tradicionalmente que los efectos de una sentencia estimatoria en este tipo de proceso son *inter partes,* pues la consecuencia inmediata que deriva del pronunciamiento es la de reparar el daño ocasionado al pretensor.

Pero es innegable que los efectos de las decisiones adoptadas en esta clase de proceso trascienden el *ámbito objetivo,* puesto que, para emitir un pronunciamiento que incida en el plano subjetivo, se requiere interpretar los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente aquellos

en los que se regulan los derechos invocados. De ahí que los contenidos que, a la luz de la Constitución, se adscriban a dichos preceptos informan la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de esta Sala y de los demás órganos del Estado.

Debe tenerse presente que las autoridades públicas, al ser investidas, asumen el deber de cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualquiera que sean las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, tal como dispone el art. 235 de la Cn. Además, en virtud de la *dimensión objetiva* de los procesos constitucionales de control concreto, aquellas autoridades deben respetar la jurisprudencia emanada de este Tribunal, ya que en el sistema de protección de derechos figura como el intérprete y garante supremo de la Constitución.

Desde esta perspectiva y sin perjuicio de otras implicaciones de la dimensión objetiva, las autoridades públicas deben atenerse especialmente a la *ratio decidendi* de sentencias en las que se haya establecido la inconstitucionalidad de un determinado acto o disposición, con el objeto de evitar vulneraciones de derechos fundamentales en casos análogos al disentido en el precedente.

B. Así, al establecerse en la presente sentencia que el consentimiento brindado por un niño/a o adolescente respecto a la adopción de métodos permanentes de planificación familiar es jurídicamente irrelevante, toda autoridad o profesional médico en el ámbito público o privado deberá abstenerse de avalar o practicar cualquier procedimiento médico que prive definitivamente de su capacidad reproductiva a pacientes —hombres y mujeres- que aún no hayan alcanzado la Mayoría de edad, salvo que dicho procedimiento se utilice para salvaguardar la vida, la Salud o integridad física de tales pacientes. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso, el Hospital de Maternidad tiene vedada la promoción o aplicación de métodos permanentes de planificación familiar a las pacientes menores de edad de dicho nosocomio, aun cuando estas manifiesten su voluntad de utilizar tales métodos, en el supuesto de que no exista peligro alguno para su vida, su salud o integridad personal. En caso de constatarse dicho peligro, el hospital deberá obtener el consentimiento informado de los padres o responsables legales de la niña o adolescente, para la práctica de este tipo de método.

C. Asimismo, con la finalidad de potenciar el cumplimiento de la dimensión Objetiva del presente amparo y de garantizar los derechos a la autodeterminación reproductiva y a la salud reproductiva de los usuarios de los sistemas público y privado de salud, es necesario hacer del conocimiento de la MSPAS el contenido de la presente decisión. .

En este sentido, se advierte que el art. 12 del CPrCM establece a las autoridades públicas la obligación de colaborar con el órgano encargado de impartir justicia —el Órgano Judicial y los tribunales que lo conforman— y las sanciones de las que se hacen acreedoras en caso de no acatar dicha orden. Por otra parte, el art. 41 n° 1 y 2 del Código de Salud dispone que son facultades del MSPAS la de orientar la política gubernamental en materia de salud pública y asistencia social, así como establecer y mantener colaboración con los demás ministerios, instituciones públicas y privadas y agrupaciones profesionales o de servicio que desarrollen actividades relacionadas con la salud.

En virtud de lo anterior, el mencionado Ministerio deberá dar a conocer el contenido de la presente sentencia a los Viceministros, Directores Generales y demás funcionarios y empleados del sistema nacional de salud, cuya actividad se vincule con el ámbito de la prestación de servicios de salud reproductiva.

D. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social deberá revisar y actualizar la Guía Técnica: de Atención en Planificación Familiar (GTAPF), tomando en cuenta los estándares nacionales e internacionales contenidos en los tratados de Derechos Humanos vigentes en el país sobre derechos de la niñez y discriminación contra la mujer, citados en la presente sentencia; así como los contenidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Además, el mencionado Ministerio deberá capacitar al personal de salud a fin de poder brindar consejería adecuada en este tipo de casos".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 749-2014, fecha de la resolución: 11/03/2015.

PLAZOS PARA PRESENTAR MEDIOS IMPUGNATIVOS

LOS ESTABLECIDOS EN LEY DEL SERVICIO CIVIL DEBEN SER COMPUTADOS EN DÍAS HÁBILES

"*B. a.* El plazo al que alude el art. 55 letras b) y c) de la Ley de Servicio Civil tiene como propósito brindar al funcionario o empleado cuyo despido se pretende una oportunidad para exponer los motivos por los cuales considera que no procede dicha decisión y ofrecer ante la Comisión de Servicio Civil correspondiente la prueba necesaria para sustentar su posición o, en su caso, para expresar su conformidad con la remoción. De este modo, el respeto al plazo en cuestión resulta esencial en la tramitación del citado procedimiento administrativo, pues en él tiene lugar el ejercicio del derecho de defensa del sujeto pasivo.

Ahora bien, la aludida disposición legal *no señala expresamente si el aludido plazo deberá ser computado en días hábiles o continuos.* Ante esta circunstancia, resulta aplicable lo prescrito en el art. 20 del C.Pr.C.M., el cual establece que, en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de ese código se aplicarán supletoriamente. En ese sentido, para determinar la correcta apreciación del relacionado plazo deberá recurrirse a las reglas que sobre el cómputo de estos contempla dicho cuerpo legal.

Así, el art. 145 inc. 2° del C.Pr.C.M. establece que en los plazos fijados en días sólo se contarán los días hábiles. Lo anterior obliga a que, en los procesos o procedimientos de cualquier índole en los que no se fija una regla expresa para el cómputo de los plazos, la autoridad respectiva debe tomar en cuenta únicamente aquellos días que por disposición general no con considerados como de asueto o descanso semanal. En relación con lo anterior, el art. 3 de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos prescribe que los empleados de los departamentos fuera de San Salvador gozarán de vacaciones durante los días principales de las respectivas fiestas patronales".

VULNERACIÓN A DERECHOS CONSTITUCIONALES POR ERROR EN EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS PARA RECURRIR

"*b.* En el presente caso, se ha acreditado que la señora [...] fue notificada de la decisión de despido tomada en su contra el 30-IX-2010 y manifestó su oposición a este el 7-X-2010. Por tanto, dado que durante el periodo comprendido entre el 1-X-2010 y el 4-X-2010 los empleados públicos del Municipio de San Francisco Gotera gozaron de asueto por fiestas patronales y que, por consiguiente, la Comisión de Servicio Civil del Hospital Nacional de la referida localidad no laboró durante esos días, se concluye que *el plazo establecido en el art. 55 letras b) y c) de la Ley de Servicio Civil aún se encontraba vigente cuando la actora presentó su oposición al despido ordenado en su contra y, por ende, debía reconocerse como válida dicha expresión de su derecho de defensa.*

B. Así las cosas, *al haberse comprobado que el Tribunal de Servicio Civil autorizó el despido de la demandante al haber desestimado de forma errónea la oposición al despido que aquella manifestó en su defensa en el escrito presentado el 7-X2010, por considerar que dicha actuación se realizó de manera extemporánea, se concluye que la referida autoridad vulneró los derechos de defensa y a la estabilidad laboral de la actora; por lo que resulta procedente ampararla en su pretensión"*.

HABILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DIRECTA CONTRA LOS FUNCIONARIOS

"*1.* El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, emitida en el proceso de Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración de los derechos de defensa y a la estabilidad laboral de la actora, el efecto restitutorio deberá considerarse desde una perspectiva material, consistente en dejar sin efecto la resolución emitida por el Tribunal de Servicio Civil el 9-II-2011, en el expediente con ref. I-438-2010, mediante la cual revocó la resolución emitida por la Comisión de Servicio Civil del Hospital Nacional de San Francisco Gotera y autorizó el despido de la pretensora, por lo que dicha autoridad deberá pronun-

ciar la resolución que corresponda de acuerdo a lo plasmado en el procedimiento administrativo en cuestión y a lo expuesto en esta sentencia.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que cometieron la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, Número de referencia: 150-2013, Fecha de la resolución: 15/04/2015.

PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

CONSTITUYE PRESUPUESTO Y LÍMITE DE LA TRIBUTACIÓN

"*C.* Respecto al *principio de capacidad económica* (art. 131 ord. 6° de la Cn.), en la Sentencia de 5-X-2011, Amp. 587-2009, se sostuvo que las personas deben contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado en proporción a su aptitud económico-social, limitando de esa manera a los poderes públicos en el ejercicio de su actividad financiera. Así, dicho principio condiciona y modula el deber de contribuir de las personas, constituyéndose en un auténtico presupuesto y límite de la tributación. En todo caso, la capacidad económica es una exigencia tanto del ordenamiento tributario globalmente como de cada tributo.

La capacidad económica generalmente se mide por medio de cuatro indicadores: *(i)* el patrimonio; *(ii)* la renta; *(iii)*el consumo; o *(iv)* el tráfico de bienes. Teniendo en cuenta lo anterior, en las Sentencias de 22-IX-2010 y 2-II-2011, Amps. 455-2007 y 1005-2008, respectivamente, se sostuvo que el legislador *solo puede elegir como hechos que generen la obligación de tributar aquellos que, directa o indirectamente, revelen cierta capacidad económica y, de manera congruente, la base o elemento para establecer la intensidad del gravamen también debe reflejar dicha capacidad.* En otras palabras, es obligatorio al configurar el hecho generador y la base imponible, tener en cuenta situaciones, aspectos o parámetros que revelen capacidad económica para soportar la carga tributaria".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 99-2014, fecha de la resolución: 11/12/2015.

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

ORDENAMIENTO JURÍDICO ASIGNA A CADA FUENTE UNA FUERZA DETERMINADA

"*2.* Como aspectos conceptuales previos, se harán algunas consideraciones sobre el ordenamiento jurídico y la jerarquía normativa (A) y sobre la coherencia de dicho ordenamiento (B).

A. Según las Sentencias del 23-X-2007 y 6-VI-2008, Incs. 35-2002 y 31-2004 respectivamente, las disposiciones y normas que integran el ordenamiento jurídico estructuran formalmente un entramado de relaciones normativas regidas por los criterios de jerarquía y de fuerza jurídica.

a. La fuerza jurídica de una fuente —acto normativo cualificado por el sujeto que lo produce y/o el procedimiento seguido— es su capacidad de incidir en el ordenamiento jurídico, creando Derecho objetivo o modificando el existente. En concreto, el ordenamiento asigna a cada fuente normativa una fuerza determinada.

La fuerza propia de cada fuente no se refleja solo en su capacidad creadora de Derecho objetivo, sino también en las disposiciones que produce, dotándolas de rigidez frente a las fuentes normativas de fuerza jurídica inferior. Por eso, del concepto de fuerza jurídica se derivan dos consecuencias distintas: la fuerza activa y la fuerza pasiva. La fuerza activa es la capacidad creadora de Derecho objetivo reconocida a una cierta fuente normativa. La fuerza pasiva es la capacidad de las disposiciones producidas por dichas fuentes de resistir nuevas disposiciones de fuerza jurídica inferior.

Así, mediante la fuerza jurídica atribuida a cada fuente normativa se establece una ordenación jerárquica del sistema de fuentes según la cual las relaciones entre las fuentes se desarrollan de la siguiente manera: en virtud de su fuerza activa, una fuente puede modificar cualquier disposición de fuerza inferior a la suya y cualquier disposición de su misma fuerza, y, en razón de su fuerza pasiva, ninguna disposición puede ser modificada por una fuente inferior".

TIENE COMO FUNCIÓN DETERMINAR LA INVALIDEZ DE NORMAS QUE CONTRADICEN LO ESTABLECIDO POR OTRAS NORMAS SUPERIORES

"*a.* Teniendo en cuenta lo anterior, en la gradación resultante de la distinta fuerza jurídica una fuente es superior a otra si el ordenamiento le atribuye una fuerza mayor. La ordenación jerárquica de las fuentes a partir de su distinta fuerza tiene una consecuencia importante: al determinar que son inválidas las normas que contradicen lo establecido por otras normas superiores, establece una condición de validez de las normas jurídicas.

Ahora bien, una norma es jerárquicamente superior a otra en los siguientes sentidos: de jerarquía formal, según el cual las normas que regulan la producción de otras normas son superiores a las normas que se emiten en ejercicio de esa competencia, y de jerarquía material, en virtud del cual una norma es jerárquicamente superior a otra cuando, en caso de conflicto, la primera prevalece sobre la segunda. Este último es el supuesto en el que diversas normas establecen soluciones distintas e incompatibles para un mismo caso".

"Así, nuestra Constitución ostenta un grado superior al de cualquier otra fuente, por lo que no puede ser válidamente contradicha por ninguna otra. Cuenta con disposiciones que pautan el comportamiento tanto de los particulares como de los funcionarios y con disposiciones que determinan la validez del Derecho producido en los distintos ámbitos en que se ejercitan las potestades normativas, entre las cuales se encuentran las normas sobre producción jurídica, que establecen el órgano competente, el procedimiento y los límites materiales para la creación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

En ese contexto, la Constitución autoriza la creación de distintos tipos de normas originadas en diferentes órganos. Precisamente, hay normas en la

Constitución que atribuyen competencias a órganos y entes estatales que dan lugar a diversos tipos de normas jurídicas, por ejemplo, las leyes formales, los reglamentos ejecutivos y las ordenanzas municipales. De ello se desprende que, además de la fuente constitucional, el ordenamiento está conformado por fuentes primarias, secundarias, terciarias y así sucesivamente. Las fuentes primarias son aquellas dotadas de fuerza jurídica inmediatamente inferior a la de la Constitución; se trata de la ley y los tratados internacionales. Las fuentes secundarias son aquellas subordinadas a las fuentes constitucional y primaria. Las fuentes terciarias son aquellas que deben respetar las fuentes constitucional, primarias y secundarias".

POSTULADO DE COHERENCIA ES UNA HERRAMIENTA ÚTIL ANTE UNA POSIBLE COLISIÓN NORMATIVA

"*B.* Ahora bien, dadas la multiplicidad de órganos con potestades normativas reconocidas por la Constitución y la necesidad de ordenar la posición de las distintas fuentes que conforman el ordenamiento, este se basa, entre otros, en el postulado de coherencia. Este concibe el ordenamiento jurídico como un sistema articulado, dinámico y autorregulado que elimina las colisiones normativas, determinando el Derecho aplicable.

El ordenamiento prevé la solución de los conflictos entre disposiciones jurídicas y entre las competencias de los entes que las emiten por medio de los criterios de jerarquía especialidad, cronológico y prevalencia. De esta manera, corresponde al aplicador hacer uso de dichas herramientas para determinar la disposición aplicable en el caso concreto. Además, el postulado de coherencia es un principio informador del ordenamiento jurídico que, ante una posible colisión normativa, opta, de ser posible, por la interpretación que solvente el conflicto preservando los elementos contrastados".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 230-2013, fecha de la resolución: 05/06/2015.

PRINCIPIO DE NO CONFISCACIÓN

DEBE ASEGURAR A LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS UN MÍNIMO EXENTO DE TODA TRIBUTACIÓN

"*C.* En relación con el *principio de no confiscación,* el tributo no debe absorber una parte *sustancial* de la renta o capital gravado del contribuyente. En todo caso, debe asegurarse a las personas naturales un mínimo vital exento de toda tributación, a efecto de que puedan cubrir sus necesidades básicas. En el caso de las personas jurídicas, debe asegurárseles un mínimo que les permita continuar realizando la actividad correspondiente.

Sin duda, la mayor dificultad que plantea la aplicación de este principio es la determinación concreta de la "parte sustancial" de un patrimonio que representa el mínimo aludido. En realidad, la equidad de un tributo, en términos de no confiscación, solo puede establecerse en cada caso concreto tomando en

consideración el tiempo, el lugar, los montos y los fines económico-sociales de cada tributo".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 99-2014, fecha de la resolución: 11/12/2015.

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA

FINALIDAD

"*B.* Respecto al *principio de reserva de ley en materia tributaria,* en la Sentencia del 23-XI-2011, Amp. 311-2009, se sostuvo que este tiene como finalidad garantizar, por un lado, el derecho a la propiedad frente a injerencias arbitrarias del poder público –dimensión individual– y, por otro lado, el principio de autoimposición, esto es, que los ciudadanos no paguen más contribuciones que aquellas a las que sus legítimos representantes han prestado su consentimiento –dimensión colectiva–.

Dicho principio tiene por objeto que un tema de especial interés para los ciudadanos –es decir, el reparto de la carga tributaria– dependa exclusivamente del órgano estatal que, por los principios que rigen su actividad, asegura de mejor manera la conciliación de intereses contrapuestos en ese reparto. Así, en nuestro ordenamiento jurídico la reserva de ley tributaria tiene reconocimiento expreso en el art. 131 ord. 6° de la Cn.; sin embargo, este debe integrarse de manera sistemática con lo dispuesto en el art. 204 ord. 1° de la Cn., que habilita a los municipios a establecer tasas y contribuciones especiales, por lo que la reserva solo afecta a esta clase de tributos cuando son de alcance nacional".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 99-2014, fecha de la resolución: 11/12/2015.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

ALCANCE

"*2.* En cuanto a la supuesta vulneración a la prohibición del doble juzgamiento establecida en la parte final del inciso 1° del artículo 11 de la Constitución, al disponer que ninguna persona "puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa" esta Sala ha establecido en reiterada jurisprudencia que tal prohibición impide la duplicidad de decisiones respecto de un mismo hecho y en relación de una misma persona; y específicamente en el área judicial, la inmodificabilidad del contenido de una resolución estatal que decide de manera definitiva una situación jurídica determinada, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley –sentencia de 11-II-2005, Amp. 11-2005–. Es decir, la prohibición únicamente adquiere sentido y contenido en cuanto pone fin a una contienda o controversia de manera definitiva.

Así, el principio "non bis in idem", en esencia, está referido a aquel derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una "misma causa", entendido por ésta –aunque no tengamos una definición natural- una misma pretensión: i) identidad en la per-

sona *(eadem personas); ii)* identidad del objeto de la persecución *(eadem res); y* iii) identidad de la causa de persecución *(eadem causa petendi)* –sentencia del 294V-2013, Inc. 18-2008–. Es decir que está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con las figuras de la cosa juzgada y la litispendencia.

Entonces, si al confrontar las pretensiones deducidas en diferentes procesos se advierte que los elementos mencionados en el párrafo anterior son idénticos habrá un doble conocimiento del reclamo y en caso de que se resuelva definitivamente en aquéllos, se configurará una violación al principio constitucional *non bis idem"*.

INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN CUANDO SE TRATA DE UNA SANCIÓN PENAL Y UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

"La identidad en el sujeto y objeto no implica mayor grado de dificultad para su determinación, caso contrario con la identidad en la causa, lo que implica una identidad en el fundamento y supone deslindar la existencia de un mismo interés jurídico, que podría resultar protegido por dos normas pertenecientes a sectores diferentes del ordenamiento jurídico –v. gr. el orden administrativo, por un lado, y el penal, por el otro–.

Pues, cuando la duplicidad de consecuencias jurídicas para un mismo hecho opera en virtud de disposiciones que pertenecen al mismo orden normativo, la solución debe proveerse con las reglas generales de la especialidad, subsunción y consunción que operan en las aparentes concurrencias normativas. Así, por ejemplo, si se verifican varias afectaciones que pudieran quedar comprendidas en diferentes infracciones administrativas previamente tipificadas, se trataría de un concurso real o ideal de infracciones, según el caso. En el supuesto que exista una infracción que puede encontrarse simultáneamente regulada en una normativa disciplinaria y en el Código penal, ello da lugar a dos procedimientos distintos –administrativo sancionador y penal–.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su consolidada doctrina, ha establecido que a los efectos del art. 11 Cn., se considera como causa independiente al que se ventila dentro del proceso penal aquellos casos donde la infracción administrativa se prescribe para resguardar la relación especial de sujeción que deriva del vínculo normativo de deberes funcionales que enlaza a un administrado con la Administración pública. Y, por tanto, no existiría *prima facie* contravención al *ne bis in idem.* En otras palabras, no existe identidad de fundamento cuando las diversas normas aparentemente aplicables protegen un distinto bien jurídico.

Y es que la sanción penal está llamada a salvaguardar los intereses públicos puestos en lesión o peligro por la conducta desarrollada por el agente delictivo; mientras que la sanción disciplinaria tiene como fundamento la infracción de los deberes éticos y de aquellos cánones conductuales que intentan preservar el buen funcionamiento de la Administración en relación con el servicio público que se presta –sentencia del 29-IV-2013, Inc. 18-2008–".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 252-2014, fecha de la resolución: 02/10/2015.

PROCESO DE AMPARO

REQUISITOS

"1. Tal como se sostuvo en la resolución del 27-I-2009, pronunciada en el Amp. 795-2006, este proceso constitucional persigue que se imparta a la persona la protección jurisdiccional contra cualquier acto de autoridad que estime inconstitucional y que, específicamente, vulnere u obstaculice el ejercicio de los derechos constitucionales consagrados a su favor.

En ese sentido, para la procedencia de la pretensión de amparo, es necesario –entre otros requisitos– que el sujeto activo se autoatribuya alteraciones difusas o concretas en su esfera jurídica derivadas de los efectos de la existencia de una presunta acción u omisión –lo que en términos generales de la jurisprudencia constitucional se ha denominado simplemente *agravio–.* Dicho agravio tiene como requisitos que se produzca con relación a normas o preceptos de rango constitucional –elemento jurídico– y que genere una afectación difusa o concreta en la esfera jurídica de la persona justiciable –elemento material–.

Desde esta perspectiva, se ha afirmado que hay ausencia de agravio constitucional cuando el acto u omisión alegado es inexistente o cuando, no obstante concurra una actuación u omisión por parte de la autoridad a quien se le atribuye la responsabilidad, aquella ha sido legítima, es decir, se ha realizado dentro del marco constitucional o es incapaz de producir por sí misma una afrenta en la esfera jurídica constitucional del sujeto que reclama.

Consecuentemente, si la pretensión del actor de amparo no incluye los elementos antes mencionados, hay ausencia de agravio y la pretensión debe ser rechazada por existir imposibilidad absoluta de juzgar el caso desde el ámbito constitucional".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 795-2014, fecha de la resolución: 11/11/2015.

RECUSACIÓN

INNECESARIO CONOCER SOBRE PETICIÓN DE RECUSACIÓN CUANDO SE DECLARA IMPROCEDENTE LA DEMANDA

"**V.** Expuestas las razones que justifican el rechazo de la demanda, es preciso acotar que el señor Héctor Antonio Acevedo Moreno solicitó la abstención de los magistrados que suscribieron las resoluciones del 24-I-2014 y 10-II-2014 del proceso de inconstitucionalidad 8-2014, de conocer respecto de este proceso.

Al respecto, se advierte en primer lugar que el demandante, a pesar de invocar supuestas vulneraciones a derechos fundamentales, esencialmente busca, a través de un nuevo proceso de amparo, atacar una decisión emitida por este Tribunal en un proceso de inconstitucionalidad para el cual, este Tribunal ya emitió sentencia definitiva, pretendiendo que este haga las veces de un medio impugnativo.

Por tanto, es preciso reseñar lo señalado por esta Sala, en cuanto a que la imposibilidad de atacar las decisiones emanadas de este Tribunal vía recursos, medios de impugnación ulteriores o mediante un proceso de amparo diferente, se fundamenta en que nuestro país "...adopta un sistema en el que la labor de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo es concentrada, pues dicha actividad está encomendada de manera exclusiva a ella, convirtiéndola en el máximo tribunal de justicia constitucional salvadoreño e intérprete último de la normativa, así también, en el guardián de la supremacía, regularidad e integridad de la Constitución" -resolución de improcedencia del 3-II-2005, Amp. 745-2002.

En ese sentido, no es posible que esta Sala conozca de un amparo que pretenda actuar como un recurso para revisar una resolución dictada en otro proceso de jurisdicción constitucional, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica-que deviene de la naturaleza de sus resoluciones, en el sentido que, estas constituyen la última interpretación en materia constitucional de la norma sobre la cual versa dicha resolución. Más aún, cuando se trata de un proceso de inconstitucionalidad, el cual, como ya se dijo, constituye un proceso de contraste normativo abstracto que pretende dotar de certeza constitucional al ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, y tomando en consideración lo establecido en la resolución 6-I-2012 del proceso de inconstitucionalidad 48-2011, se debe tener en cuenta que, ante la declaratoria de improcedencia de la presente demanda, iniciar el trámite de recusación de los magistrados carecería de razón de ser; ya que, el efecto principal del rechazo liminar improcedencia, consiste en no entrar a conocer el fondo de la pretensión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 192-2014, fecha de la resolución: 16/02/2015.

REGULACIÓN DE PERMISOS SINDICALES POR EL PLENO DE LA CSJ

PERMISOS SINDICALES

"Los *permisos sindicales* se configuran, entonces, como el instrumento mediante el cual el empleador concede a los directivos sindicales autorización para ausentarse del lugar de trabajo en horas laborales, con la finalidad de poder cumplir con actividades propias e indispensables para el adecuado funcionamiento y desarrollo de la organización laboral, *siempre y cuando dichos permisos se encuentren dentro de los límites razonables, sean proporcionales y atiendan a un criterio de necesidad,* ya que su principal finalidad es permitir el funcionamiento normal de la asociación sindical".

ACTO REGULATORIO QUE ORGANIZA EL EJERCICIO DE LOS PERMISOS SINDICALES

"V. Desarrollados los puntos previos, corresponde en este apartado analizar si la actuación de la autoridad demandada se sujetó a la normativa constitucional.

1. A. a. Las partes aportaron como prueba, entre otros, los siguientes documentos: *(i)* copia simple de la transcripción del Acuerdo 5-P-2011, emitido por la Corte Suprema de Justicia el 21-VII-2011, en el cual, en virtud de las solicitudes formuladas por la Asociación Sindical de los Trabajadores del Órgano Judicial (ASTOJ), el SINEJUS, la Asociación de Trabajadores Judiciales Salvadoreños (ATRAJUS), el Sindicato de Empleadas y Empleados Judiciales de El Salvador 30 de Junio (SEJES 30 de Junio), la Asociación de Abogados Empleados del Órgano Judicial (ABOJES) y el SITTOJ, se acordó conceder un día de permiso dentro de cada semana laboral a tres miembros de la junta directiva de los aludidos sindicatos para desarrollar actividades sindicales; y copia simple de la esquela de notificación al SITTOJ de la resolución pronunciada por la Corte Suprema de Justicia el 18-X-2011, en la que se resolvió el recurso de revocatoria correspondiente y se ratificó el Acuerdo 5-P-2011.

b. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 330 inc. 2° y 343 del Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en los procesos de amparo, con las copias simples presentadas se establecen los hechos que documentan, dado que no se ha alegado ni demostrado su falsedad.

B. Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos y datos: *(i)* que el pleno de la Corte Suprema de Justicia acordó conceder un día de permiso dentro de cada semana laboral a tres miembros de la junta directiva de las organizaciones sindicales [...], [...], [...], [...] y [...]; y *(ii)* que el [...] y el [...] se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación de la referida regulación.

2. A. a. La libertad sindical prescrita en el art. 47 de la Cn. no se limita al reconocimiento por parte del Estado de la existencia de organizaciones sindicales, pues para garantizar la eficacia de este derecho es necesario dotar a dichas organizaciones, y específicamente a sus directivas, de las garantías que permitan gestionar su administración. Uno de los instrumentos que permite la ejecución y el desarrollo del derecho de asociación sindical son las *licencias o permisos a los directivos sindicales,* pues posibilitan el adecuado cumplimiento de la gestión encomendada por los afiliados a sus representantes.

La efectividad de esta garantía requiere un mínimo de organización y procedimiento; sin embargo, en el ordenamiento jurídico salvadoreño el legislador ha omitido reglar el régimen de permisos sindicales de los servidores públicos. Ahora bien, la falta de legislación no justifica que el Estado se sustraiga de su obligación de adoptar medidas tendientes a hacer efectivos dichos permisos, ya sea por vía convencional, reglamentaria o por acuerdos directos en el momento en que se requieran.

B. a. En las Sentencias de fechas 12-IV-2007 y 23-II-2001, pronunciadas en los procesos de Inc. 28-2006 y 8-97, respectivamente, se sostuvo que, en muchos casos, la eficacia plena de los derechos fundamentales requiere de su regulación, ya que, por lo general, su reconocimiento constitucional se efectúa de manera muy elemental y abstracta.

En ese contexto, la *"regulación" implica adoptar las medidas normativas necesarias para concretizar los derechos fundamentales, es decir, comprende*

la actividad normativa mediante la cual: (i) se implementan las reglas para el ejercicio del derecho; (ii) se organiza dicho ejercicio; (iii) se establecen los procedimientos requeridos para hacerlo efectivo; y (iv) se diseñan sus garantías. Por tal razón, como se acotó en la. Sentencia de fecha 13-XII-2005, emitida en el proceso de Inc. 58-2003, dicha actividad puede realizarse mediante cualquier disposición de carácter general, impersonal y abstracto emitido por órganos estatales o entes públicos habilitados para ello.

Y es que, dado que los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto, estos deben armonizarse entre sí con los demás derechos y valores constitucionales, lo cual implica que el legislador u otros entes públicos están habilitados para reglamentar su ejercicio por razones de interés general o para proteger otros derechos, pero estas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer su contenido esencial.

b. En cambio, la *limitación o restricción* de un derecho fundamental tiene lugar cuando la regulación se manifiesta en un grado más intenso, *al punto de incidir en sus elementos esenciales.* De esta manera, la restricción de un derecho fundamental envuelve, necesariamente, la modificación de su objeto o de sus titulares o reporta una limitación a. determinados modos de su ejercicio.

En ese sentido, como se sostuvo en las Sentencias de fechas 6-IX-2001 y 21-VIII-2009, pronunciadas en los procesos de Inc. 27-99 y 24-2003, respectivamente, debido a la intensidad regulatoria que reviste la limitación o restricción de un derecho fundamental, su implementación es admisible constitucionalmente solo en virtud de una ley en sentido formal, pues su órgano emisor es regido por un estatuto que comprende ciertos principios orientadores e informadores que legitiman su producción normativa.

3. A. a. En el presente caso, ante la ausencia de normativa aplicable al interior del Órgano Judicial, la Corte Suprema de Justicia emitió el Acuerdo 5-P-2011, de fecha 21-VII-2011, mediante el cual acordó conceder un día de permiso sindical dentro de cada semana laboral a tres miembros de la junta directiva de los sindicatos conformados en el interior de esta institución, decisión que fue ratificada en fecha 18-X-2011.

Así, el Acuerdo 5-P-2011 configura un *acto regulatorio que organiza el ejercicio de los permisos sindicales* al interior del Órgano Judicial, precisando diversas *reglas* como: *(i)* conceder un día de permiso dentro de la semana laboral a tres miembros –designados por cada organización– de la Junta Directiva de los sindicatos conformados en esa institución; y *(ii)* establecer la posibilidad de que, en casos extraordinarios, se amplíen los días de permisos para realizar la actividad propia de los sindicatos o asociaciones laborales, previa solicitud ante la Corte Suprema de Justicia.

b. Los demandantes alegan que la referida regulación produce una limitación ilegítima del derecho a la libertad sindical, debido a que ellos gozaban de un “derecho adquirido” al existir la costumbre de haber gozado de *permisos a tiempo completo* desde hace más de ocho años. Además, sostienen que se ha vulnerado su derecho de audiencia, pues no se les concedió participación en la determinación y regulación de los permisos a sus directivos sindicales.

B. a. Al respecto, se advierte que establecer cuál debe ser la duración del tiempo libre remunerado con el que cuentan los empleados públicos judiciales que tienen la calidad de directivos sindicales para realizar actividades tendientes al funcionamiento de las asociaciones de trabajadores de la cual forman parte no constituye una limitación del derecho a la libertad sindical, pues con ello no se restringe o anula la actividad de dichas organizaciones. Por el contrario, una regulación de este tipo únicamente busca implementar las reglas por medio de las cuales se ejercitará el aludido derecho fundamental y dar certeza a sus titulares sobre la forma en que este se hará efectivo.

Y es que la finalidad de los permisos sindicales es hacer posible el ejercicio de la acción sindical, por lo que admiten una reglamentación dirigida a que su concesión atienda a criterios de *necesidad, razonabilidad y proporcionalidad".*

b. En similar sentido se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), quien en la "Recomendación Sobre los Representantes de los Trabajadores" del año 1971 (n° 143) sostuvo que podrían fijarse *límites razonables* al tiempo libre que se concede a los representantes de los trabajadores para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones y, además, que *la concesión de estas facilidades no debe perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa* interesada.

En esa misma línea, en el Caso n° 2306 (Bélgica), el referido Comité subrayó que la concesión de tiempo a los representantes de las organizaciones de empleados públicos tiene como corolario el garantizar un "funcionamiento eficaz de la administración o servicio al interesado". Tal corolario implica que *puede existir un control de las solicitudes de tiempo libre para ausentarse durante las horas de trabajo por parte de las autoridades administrativas competentes,* ya que estas son las únicas responsables del "funcionamiento eficaz" de sus servicios. En consecuencia, *la duración del referido tiempo libre debe atender a "límites razonables".*

c. De lo antes expuesto, se colige que la reglamentación del tiempo de permiso efectuada por la autoridad demandada en el acuerdo impugnado no constituye una limitación al derecho a la libertad sindical de las asociaciones pretensoras, sino un mecanismo que viabiliza el modo de ejercicio del referido derecho, ya que mediante ella, por un lado, se establecen permisos permanentes limitados a un día por cada semana de trabajo y, por otro, se habilita al Órgano Judicial a conceder o denegar permisos eventuales, atendiendo a criterios de *necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.* En este último supuesto, dicha autoridad tiene la *obligación de emitir en firma oportuna y motivada su decisión.*

C. a. Asimismo, por su propia naturaleza, la figura jurídica del permiso alude a algo incidental, es decir, que interrumpe el curso normal de una situación establecida y que altera la regularidad de lo que tiene carácter permanente. Por ello, los permisos son de carácter excepcional y de corta duración, no pueden ser otorgados de forma perenne pues ello implicaría una contradicción en sus propios términos".

CALIDAD DE DIRECTIVO SINDICAL NO EXIME DE LAS RESPONSABILIDADES PROPIAS DEL CARGO

"Además, la calidad de directivo sindical no se sobrepone a la de servidor público, es decir, las personas que son dirigentes de organizaciones sindicales integradas por trabajadores del órgano judicial son, a su vez, empleados públicos responsables de desempeñar las funciones propias del cargo de que son titulares y por las cuales son remunerados con fondos públicos, por lo que no están eximidos de cumplir con las obligaciones para las que fueron contratados, pues *el ejercicio de su actividad sindical no puede afectar el funcionamiento eficiente del servicio público de administración de justicia, el cual es de carácter esencial, permanente y continuo.*

Sobre este punto, el art. 246 inc. 2° de la Cn. establece que *el interés público tiene primacía sobre el interés privado* y, además, el art. 6 párrafo 2° del Convenio n° 151 de la OIT Sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (1978), precisa que la concesión de las facilidades a los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante horas de trabajo o fuera de ellas *no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.*

c. En consecuencia, a efecto de que el interés particular no prevalezca sobre el interés general de la sociedad de contar con una administración de justicia eficiente y tampoco se anule por completo el contenido de la garantía sindical en cuestión, se estima conforme a los parámetros que la Constitución establece una regulación que conceda los permisos sindicales de *modo temporal y atendiendo a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad".*

DERECHOS ADQUIRIDOS

"*D. a.* Por otra parte, los *derechos adquiridos* son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido con fundamento en una ley y que, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a legislaciones posteriores que no pueden afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una norma anterior. Con ellos se busca brindar protección a ciertas situaciones consolidadas frente al poder estatal, es decir, obran como un auténtico límite del poder. Sin embargo, no se configura un derecho adquirido cuando se ha accedido a este por medios ilegales, con fraude a la ley o con *abuso del derecho.*

b. La idea de abuso induce a encontrar un límite que contenga y frene las modalidades del ejercicio concreto de un derecho o del uso de un poder capaz de perjudicar los derechos o intereses de un tercero. La prohibición del abuso del derecho significa que el Estado y los particulares no pueden, al amparo del ejercicio de una potestad conferida por el ordenamiento jurídico o de un derecho fundamental, limitar o anular ilegítimamente los derechos de terceros o exceder los límites intrínsecos de dicho derecho fundamental, efectuando un uso inapropiado e irrazonable de él.

c. Por consiguiente, dado que los permisos sindicales son concedidos a los directivos de las asociaciones sindicales del Órgano Judicial sin contrapartida –es decir, sin que reembolsen su salario y se afecte su tiempo de servicio laboral– con la finalidad de garantizar la adecuada gestión de estas, su uso debe efectuarse de forma razonable y, por tanto, no deben concederse más que durante el período estrictamente necesario para el ejercicio del buen funcionamiento de esas asociaciones, pues de lo contrario se produciría un *abuso del derecho* que podría menoscabar la credibilidad e importancia de la actividad sindical.

Por ello, no es constitucionalmente admisible alegar la existencia de un derecho adquirido para justificar la existencia de permisos que exoneren permanentemente a los representantes sindicales de cumplir con las obligaciones propias de la relación laboral que los vincula con el Órgano Judicial y justifica el que formen parte de las asociaciones sindicales a las cuales pertenecen".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 746-2011, fecha de la resolución: 26/06/2015.

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

EL ESTADO RESPONDE SUBSIDIARIAMENTE CUANDO EL FUNCIONARIO NO PUEDE ASUMIR ECONÓMICAMENTE SU RESPONSABILIDAD PERSONAL

"*1. A.* Tal como se sostuvo en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, el art. 245 de la Cn. regula lo relativo a la responsabilidad por daños en la que incurren los funcionarios públicos como consecuencia de una actuación dolosa o culposa que produce vulneración de derechos constitucionales, la cual es personal, subjetiva y patrimonial.

Asimismo, dicha disposición constitucional prescribe que, en el caso de la responsabilidad aludida y cuando dentro de la fase de ejecución del proceso en cuestión se constate que el funcionario no posee suficientes bienes para pagar los daños materiales y/o morales ocasionados con la vulneración de derechos constitucionales, el Estado, en posición de garante, asume subsidiariamente el pago de dicha obligación -la que, en principio, no le correspondía-".

PROCEDE LA ACCIÓN CIVIL DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO LA SENTENCIA SEA ESTIMATORIA, INDEPENDIENTEMENTE SI ES POSIBLE O NO OTORGAR UN EFECTO MATERIAL

"*B.* Por otro lado, el art. 35 de la L.Pr.Cn. establece, en su parte inicial, el efecto material de la sentencia de amparo, el cual tiene lugar cuando existe la posibilidad de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. En cambio, cuando dicho efecto no es posible, la sentencia de amparo se vuelve meramente declarativa, dejándole expedita al amparado la incoación de un proceso en contra del funcionario por la responsabilidad personal antes explicada.

Ahora bien, tal como se sostuvo en el mencionado Amp. 51-2011, la citada disposición legal introduce una condición no prevista en la Constitución y, por ello, no

admisible: el que la "acción civil de indemnización por daños y perjuicios" solo procede cuando el efecto material de la sentencia de amparo no es posible. Y es que esta condición, además de injustificada, carece de sentido, puesto que el derecho que establece el art. 245 de la Cn. puede ejercerse sin necesidad de una sentencia estimatoria de amparo previa. Con mayor razón aun -puesto que se basa en una causa distinta-, podría promoverse, sin necesidad de dicha sentencia, un proceso de daños en contra del Estado con base en el art. 2 inc. 3° de la Cn.

Teniendo en cuenta que en la actualidad el proceso de amparo está configurado legal y jurisprudencialmente como declarativo-objetivo y, por ende, no tiene como finalidad el establecimiento de responsabilidad alguna, en la sentencia mencionada se concluyó que, según el art. 35 de la L.Pr.Cn., interpretado conforme al art. 245 de la Cn., cuando un fallo es estimatorio, con independencia de si es posible o no otorgar un efecto material, se debe reconocer el derecho que asiste al amparado para promover, con base en el art. 245 de la Cn., el respectivo proceso de daños directamente en contra del funcionario responsable por la vulneración de sus derechos fundamentales. Y, dentro de este proceso, únicamente en el supuesto de que en la fase de ejecución se constate que dicho funcionario no posee suficientes bienes para afrontar el pago de la indemnización, el Estado (o el municipio o la institución oficial autónoma respectivos, según sea el caso), en posición de garante, responderá subsidiariamente de la aludida obligación".

ESTADO Y ENTES DESCENTRALIZADOS PUEDEN INCURRIR EN RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS REGULATORIOS DE CARÁCTER GENERAL Y ABSTRACTO QUE PRODUZCAN DAÑOS DE CARÁCTER MATERIAL O MORAL

"*C. a.* Existen casos especiales en los que el Estado, sus entes descentralizados o desconcentrados y los funcionarios con potestades normativas pueden incurrir en responsabilidad por los actos regulatorios de carácter general y abstracto que produzcan daños de carácter material o moral como consecuencia de la vulneración de los derechos constitucionales de las personas. Este tipo de responsabilidad se caracteriza por los siguientes elementos:

i. La fuente directa de la obligación de resarcir daños está constituida por la inconstitucionalidad de disposiciones generales y abstractas. El daño causado a un particular surge como consecuencia directa de la vigencia de una disposición cuyo contenido -aquello que manda, prohíbe o permite- es inconstitucional, con independencia de las eventuales intermediaciones jurisdiccionales o administrativas. Por el contrario, cuando se trate de daños cuyo origen sea un acto de aplicación y/o interpretación de la ley, efectuado por una autoridad administrativa o jurisdiccional, la procedencia de una eventual responsabilidad deberá definirse respecto de la actuación de estas últimas.

ii. Surge a partir de la intervención estatal conculcadora de derechos constitucionales. La responsabilidad patrimonial deriva de la generación de un daño que tiene como base la afectación de derechos revestidos de inmunidad respecto de los cambios legislativos: derechos reconocidos en la Constitución.

iii. La antijuridicidad. No existen derechos absolutos, ya que, en principio, toda facultad subjetiva admite restricciones. La Constitución habilita a los entes con potestades normativas a interpretar, regular y delimitar el contenido de los derechos fundamentales, siempre que ello no implique su privación, la afectación de su esencia o una intervención desproporcionada. Tales habilitaciones se encuentran sometidas a límites sustantivos, competenciales y procedimentales. En ese sentido, la actividad creadora de normas no está exenta de equívocos, ya que, por lo general, los preceptos constitucionales tienen un carácter abierto, susceptible de cierto margen de interpretación por parte de los órganos que los desarrollan, por lo que estos pueden incurrir en errores interpretativos que motivan la inconstitucionalidad de la disposición que emiten; situación que no necesariamente implica la existencia de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados.

En ese orden, la reparación patrimonial de daños materiales o morales causados por una limitación a un derecho constitucional no procede en los casos en los cuales, no obstante que se acredita la inconstitucionalidad de una determinada disposición, lo que sucede es que el ente con potestad normativa cometió un error excusable al interpretar o delimitar el alcance y significado de los preceptos constitucionales en ejercicio de sus competencias. Por consiguiente, la antijuridicidad de la actuación normativa se verificará solo en los supuestos en los que no exista error o exista un error inexcusable por parte del funcionario creador de la disposición, por ejemplo: por emitir una disposición que manifiestamente contradice el tenor de las disposiciones constitucionales -v. *gr.* de aquellas que fijan de manera clara algún procedimiento o una prohibición-; o por infringir jurisprudencia constitucional de la cual debe tener conocimiento -v. *gr.* cuando el contenido de la normativa emitida es el mismo que el de otros preceptos declarados previamente inconstitucionales por este Tribunal-.

iv. La jurisdicción ordinaria es la competente para conocer de los procesos de responsabilidad contra el Estado o sus funcionarios por la emisión de disposiciones inconstitucionales. A ella le corresponde constatar la existencia del daño, el nexo de causalidad entre este y la disposición cuestionada, la antijuridicidad de la actuación normativa y, en los casos de la responsabilidad personal del art. 245 de la Cn., el dolo o la culpa del funcionario.

b. Siguiendo los lineamientos expresados, cuando a un particular se le ocasione un daño por la emisión de disposiciones inconstitucionales, en los supuestos de ausencia de error o de error inexcusable arriba mencionados, puede optar por demandar al funcionario público responsable de dicha emisión por la vulneración de sus derechos constitucionales -art. 245 Cn.- o al Estado por la lesión sufrida en ocasión de su actuación normativa -art. 2 inc. 3° Cn. -.

c. Al respecto, el art. 245 de la Cn. establece que los funcionarios y empleados públicos deben responder por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la vulneración de los derechos constitucionales. Este tipo de responsabilidad es eminentemente personal, por lo cual los sujetos obligados a indemnizar los perjuicios ocasionados con la emisión de disposiciones generales y abstractas declaradas inconstitucionales son los que hayan concurrido con su voluntad en la emisión de aquellas. De lo anterior se deduce que, en los casos

de los órganos colegiados, únicamente deberán responder los integrantes que hayan aprobado o votado por el contenido de la normativa en cuestión mediante el procedimiento correspondiente.

Sin embargo, en el caso de la Asamblea Legislativa, el art. 125 de la Cn. establece la inviolabilidad de los diputados, quienes no tienen responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan en el ejercicio de sus funciones. El régimen de la inviolabilidad en los Estados Constitucionales tiene la finalidad de asegurar, mediante la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del Órgano Legislativo. Esta prerrogativa se asienta en la vigencia del principio de división de poderes y pretende evitar la persecución de los diputados por errores al momento de legislar. Mediante esta garantía se trata de asegurar la independencia del Órgano Legislativo, protegiendo un ámbito de libertad en la labor legislativa, sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar frustrado.

La garantía de la inviolabilidad de los diputados de la Asamblea Legislativa constituye una excepción al principio de responsabilidad personal de los funcionarios públicos, previsto en el art. 245 de la Cn. Sin embargo, ello no impide que los daños ocasionados por los actos legislativos declarados inconstitucionales sean resarcidos en los casos en que exista un daño antijurídico, pues dicha responsabilidad puede ser deducida en la vía ordinaria frente al Estado, con base en el art. 2 inc. 3° de la Cn".

2. En el supuesto en estudio, por medio del auto del 9-XI-2012, se suspendieron provisionalmente los efectos del DL n° 81/2012, pues los preceptos sometidos a control constitucional, al ser de carácter autoaplicativo, podían ocasionar un agravio personal y directo al demandante con su sola entrada en vigencia. Además, se estableció que el art. 2 del citado decreto legislativo conculcó el derecho fundamental a la estabilidad en el cargo del señor [...]., en virtud de haber ordenado su remoción como directivo suplente del Consejo Directivo del INSAFORP, antes del 11-II-2013, fecha en la cual finalizaba el período para el cual había sido designado como representante del sector patronal. Por tal motivo, y teniendo en cuenta que la disposición impugnada no consumó plenamente sus consecuencias jurídicas, en virtud de la medida cautelar impuesta en este proceso, y que a la fecha de esta sentencia el pretensor ya cesó en su cargo de director, como consecuencia de haber expirado el plazo legal para el que fue electo, carece de sentido ordenar un efecto restitutorio material.

En virtud de de lo anterior, y como efecto de la presente sentencia de amparo, *el actor tiene expedita la vía judicial indemnizatoria directamente en contra del Estado -con base en el art. 2 inc. 3° de la Cn. -por los posibles daños causados como consecuencia de la vulneración a sus derechos.* De incoarse esta vía, la jurisdicción ordinaria competente deberá constatar la existencia del daño, el nexo de causalidad entre este y la emisión de la disposición cuya inconstitucionalidad se constató y la antijuridicidad de la actuación normativa, dado que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 523-2012, fecha de la resolución: 04/02/2015.

SALARIOS

ÓRDENES DE DESCUENTO NO CONSTITUYEN UNA SANCIÓN Y NO REQUIEREN UN PROCEDIMIENTO PREVIO

"*3.* Asimismo, es preciso aclarar que *el hecho de prescindir del pago de salarios por los retrasos o por el tiempo dejado de trabajar sin excusa suficiente no tiene un carácter sancionatorio, ni puede atribuírsele al desarrollo de la potestad disciplinaria del empleador,* sino que constituye una medida que este adopta como consecuencia directa del incumplimiento por parte del trabajador, materializada en la inobservancia del tiempo previsto de trabajo, ya sea en el contrato o en un nombramiento para una determinada plaza.

Así, *debido a que las órdenes de descuento de salario no tienen naturaleza punitiva, es decir, no se constituyen como una sanción, no se exige que deban ir precedidas de un procedimiento previo.*

4. Por otra parte, con respecto al principio de legalidad que el actor alega transgredido, este Tribunal ha sostenido -verbigracia en la inadmisibilidad de fecha 29-IX-2011, pronunciada en el Amp. 92-2011- que, por regla general, *los valores y principios constitucionales no son objeto de invocación autónoma en este tipo de proceso,* toda vez que ellos son criterios o argumentos estructurales o relacionales mediante los cuales se determinan, por una parte, los contenidos prescriptivos de los derechos fundamentales y, por otra, las instituciones que integran las normas relativas a un determinado sector del ordenamiento jurídico.

Así, los valores y principios constitucionales no son facultades jurídicas que una persona pueda ejercitar de manera autónoma en contra de algún sujeto de derecho, por lo que, en caso de infracción, no puede pretenderse la tutela de dichos criterios, cánones, normas o conceptos jurídicos, pues de su vulneración no podría inferirse la existencia de un agravio causado en la esfera jurídica particular de una persona.

5. En conclusión, del análisis de las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas se deriva la imposibilidad de juzgar, desde una perspectiva constitucional, el fondo del reclamo planteado por la parte actora, ya que este se fundamenta en un asunto de estricta legalidad y, en consecuencia, es pertinente declarar la improcedencia de la demanda de amparo".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 921-2014, fecha de la resolución: 26/01/2015.

TRATO DIFERENTE SE JUSTIFICA ÚNICAMENTE CUANDO SUJETOS SE ENCUENTRAN EN DISTINTAS CONDICIONES

"*B.* Al respecto, el art. 38 ord. 1° de la Cn. establece el principio de que "a trabajo igual debe corresponder igual remuneración", el cual busca un trato igual a personas que se encuentran en las mismas condiciones laborales. Así, se justifica un trato diferente únicamente cuando los sujetos se encuentran en distintas condiciones. Dicho principio es un criterio relacional que da origen al juicio de igualdad. Por tal razón, en el caso concreto, quien alega su vulneración debe in-

dicar con claridad que se trata de dos sujetos o grupos que desempeñan las mismas funciones y están sometidos a las mismas exigencias de cualificación para el empleo y que, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. En otras palabras, la discriminación salarial injustificada se deberá a la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable que justifique la diferenciación".

EMPLEADOR ESTÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR CRITERIOS OBJETIVOS UTILIZADOS PARA DIFERENCIACIÓN SALARIAL

"Con relación a ello, es constitucionalmente admisible que, incluso en caso de idénticos cargos se justifique una diferenciación salarial, en atención, por ejemplo, a: *(i)* la formación técnica y académica; *(ii)* los méritos obtenidos por la actividad que se realiza; *(iii)* el tiempo de servicio laboral; *(iv)* los resultados de evaluaciones objetivas de desempeño; y (v) el horario y condiciones en los que el trabajador desempeña sus funciones, etc. Si bien no existe un parámetro fijo en la materia, el empleador tendría la carga de alegar y, en su caso, demostrar los criterios objetivos, discernibles y razonables en que se haya basado cualquier diferenciación salarial".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 556-2013, fecha de la resolución: 06/05/2015.

SEGURIDAD SOCIAL

DEFINICIÓN

"IV.*1.* En las Sentencias de fechas 30-I-2013 y 1-VI-2011, emitidas en los procesos de Amp. 254-2010 y 79-2010, respectivamente, se sostuvo que la *seguridad social,* de acuerdo con el art. 50 inc. 1° de la Cn., tiene su fundamento en la necesidad de brindar a las personas un mínimo de seguridad económica *que les permita enfrentar las contingencias que se les presenten en la vida, tales como la invalidez, la vejez e, incluso, la muerte de un familiar asegurado a una de las instituciones del sistema de previsión social.*

La seguridad social constituye un *servicio público* de carácter obligatorio, cuyo alcance, extensión y regulación legal, debe atender los parámetros establecidos en el art. 50 inc. 2° de la Cn., con el objeto de responder a una necesidad *general* o *pública,* que comporta una garantía de provisión de medios materiales y de otra índole —*v.gr.,* el suministro de una pensión periódica—, para hacer frente a los riesgos o a las necesidades sociales a los que antes se ha hecho referencia, por medio de los mecanismos diseñados por el Estado para tales fines.

2. Partiendo de la afirmación de que el Estado se ha comprometido a apoyar el desarrollo de la personalidad humana frente a esas contingencias que se presentan en la vida y de que, para ello, ha creado un régimen jurídico y un sistema coordinado de mecanismos y entidades para brindar tal servicio, se ha establecido que ese deber o compromiso adquirido frente a los destinatarios se convierte en un *derecho fundamental a la seguridad social.*

En efecto, la seguridad social constituye un derecho a gozar de una protección de índole social por parte del Estado, cuyos alcances y límites deben ser regulados en la ley y, en su oportunidad, aplicados a cada caso concreto, atendiendo los parámetros establecidos en la Constitución".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 450-2012, fecha de la resolución: 21/01/2015.

SENTENCIA DEFINITIVA

NOTIFICACIÓN POR EDICTO NO ESTÁ PERMITIDA EN LOS CASOS EN QUE SE CUENTE CON LA DIRECCIÓN DONDE REALIZAR EL ACTO DE COMUNICACIÓN

"Al respecto, el art. 1276 del C.Pr.C. –actualmente derogado, pero aplicable al caso concreto– prescribía la carga procesal que tenían las partes al comparecer al proceso de indicar un lugar para oír notificaciones dentro de la circunscripción territorial del tribunal ante el cual se tramitara ese proceso. En el supuesto que las partes no cumplieran con dicha carga, la consecuencia jurídica negativa que soportarían consistía en que el juez podía comunicarles las siguientes resoluciones por medio de edicto fijado en el tablero del tribunal, según lo regulaba el art. 220 inc. 3° del citado cuerpo legal. Dicho precepto establecía la validez de la notificación efectuada por medio de edicto o tablero judicial, pero la condicionaba al caso en que el interesado no tuviera casa o no hubiera señalado, de conformidad con el mencionado art. 1276, una dirección donde pudieran realizarse las notificaciones.

b. Respecto a este último punto, si bien la notificación por edicto fue prevista por el legislador como un mecanismo para materializar los actos de comunicación a las partes, es importante señalar que esta solo puede realizarse de manera excepcional. Y es que dicha comunicación cobra validez constitucional únicamente cuando la autoridad respectiva no cuenta con una dirección que se le haya proporcionado oportunamente dentro de la circunscripción territorial correspondiente en la que, de forma efectiva, pueda hacerse saber al interesado las decisiones que se adopten en el proceso respectivo.

En consecuencia, *la notificación por edicto no está permitida en los casos en que se cuente con la dirección donde puede realizarse el acto de comunicación, ya sea porque la dirección fue señalada expresamente por el interesado para tal efecto o porque ha quedado registrada en virtud del expediente que se ha tramitado.*

B. En el presente caso, del contenido de la prueba aportada se advierte que la abogada [...], cuando compareció al proceso ejecutivo mercantil en cuestión como apoderada del BFA y en sustitución del abogado [...], omitió indicar el lugar en el que debían efectuársele las notificaciones respectivas. Además, la referida profesional no atendió la prevención que sobre ese punto le efectuó la autoridad judicial demandada, de conformidad con lo prescrito en el art. 1276 del C.Pr.C., pese a que tuvo conocimiento de dicha advertencia, pues esta le fue comunicada por medio de una de las personas que designó para tales efectos.

Ahora bien, pese a las omisiones en las que incurrió la apoderada del BFA, se advierte que la Jueza Primero de lo Mercantil de esta ciudad contaba con una dirección en la que podía realizar de manera efectiva la notificación de la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo mercantil en cuestión, pues previo a la emisión de esa decisión definitiva la representante legal del BFA compareció al aludido proceso mediante el escrito presentado el 16-II-2012, en el cual, además de formularle una petición, señaló un lugar para recibir las notificaciones correspondientes y comisionó a la abogada F. de A. para que las recibiera. A partir de lo anterior, *se colige que en el expediente del proceso ejecutivo mercantil con ref 342-EM-06 había registrada una dirección en la que la autoridad judicial demandada podía comunicarle al BFA la sentencia que pronunció con fecha 1-III-2012 y, por tanto, no se justifica que haya ordenado realizar la notificación de esa resolución por medio de edicto.*

C. Por consiguiente, *se concluye que la actuación de la Jueza Primero de lo Mercantil de esta ciudad ocasionó la vulneración de los derechos de audiencia, defensa, a recurrir y a la propiedad del BFA, pues le privó a este de la oportunidad de impugnar la sentencia que le era adversa y ejercer los derechos que la ley le confería, por lo que resulta procedente declarar que ha lugar el amparo solicitado"*.

HABILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DIRECTA CONTRA LOS FUNCIONARIOS

"*1.* El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. Solo cuando el funcionario no posea suficientes bienes para pagar dichos daños, el Estado (o el Municipio o la institución oficial autónoma, según el caso) deberá asumir subsidiariamente esa obligación.

En todo caso, en la Sentencia del 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, al haberse comprobado la vulneración a los derechos de audiencia, defensa, a recurrir y a la propiedad del demandante, *el efecto restitutorio deberá concretarse en retrotraer las actuaciones al estado inmediatamente anterior a la notificación de la sentencia pronunciada el 1-III-2012 en el proceso ejecutivo mercantil con ref 342-EM-06, para que la autoridad judicial*

demandada proceda, conforme a lo dispuesto en esta resolución, a notificar al BFA la aludida sentencia, a efecto de que este cuente con la oportunidad de hacer uso de los medios impugnativos –en caso de que lo considere viable como mecanismo de defensa– y pueda tutelar sus derechos procesales y materiales en la instancia correspondiente.

Consecuentemente, *deberá dejarse sin efecto la resolución de fecha 31-VII-2012, mediante la cual se declaró ejecutoriada la sentencia antes relacionada, así como todos los actos que se efectuaron con posterioridad a esa actuación.*

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora, si así lo considera conveniente, tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de la persona que ocupaba el cargo de Juez Primero de lo Mercantil de San Salvador cuando ocurrió la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 4-2013, fecha de la resolución: 29/06/2015.

SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

AUTORIDAD DEMANDADA EMITIÓ, EL MISMO DÍA Y A LA MISMA HORA, DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS SOBRE EL MISMO ASUNTO, VULNERANDO DERECHOS A LA PROPIEDAD Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD PETICIONARIA

"*2. A. a.* En la Sentencia de fecha 12-X-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 40-2009, se precisó que el proceso es el instrumento heterocompositivo del que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de la *función jurisdiccional.* Asimismo, se sostuvo que, desde la perspectiva de los sujetos pasivos de esas pretensiones, dicho instrumento permite privar a los referidos sujetos de los derechos consagrados a su favor, siempre y cuando se realice de acuerdo con la Constitución.

Con relación a ello, en la Sentencia de fecha 20-VII-l999, emitida en el proceso de Inc. 5-99, se definió a la jurisdicción como "la forma de aplicación del Derecho que se distingue de otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo". En ese contexto, las decisiones judiciales tienen una especial trascendencia debido a que, al adquirir firmeza, deben ser ejecutadas aun en contra de la voluntad de las partes, sin que exista la posibilidad de ser revocadas por otros órganos. Precisamente, en virtud de los efectos que producen en las situaciones concretas de los justiciables las decisiones que los jueces y magistrados emiten al interior del proceso, el ejercicio de la aludida función conlleva una serie de responsabilidades previstas en el ordenamiento jurídico.

b. El art. 22 de la Ley de la Carrera Judicial (LCJ) establece ciertas obligaciones que deben cumplir los jueces y magistrados que integran dicha carrera, entre las cuales se encuentran las siguientes:*(i)* cumplir y velar porque se cumpla la Constitución y demás leyes; *(ii)* atender y administrar el tribunal a su cargo con la debida diligencia; y *(iii) desempeñar el cargo con el debido cuidado, eficiencia y*

responsabilidad. La inobservancia de los deberes antes enunciados puede hacer incurrir a los funcionarios judiciales en las infracciones previstas en el régimen disciplinario que establece la referida ley, entre las cuales se encuentra la de *firmar resoluciones sin haber participado en su discusión o no haberse impuesto del contenido de las diligencias,* que ha sido regulada como una infracción muy grave en el art. 52 letra e) de la LCJ y se sanciona con la suspensión en el desempeño del cargo de dieciséis a sesenta días, de conformidad con el art. 53 de la citada ley.

En concordancia con lo apuntado, el Código de Ética Judicial aprobado mediante Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia publicado en el Diario Oficial n° 24, Tomo n° 402, de fecha 6-II-2014, regula ciertos principios y deberes éticos que deben observar quienes ejercen la función jurisdiccional. Así, el art. 11 inc. final del referido código establece, respecto de la integridad del juez, que este debe ser consciente de que, debido a su especial investidura y autoridad, el ejercicio de dicha función le supone exigencias mayores que no rigen para el resto de ciudadanos. Además, el art. 15 inc. 2° del aludido instrumento regula ciertos aspectos relacionados con la prudencia que debe caracterizar al juez, entre ellos el deber de procurar al máximo posible que sus decisiones sean resultado de un juicio sustentado racionalmente, en el que debe valorar los argumentos de los que disponga y la normativa aplicable al caso, así como las consecuencias que derivarán de dichas decisiones. Finalmente, el art. 16 letra C del mismo código les impone el deber de *suscribir las resoluciones, sentencias y otros documentos luego de haberse cerciorado de su contenido, "procurando leerlos con máximo cuidado previo a su firma".* La inobservancia de los principios y deberes regulados en el referido código puede dar lugar a las sanciones que contempla dicho instrumento.

B. a. Como regla general, cuando no se produce durante la tramitación del proceso alguna causal que habilita su terminación de forma anormal –*v. gr.* por medio del desistimiento, improponibilidad sobrevenida, sobreseimiento, entre otros–, sus diversas instancias o grados de conocimiento deben finalizar con la emisión de una sentencia –de una única sentencia–, mediante la cual el juez o tribunal competente manifiesta su declaración de voluntad sobre el asunto que le ha sido propuesto, con base en el Derecho aplicable. Por ello, en el caso que se ha sometido a control de este tribunal, una vez finalizado el trámite de la apelación, la autoridad demandada tenía el deber de emitir la respectiva sentencia, de conformidad con los arts. 428, 1008, 1025 y 1026 del Código de Procedimientos Civiles (C.Pr.C.), actualmente derogado, pero aplicable al caso en cuestión. Para tal efecto, con base en el art. 432 del C.Pr.C., el tribunal debía haber "leído el proceso", lo que conllevaba ineludiblemente la obligación de analizar íntegramente el caso que se había sometido a su conocimiento.

El art. 428 del C.Pr.C. prescribía los requisitos que debía contener la sentencia de segunda instancia, entre ellos, la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, el fallo y las firmas de los jueces y del secretario de actuaciones. Con relación a ello, los arts. 70 obligaciones la 1ay 5a y 71 de la Ley Orgánica Judicial establecen el deber del secretario de las cámaras de segunda instancia de autorizar con su firma las resoluciones de dichos tribunales y verificar que estas

lleven la firma, media firma o rúbrica de los magistrados que deban autorizarlas. Por otro lado, la firma del juez y de su secretario caracterizan a la -sentencia como un documento público, de conformidad con lo prescrito en el art. 331 del C.Pr.C.M. y le atribuyen el valor probatorio que establecen los arts. 334 inc. 1° y 341 inc. 1° del referido código, lo cual se encontraba regulado anteriormente en el art. 260 ords. 1° y 4° del C.Pr.C.

b. De lo expuesto se infiere que, si bien el documento que contiene la sentencia debe reunir los requisitos formales que la ley prevé y una adecuada fundamentación que justifique la decisión del caso planteado, *lo que permite determinar con certeza que dicho documento contiene la declaración de voluntad del juez que la emite es su firma autógrafa, la cual, a su vez, debe estar acompañada por la de su secretario de actuaciones.* En ese sentido, la firma de dichos funcionarios dota a sus resoluciones de autenticidad, validez y eficacia y, además, con ella confirman la declaración de voluntad que han consignado en el texto de la resolución.

Consecuentemente, previo a estampar su firma en una resolución, el juez tiene el deber de analizar minuciosamente el proceso y de leer con sumo cuidado su contenido, aun cuando su elaboración esté a cargo del personal administrativo del juzgado o tribunal a su cargo. Y es que si bien los dependientes del juez participan en la elaboración del proyecto de resolución y pueden ser sancionados por su falta de diligencia, ello no libera al juez de su responsabilidad de estudiar el caso y de emitir la decisión correspondiente, pues es este quien ejerce la función jurisdiccional y no sus subordinados.

C. A partir de lo antes expuesto se concluye que, si bien la autoridad demandada asegura que existe una única sentencia "correcta", con la prueba documental se acreditó que dicha autoridad emitió, el mismo día y a la misma hora, dos sentencias contradictorias sobre el mismo asunto. Lo anterior se concluye debido a que ambos documentos fueron expedidos con las formalidades legales propias de la sentencia y, además, en ellos constan sus firmas y la de su secretario de actuaciones. Por otro lado, cuando las partes fueron notificadas legalmente el 1-VI-2012 de "la primera sentencia" –la que el tribunal demandado califica como "incorrecta"–, para estas ya existía una decisión definitiva del recurso, independientemente de su contenido. Por ello, al habérseles notificado una sentencia distinta el 4-VI-2012, que contenía una fundamentación y fallo contradictorio a los que constaban en la "primera sentencia" que les fue notificada, la autoridad demandada les generó inseguridad respecto de: *(i)* cuál de los fundamentos fácticos y jurídicos contenidos en dichas resoluciones contradictorias era el que debía aplicarse al caso; *(ii)* la cantidad de dinero exacta que debía pagar la peticionaria a favor de su acreedor; y *(iii)* cuál de las dos sentencias debía ejecutarse.

En consecuencia, la inseguridad que generó en las partes –especialmente en la recurrente– la emisión de ambas resoluciones no podía subsanarse con la simple emisión de una resolución que aclaraba cuál de ellas era la "correcta", ya que, como se dijo anteriormente, ambas fueron expedidas a la misma hora y en la misma fecha con todos los requisitos legales propios de una sentencia y, además, fueron notificadas a las partes.

C. Por consiguiente, en virtud de que con la documentación incorporada a este proceso *se ha comprobado que la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro emitió, el mismo día y a la misma hora, dos sentencias*

contradictorias sobre el mismo asunto, se concluye que la referida autoridad vulneró los derechos a la propiedad y a la seguridad jurídica de la sociedad peticionaria, por lo que es procedente ampararla en su pretensión".

EFECTO RESTITUTORIO: INVALIDAR AMBAS RESOLUCIONES Y PRONUNCIARSE EN SUSTITUCIÓN DE LAS DOS RESOLUCIONES ANULADAS UNA NUEVA SENTENCIA

"VI. Determinada la transgresión constitucional derivada de las actuaciones del aludido tribunal, corresponde establecer en este apartado el efecto de la presente sentencia.

1. El art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa,* quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de fecha 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparado siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el caso de las sentencias pronunciadas por la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, el efecto a otorgarse será material y consistirá en invalidar ambas resoluciones, así como todos los actos derivados de dichas decisiones. En consecuencia, la referida cámara deberá pronunciar –en sustitución de las dos resoluciones anuladas– una nueva sentencia, en la que deberá resolver el recurso de apelación con ref 08421-10-EC-4CV1, interpuesto por la sociedad peticionaria contra la sentencia pronunciada por el Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador el 22-II-2012.

B. Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn., la parte actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que cometieron la vulneración aludida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 400-2012, fecha de la resolución: 22/04/2015.

SERVICIOS PÚBLICOS DE TELEFONÍA

EMPRESAS QUE PRESTAN ESTE SERVICIO ESTÁN OBLIGADAS A CUMPLIR EL REGLAMENTO DE TELECOMUNICACIONES

"*2.* Visto lo anterior, es preciso analizar la gestión probatoria realizada por las partes en este proceso constitucional.

A. En los supuestos de los amparos contra ley autoaplicativa la parte actora debe *comprobar durante el transcurso del proceso el agravio de transcendencia constitucional que las disposiciones impugnadas ocasionaron en su esfera jurídica, situación que implica que aquella debe demostrar que se encuentra en el ámbito de aplicación de la disposición considerada inconstitucional y lesiva de sus derechos.* Por consiguiente, no sería necesario valorar la prueba dirigida a acreditar circunstancias diferentes al hecho de encontrarse dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones impugnadas.

B. Aclarada dicha circunstancia, corresponde exponer el contenido de la prueba incorporada al caso en estudio. […]

C. Ahora bien, respecto de la copia del Diario Oficial en el que se publicó el Decreto Ejecutivo n° 84 emitido el 15-VII-2011 por el Presidente de la República, se enfatiza que en un amparo contra ley autoaplicativa no existe la carga procesal de comprobar la existencia de las disposiciones impugnadas, ya que los jueces y magistrados conocen el Derecho vigente.

D. a En cuanto a la petición formulada por la sociedad demandante consistente en que se admita como prueba documental la copia de la resolución de 24-IV-2014 emitida por la UAIT de la SIGET, la jurisprudencia constitucional, *v.gr.* en el Auto de 29-IV-2011, Amp. 435-2010, ha sostenido que *es durante el plazo probatorio prescrito por el art. 29 de la L.Pr.Cn. que los sujetos procesales propondrán la prueba que pretenden que se incorpore o practique dentro del proceso.* Por consiguiente, al finalizar dicho lapso se entiende precluída la oportunidad que poseen las partes para presentar la prueba que consideren pertinente y conducente para comprobar sus afirmaciones. […]

F. Constan dentro de este proceso de amparo la existencia de indicios mínimos y suficientes que acreditan a la sociedad [...]., como operadora de servicios de telecomunicaciones, específicamente de telefonía, servicio fijo de internet y de televisión por suscripción.

Dicha circunstancia se colige de la copia de la resolución ref. T-0665-2014 pronunciada el 2-IX-2014 por la SIGET, puesto que en ella se relaciona, entre otros aspectos, que la sociedad actora, como operadora del servicio público de telefonía, presentó un escrito ante la Junta de Directores de la SIGET en el que expresaba que no se había implementado por ningún operador el sistema de contabilidad separada. De forma que, ante el presunto incumplimiento de esa obligación, la referida autoridad colegiada informó al Superintendente esa situación y este decidió, con fundamento en la Sentencia de 18-VI-2014, Amp. 507-2011, requerir a todos los concesionarios del servicio de telefonía fija y móvil que, en un plazo determinado, remitieran a la SIGET la información actualizada en el sistema de contabilidad separada.

Tal situación es corroborada a través de los escritos aportados al proceso por el apoderado de la SIGET los días 27-II-2013 y 11-III-2013, por medio de los cuales se remite a este Tribunal cierta documentación solicitada por la sociedad actora de conformidad con el art. 82 de la L.Pr.Cn, ya que en ellos consta que la SIGET aceptó de manera tácita que […]., es operadora del servicio público de telefonía, en tanto que procedió a enviar a este Tribunal la certificación requerida por aquella en ese carácter, relacionada con el expediente de revisión del

valor máximo, tanto de las tarifas básicas del servicio público de telefonía fija y móvil como de los cargos básicos de interconexión, efectuada por esa entidad en el 2012.

En ese sentido, a partir de la documentación aportada y que corre agregada al expediente, se infiere, con probabilidad positiva, que uno de los giros principales a los que se dedica la sociedad […]., es la prestación de los servicios públicos de telefonía; por consiguiente, esta se encuentra obligada a cumplir con las exigencias establecidas en los arts. 17, 20, 26 núms. 1 y 2, 25, 43, 44 y 48, en relación con los arts. 151 y 152, del RLT.

Ahora bien, a pesar de que dichos documentos no puntualizan con exactitud si la sociedad actora presta además el servicio fijo de Internet y los servicios de televisión por suscripción, se denota que las aseveraciones realizadas al respecto por dicha parte procesal no fueron controvertidas por la autoridad demandada, pese a haber tenido la oportunidad de hacerlo. En ese sentido, por tratarse de hechos no refutados por la parte contraria, es posible afirmar que dicha sociedad suministra los referidos servicios y, por ende, se encuentra también obligada a llevar contabilidad separada sobre las actividades indicadas en los arts. 26 núm. 6 y 29 del aludido reglamento.

De lo anteriormente expuesto se colige que la sociedad […]., es sujeto pasivo de las obligaciones establecidas en las disposiciones impugnadas, por lo que *se ha acreditado que la sociedad pretensora se encuentra en el ámbito de aplicación de estas, por ser operadora concesionaria del servicio público de telefonía y que, a su vez, al parecer, presta otros servicios de telecomunicaciones como son el servicio fijo de Internet y los de televisión por suscripción".*

ESTADO A TRAVÉS DE LA SIGET REGULA LAS TARIFAS BÁSICAS DE TELEFONÍA FIJA Y MÓVIL

"a. El art. 1 de la LT expresa que tal cuerpo normativo tiene como objeto normar las actividades del sector telecomunicaciones, especialmente la regulación del servicio público de telefonía. Asimismo, en el art. 7 de la referida ley se establece que la telefonía es un servicio público y que su prestación se delega en los operadores particulares por medio del régimen de concesiones, toda vez que cumplan los requisitos plasmados vía reglamentaria.

Como se ha señalado anteriormente, el Estado puede delegar en los particulares la prestación de determinados servicios públicos. Pero esta delegación y la libertad de empresa de la que gozan los operadores de dichos servicios no son de ningún modo absolutas, dado que la figura jurídica de la concesión pertenece al ámbito del Derecho Público y, por ende, el Estado se reserva la posibilidad de incidir normativamente en el ejercicio de tales concesiones. En el ámbito particular de las telecomunicaciones, el Estado, a través de la SIGET, regula las tarifas básicas de telefonía fija y móvil, tal como se desprende del art. 8 de la citada ley.

De acuerdo a este último artículo, la determinación de las referidas tarifas se hará "vía reglamentaria", basada en "estudios de costos y comparaciones internacionales de precios", cuya "metodología sea reconocida por la UIT", la cual deberá ser implementada en un plazo no mayor de nueve meses contados

a partir de la vigencia del Decreto Legislativo n° 485 de 7-X-2010 –publicado en el Diario Oficial n° 201, Tomo 389, de 26-X-2010–. Asimismo, dicha disposición legal establece que la SIGET deberá realizar una revisión anual de esas tarifas, cuya primera revisión deberá efectuarse después de transcurrido un año de haberse puesto en marcha "la metodología para el establecimiento de las tarifas y cargos basada en costos".

a. i. Ahora bien, los arts. 17, 25, 26 y 29 del RLT contienen la obligación para los operadores de telefonía fija y móvil, que realicen actividades reguladas y no reguladas que formen parte –entre otros– de servicios fijos (algunos de telefonía, valor agregado, Internet, etc.) y servicios de televisión por suscripción, de implementar un sistema de contabilidad separada. Esta última es definida en el art. 4 del citado reglamento como una "condición impuesta a los operadores de redes de telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, consistente en separar las cuentas relativas a los servicios telefónicos disponibles, las de los servicios de interconexión, incluidos tanto los servicios prestados internamente como a terceros, las de alquiler de circuitos y las de cualquier otro rubro que tenga el carácter de obligatorio".

Particularmente, el art. 25 del RLT indica que la disgregación de cuentas tiene la finalidad de "asegurar la atribución de costos diferenciados para el establecimiento de los valores máximos de los cargos básicos de interconexión y tarifas básicas" de los servicios de telefonía fija y móvil".

OBLIGACIÓN DE ADECUAR SISTEMAS CONTABLES DE ACUERDO A LO DISPUESTO A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL REGLAMENTO

"Asimismo, los arts. 151 y 152 del citado reglamento determinan que los operadores tendrán un plazo de tres meses, contados a partir de la entrada en vigencia de dicho reglamento, para la adecuación de sus sistemas contables conforme a las disposiciones contenidas en el Título IV de ese cuerpo normativo; y que, al finalizar dicho plazo, tales operadores deberán presentar sus sistemas contables para aprobación de la SIGET, quien contará con un plazo de tres meses, a partir de recibida la información, para ello.

ii. Por otra parte, el art. 20 del mencionado reglamento establece que los operadores deberán presentar para aprobación de la SIGET una propuesta del WACC para el ejercicio fiscal correspondiente, la cual deberá estar justificada de conformidad con lo dispuesto en la Sección Segunda, Capítulo III, Título IV. De igual forma, que en todos los estándares contables se calculará una tasa de retorno del capital, por lo que antes del comienzo del ejercicio fiscal el operador presentará a la SIGET, para su aprobación, la tasa anual que propone aplicar a su sistema contable; además, indica la forma en que se calculará dicha tasa, según se trate de los estándares de costos históricos o de costos corrientes. Finalmente, refiere que la tasa de retorno de la inversión se denomina "Costo Medio Ponderado de Capital", el cual permite determinar el costo de las distintas fuentes de financiación, es decir, recursos propios y ajenos, cuya tasa se calculará de acuerdo a la fórmula que se establece en dicho cuerpo normativo. En consonancia con lo anterior, el art. 4 del aludido reglamento establece que el

WACC “refleja el costo de oportunidad de los recursos propios y ajenos invertidos en los activos””.

GUÍA DE CONTABILIDAD REGULATORIA

“c. En relación con tales aspectos, es importante mencionar que la UIT, en el documento denominado *Guía de Contabilidad Regulatoria* (2009), ha establecido algunas directrices sobre la aplicación de la *contabilidad regulatoria* al sector de las telecomunicaciones, a fin de ayudar a las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) a aplicar los modelos de contabilidad de costos y desarrollar políticas regulatorias.

Entre algunos de los aspectos más importantes del aludido instrumento se encuentran: *(i)* las directrices generales vinculadas con el marco reglamentario de la imposición de las obligaciones de contabilidad de costos y separación contable a los operadores de servicios de telecomunicaciones; *(ii)* la especificación y definición de los objetivos de la contabilidad de costos; *(iii)* los parámetros para la definición de modelos de contabilidad de costos, a saber: los principios de contabilidad, los servicios incluidos en la obligación de separación contable, los periodos contables, los criterios de valoración de activos, las normas contables, los tipos de modelos contables *(v.) gr.* los costos históricos, corrientes e incrementales a largo plazo) y las tasas de transferencia interna; y *(iv)* la necesidad de aprobación por parte de las ANR de los principales parámetros de los modelos de contabilidad basados en costos: el WACC y la vida útil de los activos.

En ese sentido, la contabilidad regulatoria se constituye en una herramienta que proporciona información adecuada y necesaria para el cumplimiento de un conjunto de objetivos regulatorios previamente establecidos, de acuerdo al régimen institucional que le atribuye cada país al organismo regulador del sector y que, adicionalmente, posibilita la formulación de nuevas políticas que podrían ser incorporadas al marco regulatorio.

Así, los objetivos de la *contabilidad de costos regulatoria,* de acuerdo con la referida guía, son: *(i)*mecanismo de control de precios; *(ii)* garantía jurídica; *(iii)* herramienta para impedir el comportamiento anticompetitivo; *(iv)* herramienta para garantizar la transparencia; *(v)* herramienta para estimar el costo del servicio universal; y *(vi)* herramienta para legisladores.

De forma que, a través de la *contabilidad regulatoria,* las ANR pueden: *(i)* fijar los precios al por mayor de los distintos servicios incluidos en la oferta de interconexión de referencia y la oferta de desagregación de referencia; *(ii)* fijar las tasas de terminación aplicables a los operadores móviles; *(iii)*controlar la existencia de comportamientos anticompetitivos, como precios predatorios, reducción de márgenes y subvenciones cruzadas; *(iv)* estimar el costo del cumplimiento de las obligaciones de servicio universal; *(v)* facilitar la resolución de controversias en materia de compatibilidad entre distintos operadores de red; y *(vi)* controlar el éxito o fracaso de las políticas regulatorias que aplican en función de los márgenes de los distintos servicios regulados y no regulados.

Asimismo, la *Guía de Contabilidad Regulatoria* establece que la imposición de las obligaciones de contabilidad de costos y de separación contable a los

operadores de servicios de telecomunicaciones por parte de las ANR deberá basarse en un marco reglamentario global, en el cual deberán indicarse claramente los criterios aplicables para evaluar y determinar si tales obligaciones están equilibradas y se ajustan a la necesidad de regulación de cada país. Además, refiere que, a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y no discriminación por parte de los citados operadores, el marco reglamentario nacional deberá otorgar a las ANR el poder de solicitar a aquellos y otros participantes determinada información.

En otras palabras, las ANR han de tener competencias específicas no sólo para diseñar el modelo de contabilidad de costos, sino también para imponer *ex ante* las obligaciones de contabilidad de costos y separación contable a operadores específicos. Por consiguiente, las ANR han de contar con un marco jurídico que las autorice, entre otras cosas, a: *(i)* aprobar los principios del sistema de contabilidad de costos que todos los operadores han de aplicar; *(ii)* aprobar el modelo de contabilidad de costos que presente cada operador, una vez verificada la exactitud de los principios definidos en el mismo; *(iii)*aprobar los principales parámetros externos de ese modelo, como la vida útil de los activos y el WACC; y *(iv)* validar los resultados contables.

Por consiguiente, según la citada guía, los sistemas contables de los operadores tendrán que ser aprobado por las ANR y someterse a auditorías periódicas para garantizar que los resultados se ajusten a los principios, parámetros, criterios y condiciones del modelo de contabilidad de costos especificados por aquellas".

INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA, EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

"d. De lo expuesto en los párrafos anteriores, se colige que la facultad de establecer las tarifas básicas de telefonía fija y móvil, por parte de la SIGET, constituye un mecanismo con el que se pretende regular el ejercicio de la concesión de dicho servicio público y que, además, la LT ha abierto la posibilidad de que ciertos aspectos que involucra tal regulación puedan concretarse vía reglamentaria, tal es el caso de la metodología –reconocida por la UIT– que se adoptará para el establecimiento de esas tarifas basadas en costos.

Así, las obligaciones de llevar contabilidad separada y de presentar el proyecto del WACC a la SIGET –como parámetros de definición del modelo de contabilidad de costos– y sus correlativas facultades de aprobación por parte de la aludida entidad estatal, las cuales han sido establecidas en las disposiciones impugnadas, forman parte de la metodología adoptada por la autoridad competente para lograr una objetiva y eficaz determinación del valor máximo de las tarifas básicas de los servicios de telefonía fija y móvil. Por tanto, tales obligaciones y facultades se encuentran vinculadas con las tareas de control y regulación que la SIGET tiene en virtud del art. 7 de la LT.

En ese sentido, puede sostenerse que, contrario a lo argumentado por la parte actora en el presente proceso, la obligación de llevar contabilidad separada y la facultad de aprobación del WACC por parte de la SIGET no constituyen

limitaciones a su libertad de empresa, sino que se encuentran imbricadas en el ámbito regulado de la prestación del servicio público de telefonía. Más concretamente, instituyen condiciones para el ejercicio de la libertad de empresa que los operadores deben cumplir con relación a la forma en que prestan el citado servicio.

Cuestión distinta sería si el referido reglamento estableciera las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las mencionadas obligaciones, tales como la revocación de la concesión para la explotación del servicio público de telefonía, pues ello implicaría una limitación a la libertad de empresa. Y es que la LT establece, en el inc. 3° del art. 8, que –entre otros aspectos– las empresas operadoras estarán obligadas a remitir en forma ágil y oportuna a la SIGET la información legalmente auditada que ésta le requiera para la determinación de las mencionadas tarifas –tales como la información contable debidamente separada y la propuesta del WACC– y que el incumplimiento de esta obligación se considerará infracción "muy grave" para los efectos de aplicación de esa ley. En relación con ello, en el art. 7 inc. 2° letra b), indica que las concesiones para la explotación del citado servicio público podrán ser revocadas por haber sido sancionado el operador por cometer tres infracciones calificadas de "muy graves" en la ley, dentro de un lapso de tres años.

Debe aclararse que, contrario a lo sostenido por la sociedad demandante, la obligación de llevar contabilidad separada corresponde únicamente a los operadores concesionarios del servicio público de telefonía fija y móvil. Sin embargo, estas en su contabilidad deberán separar las cuentas –en los términos regulados vía reglamento– de los servicios de telefonía, interconexión y alquiler de circuitos, así como de los demás servicios públicos de telecomunicaciones que presten, en el entendido de que estos últimos se incluirán solo en la medida en que el aludido reglamento lo ordene –*v.gr.* los servicios fijos, tales como los de valor agregado e Internet, y los servicios de televisión por suscripción–. Lo anterior, a fin de que, previa atribución de costos diferenciados a tales servicios, la SIGET determine el valor máximo de las tarifas básicas del servicio público de telefonía fija y móvil.

Además, a través de la aprobación de la propuesta del WACC, la SIGET no está llamada a predeterminar el costo de financiamiento de las empresas ni a imponerles las fuentes de financiamiento –tal como lo ha intentado hacer ver la sociedad demandante–, sino que, más bien, a verificar que dicha tasa sea calculada de conformidad a los términos establecidos por la citada ley y su reglamento. Y es que el WACC únicamente refleja los costos de oportunidad de la inversión, *habida cuenta de la estructura de capital del operador.*

Dado que se ha logrado determinar que las disposiciones impugnadas por la demandante no constituyen una limitación a su libertad de empresa, resulta irrelevante hacer referencia a la posible transgresión al principio de reserva de ley alegada por la sociedad pretensora, puesto que el análisis de tal principio adquiere importancia solo en la medida en que se haya comprobado la existencia de una limitación a derechos fundamentales.

En consecuencia, considerando que no ha sido posible para la parte actora demostrar la conculcación de su libertad de empresa, en relación con el prin-

cipio de reserva de ley, no es procedente ampararla sobre estos puntos de su pretensión".

TITULAR DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO NO GOZA DE LIBERTAD DE EMPRESA ABSOLUTA

"*B.* Por su conexión, ahora se examinarán conjuntamente los siguientes motivos: *(i) la supuesta vulneración a la libertad de contratación y al principio de reserva de ley por parte de los arts. 43, 44 y 48 del RLT,* por establecer el contenido mínimo de la OBI y de la OBA, así como el contenido de los contratos de interconexión y de acceso; y *(ii) la presunta transgresión al derecho a la propiedad, en relación con el principio de reserva de ley, por parte de los arts. 43, 44 y 48 del RLT,* por determinar ciertas condiciones sobre el contenido y el alcance de la carga de compartir el uso de la red que supone la interconexión.

a. *i.* Tal como se expuso anteriormente, la LT en su art. 1 establece que su objeto es normar las actividades del sector telecomunicaciones, tales como la regulación del servicio público de telefonía y el acceso a los recursos esenciales. Según el art. 2, la LT tiene entre sus fines: primero, el fomento del acceso a las telecomunicaciones para todos los sectores de la población; segundo, la protección de los derechos de los usuarios, de los operadores, proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como de las personas en general; y, tercero, el desarrollo de un mercado de telecomunicaciones competitivo en todos sus niveles.

ii. Para el cumplimiento de tales fines, la LT instaura, en su art. 4, un *régimen de libre competencia* en el aludido sector, al indicar que "los precios y condiciones de los servicios de telecomunicaciones entre operadores serán negociados libremente, excepto en lo que respecta al acceso a los recursos esenciales, de acuerdo a lo estipulado en esta Ley". En consonancia con ello, el art. 22 señala que "la interconexión de redes será libremente negociada, excepto en lo referente al acceso a recursos esenciales".

Sobre tal excepción a la libre negociación, el art. 20 del aludido cuerpo normativo crea la obligación de todo operador de redes comerciales de telecomunicaciones de brindar acceso a recursos esenciales a cualquier operador que lo solicite mediante el pago correspondiente y, además, desarrolla una serie de aspectos sobre la forma en que dicho acceso deberá llevarse a cabo. Entre estos últimos, es dable mencionar: primero, la obligación de prestar acceso a recursos esenciales sin discriminación; segundo, el deber de ofrecer cargos desagregados de interconexión, así como acceso a elementos desagregados de la red; tercero, el deber de otorgar acceso con la calidad y en los nodos de conmutación solicitados, siempre y cuando técnicamente sea factible; cuarto, la obligación de estipular contractualmente, con un operador que ha solicitado el referido acceso, en términos similares a los de otros con los que ya haya contratado; y, quinto, la obligación de no otorgar el acceso a recursos esenciales cuando los equipos que se pretenden interconectar puedan producir mal funcionamiento o daño a los equipos que se encuentren en uso.

No obstante, el art. 21 de la referida ley aclara que los precios y las condiciones técnicas para el acceso a cualquier recurso esencial serán negociados por las partes y, para tales efectos, el operador que requiera dicho acceso deberá presentar al operador de redes comerciales de telecomunicaciones –en los términos señalados en esa disposición– una oferta de contratación, en la cual se especificarán tales precios y condiciones técnicas.

En ambas disposiciones se establece que en caso de conflicto, respecto de la forma en que se llevaría a cabo el acceso a recursos esenciales o de la falta de acuerdo –total o parcial–entre las partes en lo que corresponde al precio o condiciones técnicas, los interesados podrán acudir a la SIGET para la solución del mismo.

Por otra parte, el art. 19-A de la LT impone a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de red fija la obligación de brindar acceso a recursos esenciales en precios, términos y condiciones razonables y no discriminatorias. En caso de conflicto, tal situación se resolverá mediante el procedimiento de acceso a recursos esenciales.

iii. También, el art. 20 de la citada ley indica que con el fin de facilitar la interconexión y la provisión de elementos desagregados de red entre los diferentes operadores, *el reglamento desarrollará la forma en que se hará técnicamente factible la interconexión entre redes, así como el nivel y la forma de desagregación de la red.*

Asimismo, expresa que *las OBI y OBA, los procedimientos aplicables para las negociaciones de interconexión y los contratos de interconexión se consideran públicos y se inscribirán en el Registro adscrito a la SIGET.* Y enfatiza que *en los mismos se incorporarán todos los acuerdos que rigen la interconexión entre las redes y sus condiciones técnicas y económicas, incluyendo lo relativo a la vigencia, garantías, términos y condiciones de renovación.* Particularmente, refiere que *los contratos se establecerán bajo términos, condiciones –incluyendo normas técnicas y especificaciones– calidad y cargos no discriminatorios".*

MARCO REGULATORIO QUE RIGE LA INTERCONEXIÓN Y ACCESO A RECURSOS ESENCIALES Y ASOCIADOS ENTRE LOS OPERADORES DE REDES DE COMUNICACIÓN QUE PRESTAN SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA Y MÓVIL

"b. *i.* Ahora bien, los arts. 39 y 40 del RLT señalan que el Titulo V, denominado "Interconexión y Acceso", constituye el marco regulatorio de las condiciones técnicas, económicas, comerciales, normativas y administrativas que rigen la interconexión y el acceso a recursos esenciales y recursos asociados entre los distintos operadores de redes de comunicaciones que presten servicios de telefonía fija y móvil, de conformidad con la ley.

Dicho marco regulatorio, según el art. 41, deberá regirse por los principios generales en materia de interconexión y acceso. En relación con el objeto de controversia de este proceso constitucional, es importante destacar el *principio de protección de los derechos* de los usuarios y de los operadores proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como de las personas en general; además, el *principio de libre negociación de la interconexión,* en lo referente a

los recursos esenciales, incluyendo los cargos por los diferentes servicios, los cuales no podrán exceder los valores máximos determinados a partir del estudio basado en costos efectuado por la SIGET.

Debe destacarse, especialmente," el *principio de transparencia,* en cuanto a que las ofertas básicas, los procedimientos aplicables para las negociaciones y los contratos de interconexión y acceso, así como todos los aspectos relacionados con dichos temas, estarán sujetos a tal principio, el cual se desarrolla en los arts. 42 al 48 del citado reglamento. Y es que, según dicho cuerpo normativo, los documentos principales que orientarán el mercado de la interconexión y el acceso son la OBI y la OBA, cuyos términos y condiciones pueden ser aceptados por cualquier operador solicitante, lo que le da derecho a incluir esos términos y condiciones en el contrato que celebre con el operador preexistente.

Finalmente, el *principio de orientación con base en costos,* mediante cual se proclama que, a partir del cálculo de los costos asociados a la prestación de los distintos servicios mayoristas incluidos en la OBI y la OBA y de la realización de comparativas internacionales, la SIGET determinará los valores máximos de los cargos básicos de interconexión y otros cargos de referencia, de acuerdo con el art. 8 de la LT. De manera que las tarifas a cobrar por un operador, en una determinada prestación de servicios a usuarios finales, no podrán ser inferiores al valor de todos los cargos, costos e insumos que componen dicha prestación.

ü. Para clarificar, debe enfatizarse que, de acuerdo con el art. 4 del RLT, la OBA "es la oferta de acceso al bucle de abonado o cualquiera de los demás recursos asociados arrendables, extendida por un operador de red comercial de telecomunicaciones y registrada ante la SIGET, la cual recoge un conjunto de servicios y procedimientos administrativos para la provisión, condiciones técnicas y cargos que permitirán a los operadores autorizados el acceso desagregado al bucle o demás elementos".

La OBI, por su parte, "es la oferta de interconexión y acceso a recursos esenciales, extendida por un operador de red comercial de telecomunicaciones y registrada ante la SIGET, en la cual se establecen las condiciones técnicas, económicas, comerciales y jurídicas con las cuales el operador ofrece los servicios de interconexión en su red y que garantizan que los usuarios de los operadores interconectados puedan comunicarse libremente entre sí mediante la interoperabilidad de los servicios".

El citado reglamento expresa que tanto la OBA como la OBI serán lo suficientemente detalladas como para permitir que los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, que deseen aceptar y obtener total o parcialmente los cargos, precios, términos y condiciones de los distintos servicios, lo realicen sin tener que efectuar negociación alguna con el operador en cuestión, para que éste los otorgue, entregue y habilite, en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costos.

Finalmente, el *contrato de interconexión* es el "instrumento legal que suscriben dos operadores para convenir principalmente las condiciones técnicas, económicas, comerciales, jurídicas y administrativas de la interconexión y el acceso a otros recursos esenciales y recursos asociados".

iii. En ese contexto, el RLT ha especificado en sus arts. 43, 44 y 48 –entre otros aspectos– cuál será el contenido mínimo o básico de la OBI y la OBA, así como de los contratos de acceso e interconexión, las cuales constituyen el objeto de control de este amparo".

BUCLE DE ABONADO

"i. La parte actora alega que los arts. 44 y 48 del mencionado reglamento obligan a todo operador de redes comerciales de telecomunicaciones a ofertar y negociar el acceso a recursos no esenciales, tales como el acceso desagregado al bucle del abonado, contrario a lo prescrito en la LT que dispone, en sus arts. 4 y 22, que los precios y condiciones de los servicios de telecomunicaciones entre operadores, así como la interconexión entre redes, será libremente negociada por las partes, excepto en lo referente a los recursos esenciales.

Al respecto, la LT, específicamente en los arts. 19 y 19-A, enumera cuáles recursos de telecomunicaciones serán considerados esenciales y asociados. El art. 4 del referido reglamento define que un recurso esencial es todo "elemento de red que utilice, posea o controle un operador para la prestación de servicios de telecomunicaciones, que a la vez es imprescindible a los fines de la interconexión para otro operador que desee prestar servicios de telecomunicaciones, no existiendo alternativas factibles de sustitución de dicho elemento". En cambio, los recursos asociados son aquellos "elementos de red de manera desagregada que permiten y/o apoyan a un tercer operador para que éste suministre servicios a través de esa red".

El bucle de abonado es, según dicho reglamento, el tramo de red que va desde el repartidor de la central telefónica hasta el punto de terminación de red en las instalaciones del abonado o usuario final. En vinculación con ello, el art. 19-A de la LT indica que se considerarán recursos asociados, a propósito de esa ley, los elementos desagregados de la red siguientes: primero, el arriendo de circuitos y, segundo, el uso de duetos, conductos, postes y derechos de vía, cuando éstos sean necesarios para la interconexión.

En ese sentido, el bucle de abonado constituye un recurso asociado en materia de telecomunicaciones, ya que este es una infraestructura necesaria para la interconexión, es decir, un elemento que permite y/o apoya a un tercer operador para que suministre servicios a través de esa red. De manera que el acceso desagregado al bucle de abonado es un servicio mayorista que consiste en que un operador de telecomunicaciones alquila la infraestructura que conecta a un usuario con la central telefónica al operador designado con poder significativo de mercado para prestar servicios de banda ancha. En otras palabras, dicho acceso permite a múltiples operadores de telecomunicaciones la prestación de servicios por medio del uso de las conexiones que enlazan la central telefónica con las instalaciones de los clientes. Por esa razón es que el art. 19-A de la LT establece la obligación de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de red fija de brindar acceso a recursos asociados en precios, términos y condiciones razonables y no discriminatorias.

En consecuencia, lo prescrito en los arts. 44 y 48 del mencionado reglamento no alude al acceso a recursos esenciales –tal como lo ha indicado la sociedad actora–, sino más bien a un recurso asociado en materia de telecomunicaciones. Por tanto, el acceso desagregado al bucle de abonado o a cualquiera de los demás recursos asociados arrendables que menciona la OBA y su respectivo contrato de acceso se encuentran sometidos, entre otros aspectos, a la obligación de brindar acceso contenida en el art. 19-A de la LT.

[…]., también alega que los arts. 43, 44 y 48 del RLT determinan el contenido mínimo de las ofertas y contratos de acceso e interconexión y, en ese sentido, obligan a los operadores de telecomunicaciones a incorporar en ellos "temas o elementos" que podrían considerarse innecesarios o inconvenientes, lo cual –a su parecer– limita la libertad de contratación. No obstante, en su opinión, esta libertad no se restringe a la facultad de negociar el contenido específico de las aludidas ofertas y contratos, sino que abarca la decisión sobre cuáles "temas, áreas o requisitos" desean ofertar o contratar.

En efecto, tal como la sociedad peticionaria lo afirma en su demanda, los arts. 43, 44 y 48 del RLT establecen ciertas condiciones que los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones que presten servicios de telefonía fija y móvil están obligadas a incorporar en los siguientes documentos: OBA, OBI y contratos de acceso e interconexión. Circunstancia que, indudablemente, delimita el alcance de la libertad de negociación de los oferentes y contratantes.

INTERÉS PÚBLICO JUSTIFICA LA MODULACIÓN EN LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DEDICAS A PRESTAR SERVICIOS DE TELEFONÍA

"ii. En vinculación con ello, si bien la libre contratación se manifiesta, entre otros aspectos, en la facultad de determinar el contenido del contrato, es decir, la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes, dicha libertad puede encontrarse limitada por razones de interés público de distintos modos. Así, por ejemplo, el Estado eventualmente se encuentra facultado para, entre otros supuestos, establecer de forma obligatoria el contenido de los contratos –lo que incluye las ofertas como mecanismos anteriores al perfeccionamiento de aquellos, pero que requieren de la aceptación de su destinatario para que surtan efectos jurídicos entre las partes contratantes–, como sucede comúnmente con los servicios públicos.

En el presente caso los sujetos pasivos de las obligaciones contenidas en las disposiciones impugnadas necesariamente deben ser concesionarios del Estado que proveen servicios de telefonía, puesto que la interconexión y el acceso a recursos esenciales y asociados se llevan a cabo en el ejercicio de esa actividad objeto de concesión. Por consiguiente, las citadas actividades de interconexión y acceso están estrechamente vinculadas con un servicio esencial para la comunidad –la telefonía– que satisface necesidades e intereses generales de la población, la cual debe realizarse dentro del marco de la libre competencia y con la debida protección de los derechos de los consumidores; por ello, se encuentra sometida a un intenso control y supervisión por parte del ordenamiento jurídico y de la SIGET.

En ese sentido, las finalidades de que una mayor cantidad de personas tengan acceso a los servicios de telefonía y de que se establezca una efectiva protección para los derechos de los usuarios, operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como un régimen de libre competencia, justifican que los alcances de la libertad de contratación de las sociedades que se dedican a la prestación del servicio de telefonía fija y móvil –en el cual se desarrollan la interconexión y el acceso– sea regulado, modulado e, incluso, limitado para garantizar tales intereses, pese a que dichas medidas puedan ser consideradas innecesarias o inconvenientes por sus destinatarios.

Dicho criterio es el que este Tribunal ha sostenido en decisiones emitidas en casos similares relacionados con la prestación de servicios públicos, como por ejemplo en la Sentencia de 10-IV-2013, Inc. 9-2010, en la cual se afirmó que, en el marco de una concesión para la prestación de un servicio público, el titular de esta no goza de una libertad de empresa absoluta, *pues cuando se trata de esta clase de servicios lo que predomina es la prestación regular del servicio para garantizar en definitiva el interés social; por ello, se concluyó que, en aras del interés público, es posible que existan ciertas modulaciones a la libertad de empresa".*

INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y AL DERECHO DE PROPIEDAD

"En relación con todo lo anterior, la sociedad actora alega que las disposiciones reglamentarias impugnadas transgreden el principio de reserva de ley, en tanto que las obligaciones que estas contienen, por limitar la libertad de contratación, debieron ser establecidas mediante ley formal, específicamente en la LT.

Al respecto, el carácter relativo de la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes que limitan derechos contengan remisiones a disposiciones reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Además, se indicó que *los condicionamientos relativos a tal remisión deben entenderse sin perjuicio de que el reglamento pueda regular cuestiones de detalle o técnicas de las que la ley, por su carácter general y vocación de permanencia, no puede ni debe ocuparse.*

En el presente caso se advierte que la LT establece un marco regulatorio general respecto de la interconexión y el acceso a recursos esenciales y recursos asociados entre los distintos operadores de redes de comunicaciones que presten servicios de telefonía fija y móvil. En particular, los arts. 19-A y 20 de la LT determinan una serie de aspectos vinculados con la obligación de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de red fija y de los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones de proporcionar acceso a recursos asociados y recursos esenciales –respectivamente–, las cuales, como se ha dicho, tienen incidencia en los alcances de la libertad negocial que debe regir para la OBI y la OBA y, consecuentemente, en los respectivos contratos de interconexión y acceso, tales como el establecimiento de términos y condiciones razonables y no discriminatorias en las referidas ofertas y contratos.

Especialmente, la segunda de tales disposiciones legales remite al RLT la regulación referente a la forma en que se hará técnicamente factible la interco-

nexión entre redes, así como el nivel y la forma de desagregación de la red. Y enfatiza –entre otros aspectos– que tanto la OBA y la OBI como sus respectivos contratos deberán, por un lado, inscribirse en el Registro adscrito a la SIGET; y, por otro lado, contener los acuerdos que rigen la interconexión entre las redes y sus condiciones técnicas y económicas. Asimismo, de forma particular, indica que los contratos se establecerán bajo términos, condiciones –incluyendo normas técnicas y especificaciones– calidad y cargos no discriminatorios.

De forma que *la LT concede a disposiciones reglamentarias la facultad de regular aspectos técnicos, económicos y comerciales propios de la materia de interconexión y acceso a recursos esenciales y recursos asociados, sobre los cuales la ley no puede ocuparse en atención al constante y permanente desarrollo del sector de las telecomunicaciones. Así, entre tales elementos se encuentran aquellos relativos a los contenidos mínimos de los documentos principales que orientan el mercado de la interconexión y el acceso (la OBI y la OBA), así como sus correspondientes contratos de interconexión y acceso. En consecuencia, tales artículos no transgreden la libertad de contratación de la citada empresa, por lo que deberá desestimarse la pretensión.*

iii. En cuanto a la presunta transgresión del derecho a la propiedad, la sociedad pretensora expresa que los arts. 43, 44 y 48 del RLT imponen ciertas condiciones no previstas en la LT respecto del contenido y el alcance de la carga de compartir el uso de la red que implica la interconexión, lo cual supone –a su parecer– una transgresión al principio de reserva de ley.

De conformidad con el art. 6 de la LT, la interconexión "es el servicio que permite a operadores y usuarios de distintas redes cursar tráfico de telecomunicaciones de una a otra red para que todos los usuarios finales estén en condiciones de comunicarse entre sí, o para que los usuarios finales conectados a una red de servicios de acceso, estén en condiciones de obtener servicios provistos por un operador de servicios intermedios". En similares términos, el art. 4 del RLT define qué deberá entenderse por interconexión. Para recibir tales servicios es necesario que los sujetos obligados paguen el correspondiente cargo de interconexión.

Asimismo, las citadas disposiciones refieren que los servicios de acceso son aquellos que "otorgan al usuario final la posibilidad de iniciar o recibir una comunicación usando la red comercial de telecomunicaciones". De igual forma, el usuario final deberá pagar el respectivo cargo de acceso para obtener dicho servicio.

A partir de tales disposiciones, se logra advertir que –tal como lo señala la sociedad actora– la interconexión supone el uso de la red de telecomunicaciones o de alguno de sus elementos desagregado por parte de un tercero, mediante el pago del respectivo cargo.

A fin de evidenciar la supuesta conculcación de su derecho a la propiedad, la sociedad actora expresó, a manera de ejemplo, que –de acuerdo con el citado reglamento– la OBA deberá contener como mínimo, entre otros aspectos, "los plazos de suministros de enlaces" y "los procedimientos y condiciones de liquidación de tráfico de redes", lo que significa que el operador titular de la red de acceso tendrá que aceptar, por un lado, la existencia de diversos suministros de

enlaces; y, por otro, el esquema de liquidación de tráfico de redes como única forma de remuneración por el uso de la red, impidiendo otros mecanismos de recuperación de costos.

De igual forma, señaló que, según el referido reglamento, los contratos de acceso e interconexión deberán contener "las condiciones de crecimiento de capacidad del acceso", con lo que se obliga a los operadores a proporcionar aumento en la capacidad de acceso de interconexión, sin que tal aspecto sea determinada por las condiciones del mercado.

En ese sentido, se infiere que la sociedad actora indica que algunas de las pautas de conductas descritas en las disposiciones impugnadas limitan su facultad de decidir cuánto –en términos de capacidad, tiempo y cantidad– compartir el uso de la red y bajo qué precio –costo más ganancia–, pese a que la LT no ha previsto tales restricciones.

Ahora bien, tal como se ha indicado anteriormente, el derecho a la propiedad implica las siguientes facultades: *libre uso, goce y disposición de los bienes,* las cuales se deben ejercer sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y la ley.

Para el caso únicamente interesa, la facultad del aludido derecho consistente en *gozar libremente de los bienes,* en tanto que, de forma evidente, el reclamo planteado por la sociedad actora se limita a la supuesta inconstitucionalidad del contenido y alcance que vía reglamentaria se le ha otorgado a la carga de compartir el uso de la red que implica la interconexión. De forma que el ejercicio de las restantes modalidades del derecho a la propiedad *–libre uso y disposición de los bienes–* no forman parte del reclamo constitucional formulado en este amparo, puesto que no se discute que las disposiciones reclamadas obstaculicen a la sociedad actora servirse, aprovechar los servicios que rinde la red de telecomunicaciones o ejercer actos de disposición sobre ella, sino que, más bien, sus planteamientos se enmarcan en la supuesta imposibilidad para dicha sociedad de delimitar la capacidad, cantidad y tiempo de servicio de interconexión y de acceso que prestan a los operadores, así como de recoger, a través de sus propios mecanismos de determinación de costos, los productos que deriven de la explotación de esa infraestructura.

Visto lo anterior, se advierte que en el caso de la interconexión entre redes, cuyo servicio implica el uso de la red de telecomunicaciones o de alguno de sus elementos desagregados por parte de un tercero, los frutos que se derivan del aprovechamiento de tales elementos se encuentran vinculados con el pago del cargo respectivo. No obstante, la LT en su art. 8 establece que la determinación del valor máximo de los cargos de interconexión se encuentra a cargo de la SIGET, como expresión de la facultad del Estado de regular y controlar las actividades vinculadas con el servicio público de telefonía, en particular los servicios de telefonía fija y móvil (art. 40 RLT). Dicha determinación se deberá efectuar de acuerdo a la metodología regulada en el RLT, la cual deberá basarse en estudios de costos y comparaciones internacionales de precios, y ser reconocida por la UIT.

Además, los arts. 19-A y 20 de la LT establecen ciertas obligaciones a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de red fija y a los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones de brindar acceso a recursos aso-

ciados y esenciales a través del pago correspondiente, en tanto que la interconexión y el acceso se encuentran vinculados con esa actividad de interés general, la telefonía. Y, en particular, la segunda de tales disposiciones indica que el *"reglamento desarrollará la forma en que se hará técnicamente factible la interconexión entre redes, así como el nivel y la forma de desagregación de la red".*

De forma que, si bien algunas de las pautas de conducta de los arts. 43, 44 y 48 del RLT efectivamente instituyen restricciones al derecho a la propiedad de la sociedad actora, pues limitan su facultad de gozar libremente de los beneficios que se derivan del uso de la infraestructura o parte de ella –tales como la exigencia de estipular en las ofertas y contratos ciertos aspectos que pretenden evidenciar la capacidad, cantidad y tiempo de servicio de interconexión y de acceso que prestarían los operadores, así como el establecimiento de un concreto mecanismo de determinación de costos–, no transgreden la reserva de ley. Lo anterior, en virtud de que el establecimiento de las condiciones mínimas de la OBI, OBA y de los contratos de interconexión y acceso forma parte de la facultad del Estado de regular vía reglamento aquellos aspectos técnicos, económicos y comerciales propios de esa materia sobre los cuales la ley no puede ocuparse en atención al constante y permanente desarrollo del sector de las telecomunicaciones. En consecuencia, también resulta procedente rechazar el amparo solicitado por esos extremos de la pretensión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 297-2012, fecha de la resolución: 22/04/2015.

SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

LEY DEL SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES

"Con el devenir de los años, el Estado diseñó e implementó un sistema de previsión social único para los trabajadores tanto del sector privado como del sector público, con la participación de los particulares en la operativización y administración de los fondos previsionales, reservándose aquel la facultad de vigilar, controlar y fiscalizar tales actividades. De esa forma, el 1-I-1997 entró en vigor la ley con la que se creó el SAP.

B. Dicha ley dio lugar a la coexistencia —temporal— de dos regímenes previsionales: *(i)* El Sistema Público de Pensiones (SPP), constituido por los regímenes de invalidez, vejez y muerte administrados por el ISSS y por el INPEP; y *(ii)* el SAP, establecido para los trabajadores del sector privado y del sector público, el cual se encuentra gestionado por las AFP y sujeto a la regulación, coordinación y control del Estado. Conjuntamente al SPP y al SAP, coexiste un régimen previsional especial regulado en la LIPSFA, el cual está dirigido a las personas que forman o formaban parte de la Fuerza Armada.

a. El SPP tiene su fundamento en el principio de solidaridad intergeneracional, de modo que las aportaciones realizadas de manera obligatoria por sus afiliados, empleadores y el Estado confluyen en un fondo común que permite que los cotizantes activos cubran las prestaciones que deben proporcionarse a los cotizantes pasivos —o beneficiarios— por causa de invalidez, vejez o muerte".

SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES

"*a.* El SAP está estructurado como un régimen de capitalización individual en el que los trabajadores afiliados son propietarios de una cuenta individual de ahorro, en la cual depositan de manera forzosa y periódica sus cotizaciones, junto con los aportes que le corresponde hacer a sus empleadores. En este sistema, los cotizantes son dueños exclusivos y únicos de los ahorros depositados y solo pueden utilizarse para pagar la pensión o prestación que a aquellos les corresponda al cumplir con las condiciones establecidas en este régimen de previsión social, ya sea por causa de vejez, invalidez o muerte, atendiendo a la capacidad de ahorro y a los ingresos que hayan obtenido como producto de su trabajo".

SISTEMA DE PREVISIÓN SOCIAL REGULADO EN LA LEY DEL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA FUERZA ARMADA

"*c.* El sistema de previsión social regulado en la LIPSFA tiene una naturaleza especial, en atención a la clase de sujetos a los que está destinado. Así, de acuerdo a los Considerandos III y IV de la referida ley, esta tiene por objeto la creación de un sistema contributivo que, con base en los principios modernos de la seguridad social, garantice la adecuada protección de los elementos de la Fuerza Armada y de sus familias, ya que estos, en el ejercicio de sus funciones, pueden correr mayores riesgos de enfermedad, accidentes, muerte, etc., en comparación con la población civil.

Por ello, la existencia de un régimen especial de seguridad social para este sector se encuentra justificada, en cuanto se busca velar, de manera integral, por la previsión y seguridad social de los miembros de la institución castrense que se ven expuestos a situaciones de mayor riesgo.

C. Ahora bien, independientemente de las diferencias estructurales, funcionales y organizacionales de los distintos regímenes que integran el sistema de previsión social, todos ellos tienen como finalidad la búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad humana frente a las eventualidades que se presentan en la vida, es decir, persiguen como objetivo fundamental el asegurar que sus afiliados cuenten con los medios y recursos necesarios para enfrentar dichas eventualidades, mediante la previsión y el otorgamiento de prestaciones económicas que aseguren una *protección suficiente de índole social.*

Sin embargo, el otorgamiento de dichas prestaciones se encuentra sujeto al contexto normativo propio de cada régimen previsional, pues cada uno de ellos establece *determinadas condiciones* que el afiliado debe cumplir antes de que se le conceda algún tipo de beneficio. Ciertamente, las condiciones podrán variar en atención a los principios y reglas a las que se sujeta el individuo en cada sistema.

D. a. Entre las prestaciones sociales reguladas dentro del régimen previsional administrado por el IPSFA se encuentra la *pensión por retiro,* la cual, de acuerdo con los arts. 25, 26 y 27 de la LIPSFA, puede ser de carácter *voluntario* o *forzoso.*

La primera procede en los supuestos en que el afiliado ha alcanzado 50 años de edad y 25 años o más de cotización —en forma consecutiva o en diferentes períodos—, para lo cual será necesario que el Ministerio de la Defensa Nacional califique como "justos" los motivos por los que aquel ya no desea estar en servicio activo, a efecto de dar trámite a la autorización y asignación de la pensión respectiva. En cambio, la segunda modalidad tiene lugar cuando el afiliado ha adquirido el derecho a obtener una pensión equivalente al 100% de su salario básico, lo que se verifica al haber cumplido 30 años de cotización. Esta última puede ser tramitada de oficio o por el interesado ante la misma autoridad, quien podrá avalar o negar el retiro cuando considera indispensables las funciones del sujeto.

Así, las condiciones que han de cumplir los afiliados al SPP para obtener su pensión de vejez —de acuerdo al art. 54 de la LINPEP y los arts. 184 inc. 7° y 200 de la LSAP— son: *(i)* haber cumplido 60 años de edad los hombres y 55 las mujeres; *(ii)* contar con un tiempo de cotizaciones registrado de veinticinco años o más; *(iii)* cesar en el cargo, por retiro voluntario antes de los setenta años de edad o forzoso después de dicha edad; y *(iv)* presentar la solicitud de pensión, con los datos y documentos necesarios que se requieran para establecer el derecho a la pensión".

CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR LOS AFILIADOS AL SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES

"Por otra parte, los afiliados al SAP —de conformidad con el art. 104 de la LSAP— tendrán derecho a pensión de vejez cuando cumplan cualquiera de las siguientes condiciones: *(i)* que el saldo de la cuenta individual de ahorro para pensiones sea suficiente para financiar una pensión igual o superior al 60% del salario básico regulador definido en el art. 122 de la LSAP, que al mismo tiempo sea igual o superior a 160% de la pensión mínima regulada en el art. 145 de ese cuerpo normativo; o *(ii)* haber cumplido 60 años de edad los hombres, o 55 años las mujeres, siempre que registren como mínimo 25 años de cotizaciones, continuas o discontinuas.

c. De lo expuesto se infiere que, si bien el SPP, el SAP y el régimen previsional administrado por el IPSFA coinciden en establecer entre los requisitos para obtener una pensión por retiro el cumplimiento de cierta edad y de un período mínimo de cotizaciones, cada uno de ellos regula de modo distinto tales requisitos. Y es que, por ejemplo, la LIPSFA exige una edad mínima para obtener una pensión de retiro que es menor en 10 años para los hombres y en 5 años para las mujeres respecto a la establecida tanto en la LINPEP como en la LSAP".

AUSENCIA DE VIOLACIÓN AL HABER OPTADO EL PRETENSOR VOLUNTARIAMENTE POR REINCORPORARSE AL IPSFA PARA GOZAR DE COBERTURA PROVISIONAL ESTABLECIDA EN DICHA LEY

"*C.* Con base en los elementos de prueba aportados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos y datos: *(i)* que el actor tiene a la fecha 46 años de edad; *(ii)* que el pre-

tensor tiene registrados un total de 378 cotizaciones, equivalentes a 31 años y 6 meses de servicio; *(iii)* que las referidas cotizaciones fueron registradas en tres sistemas previsionales distintos, según el siguiente detalle: 274 cotizaciones en el IPSFA, 68 en el INPEP y 36 en la AFP Confía; *(iv)* que actualmente el peticionario se encuentra afiliado al sistema previsional que administra el IPSFA; *(v)* que las cotizaciones que registró en la referida AFP le fueron devueltas; y *(vi)* que el Gerente de Prestaciones del IPSFA se negó a gestionar con el INPEP el certificado financiero de traspaso de las cotizaciones que el actor efectuó en dicha institución, por considerar que los sistemas previsionales que ambas entidades administran no están coordinados.

2. A. Como se acotó *supra,* la coexistencia de los sistemas previsionales administrados por el INPEP, el IPSFA y las AFP tiene su fundamento en el art. 50 de la Cn., el cual prescribe que la seguridad social será prestada por una o por diferentes instituciones, bajo la condición de que estas guarden entre sí una adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social.

Para tal efecto, la citada disposición constitucional remite a la ley la configuración de los alcances, la extensión y la forma en que se proporcionará la seguridad social, así como la creación de las instituciones que implementarán ese servicio. De ahí que, al permitir que varios sistemas previsionales coincidan en la prestación de la seguridad social y al hacer referencia a la necesaria coordinación de estos, el art. 50 de la Cn. establece un mandato al legislador para que al desarrollar los aludidos sistemas procure que todos sean compatibles y aseguren un servicio óptimo de previsión social, es decir, que no resulten contradictorios o. interfieran entre sí. En consecuencia, *la mencionada coordinación no debe entenderse forzosamente como una "complementariedad" de los sistemas de previsión social.*

De ahí que, en atención a las semejanzas de los distintos sistemas de previsión social —especialmente de los requisitos establecidos para acceder a las prestaciones que cada uno de ellos otorga—, en ciertos casos podrá regularse la acumulación de los tiempos de servicio y de las cotizaciones de sus afiliados para facilitarles el goce de las correspondientes prestaciones, tal como ocurrió, por ejemplo, con quienes eran cotizantes del INPEP y al crearse el SAP pasaron por ministerio de ley a este último, de conformidad con lo prescrito en el art. 185 de la LSAP; sin embargo, en otros casos es posible que no se prevea esa acumulación en virtud de la especial naturaleza y de los beneficios que conlleva estar afiliado a un determinado sistema.

B. El art. 10 letra b) de la LSAP excluye del sistema previsional que regula a las personas que son cotizantes o pensionados por vejez o invalidez del IPSFA, por lo que estos no pueden acceder a las prestaciones que dicho cuerpo legal establece. En consecuencia, debido a la relación derivada de la afiliación que tiene el cotizante o pensionado con ese instituto, será este el que, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, deberá otorgarle las prestaciones sociales que se encuentran previstas en la LIPSFA.

Asimismo, el art. 10 inciso 2° de la LSAP facultó —durante el plazo de 1 año a partir de su entrada en vigencia— a quienes cotizaron al IPSFA para que se reincorporaran al sistema previsional administrado por ese instituto. A su vez, en

el inciso final del citado artículo se reconoció el derecho de aquellos a que se les devolviera el saldo de su cuenta individual —si estaban afiliados a una AFP— o se les entregara la asignación regulada en los arts. 71 al 73 de la LINPEP —si se trataba de afiliados al INPEP o al ISSS—, la cual consiste en un único pago equivalente al 10% del salario básico por cada mes de cotización.

C. De lo anterior, se colige que las personas que optaron por reincorporarse al sistema previsional administrado por el IPSFA no se ven imposibilitados para obtener las prestaciones que garanticen el ejercicio de su derecho a la seguridad social, ya que, a partir de su reincorporación a dicho instituto, este asumió la obligación de otorgarles las aludidas prestaciones cuando cumplan los requisitos establecidos en la ley para tal efecto.

Además, al verificarse su reingreso al aludido sistema previsional, se previó la devolución de las cotizaciones que aquellos registraron en el SAP y/o en el SPP, pero no que estas se acumularan a las registradas en el IPSFA, ello en atención a la naturaleza y las características propias del sistema previsional administrado por dicho instituto.

Y es que las personas afiliadas al IPSFA gozan de ciertos beneficios para acceder a las prestaciones derivadas de la seguridad social que no tienen quienes se encuentran adscritas al SPP o al SAP, pues el legislador consideró que los riegos a los cuales aquellas se exponen por su profesión comúnmente no afectan al resto de la población. Así, por ejemplo, los afiliados al IPSFA pueden gozar de la indemnización por retiro al cumplir 50 años de edad, mientras que para obtener esa misma prestación los afiliados al SPP o al SAP deben haber cumplido 60 años los hombres o 55 años las mujeres.

D. A partir de lo expuesto, no se advierte que —tal como el actor lo afirmó en su demanda— el régimen previsional administrado por el IPSFA se encuentre descoordinado respecto de los previstos en la LSAP como consecuencia de lo prescrito en el art. 10 letra b) e inciso final de ese cuerpo normativo.

En efecto, tanto la exclusión de los cotizantes o pensionados por vejez o invalidez del IPSFA como la previsión de que se les devuelvan a estos las cotizaciones que efectuaron en el SPP y/o el SAP, en lugar de permitirles trasladarlas al aludido instituto, responden a que, si bien tales regímenes tienen como objeto asegurar a sus afiliados un servicio de previsión social que los cubra para afrontar distintas contingencias como la vejez o la invalidez, esa cobertura debe efectuarse en cada uno de ellos bajo términos que se ajusten a su propia naturaleza y características específicas, lo cual supone que en ocasiones no puedan complementarse entre sí —como ocurriría, por ejemplo, si se permitiese el aludido traslado de cotizaciones—; situación que resulta conforme a los parámetros previstos en el art. 50 de la Cn.

Por consiguiente, la regulación prescrita en el art. 10 de la LSAP respecto de las personas que, como el señor[...]., optaron voluntariamente por reincorporarse al IPSFA para gozar de la cobertura previsional establecida en la LIPSFA no supone una afectación al derecho a la seguridad social de aquellas; en consecuencia, resulta procedente declarar que no ha lugar al amparo requerido por el referido señor".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 450-2012, fecha de la resolución: 21/01/2015.

SISTEMAS O REGÍMENES PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA

ELEMENTOS ESENCIALES QUE INTEGRAN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA

*"*Por ello, con base en lo dispuesto en los arts. 65 al 69 de la Cn., se han diseñado dos sistemas o regímenes para acceder a los servicios de salud pública, a saber: (i) el contributivo, al cual pertenecen los sujetos vinculados laboralmente, los independientes con capacidad de pago y los pensionados, a quienes se retiene un porcentaje mensual de la pensión para acceder a la red de servicios de salud respectiva; y(ii) el subsidiado por el Estado, al que recurren aquellos que no se encuentran dentro del referido sistema de seguridad social y no pueden asumir los costos de una asistencia médica privada.

B. En las citada sentencias, se destacó que el ámbito de protección de este derecho se integra por tres aspectos o elementos esenciales: *(i) la adopción de medidas para su conservación,* puesto que la salud requiere tanto de una protección estatal activa como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; *(ii) la asistencia médica,* en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y *(iii) la vigilancia de los servicios de salud,* lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas a la salud.

C. El Estado tiene el compromiso de realizar las actuaciones pertinentes para brindar a las personas la posibilidad de obtener la prestación de los servicios de salud sin discriminación de ninguna índole, por lo que sus limitaciones económicas no deben representar un óbice para acceder a una asistencia médico-hospitalaria considerada como esencial y básica para tratar las enfermedades.

Ello debido a que la salud es un derecho fundamental que encuentra su sentido más explícito en *la exigencia a los poderes públicos de que "toda persona" reciba la asistencia médica y el tratamiento terapéutico adecuado para aliviar sus afecciones físicas y/o mentales, en cuanto este representa una de las condiciones esenciales que posibilita a los sujetos tener una existencia física digna y, con ello, desarrollar plenamente su personalidad y sus potencialidades".*

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 441-2012, fecha de la resolución: 25/03/2015.

SUSPENSIÓN DE AFILIACIÓN AL ISSS

POR INACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y SIMULACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL

*"*V. Corresponde en este apartado analizar si las actuaciones de la autoridad demandada se sujetaron a la normativa constitucional.

1. A. Las peticionarias manifestaron que el Director General del ISSS al suspender sus números de afiliación, sin que previo a ello les haya dado la oportunidad de controvertir las razones que motivaron dicha decisión, vulneró sus derechos de audiencia, defensa, a la salud y a la seguridad social. Aunado a ello, la señora [...] sostiene que la falta de respuesta a su escrito de fecha 11-VI-2012 conculcó su derecho de petición.

B. Al respecto, la autoridad demandada argumentó que la suspensión de la inscripción de la empleadora [...] y, consecuentemente, de la afiliación de la señora [...], se debió a que, en el procedimiento de inspección respectivo, se comprobó que la empleadora se encontraba en situación de "pasivo temporal" y que existía una simulación laboral. Agregó que en dicho procedimiento aquellas tuvieron la oportunidad de controvertir e incorporar prueba de descargo, sin embargo, no lograron desvirtuar la infracción en cuestión, por lo que no son ciertas las vulneraciones constitucionales que alegan en este amparo.

2. A. a. La parte actora incorporó prueba instrumental consistente en certificaciones notariales de: […]

B. Expuesto el contenido de los elementos de prueba, es necesario acotar que las certificaciones agregadas al presente proceso por las partes procesales fueron expedidas por notario, por lo que, con fundamento en el art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias, se tiene por comprobada de manera fehaciente la existencia de los documentos y las actuaciones que se encuentran incorporadas en ellas. Y es que, dado que las partes no han controvertido el contenido de las aludidas certificaciones ni han cuestionado su autenticidad, no obstante haber tenido la oportunidad de hacerlo, estas serán valoradas por este Tribunal conforme a la sana critica.

C. En relación con los informes de los inspectores del ISSS, debe señalarse que, de conformidad con el art. 24 del Reglamento de Afiliación, Inspección y Estadísticas del ISSS (RAIEISSS), las actas y los informes que rindan los inspectores, en el ejercicio de sus funciones, se tendrán como relaciones exactas y verdaderas de los hechos en ellos contenidos y harán plena fe en toda clase de actuaciones, en tanto no se demuestre de modo evidente su inexactitud, falsedad o parcialidad. Por tal motivo, dado que en este proceso no se ha controvertido el contenido ni cuestionado la autenticidad de los informes que han sido incorporados a este amparo, el contenido de estos será valorado conforme a la sana crítica.

3. A. Con base en los elementos de prueba presentados, valorados conjuntamente y conforme a la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos:

a. Que la señora [...] figura en los registros del ISSS como propietaria de la empresa VV Ventas Varias –dedicada a la venta de productos de limpieza– y como empleadora de la señora [...]. Así, consta en las planillas preelaboradas para el pago mensual de cotizaciones con facturación directa, correspondientes a los meses de febrero de 2012 y abril de 2011, que la última trabaja en la referida empresa con un horario parcial –de cuatro horas diarias–; situación que, de acuerdo con la orden de inspección de fecha 9-XI-2010, llamó la atención del Departamento de Afiliación e Inspección del ISSS.

b. Que se comisionó a la inspectora del ISSS Lic. [...] que verificara el horario de trabajo de la señora [...] que había reportado la citada empleadora, a fin de determinar si la empleadora estaba obligada a continuar pagando las cotizaciones respectivas, comprobándose en el procedimiento de inspección que no se estaban realizando las actividades del giro de la empresa y que entre su propietaria y la señora [...] no había una relación laboral, por lo que al encontrarse la empleadora en situación de pasivo temporal debía suspenderse a ambas sus números de afiliación.

En efecto, consta en el informe de inspección de fecha 27-V-2011 que, entre el 13- IV-2011 y el 12-V-2011, la inspectora visitó en tres ocasiones el sitio señalado como centro de trabajo, constatando que en dicho lugar residían las señoras antes mencionadas. Según el informe, en la primera visita la empleadora manifestó que la empresa había sido trasladada a otra dirección y que su hija era la única que conocía su ubicación, ya que era la que se encargaba del negocio; sin embargo, en la segunda visita, aseveró que había cerrado el negocio desde marzo del 2011 porque su hija estaba enferma y, además, debía dedicarse a cuidar a sus nietos. Por tal motivo, se le explicó que al no tener empleados ni centro de trabajo se encontraba en pasivo temporal hasta que se reanudaran las labores con normalidad, por lo que ya no era procedente el pago de las cotizaciones desde el mes en que fue cerrada la empresa.

Asimismo, se hizo constar que la señora [...] y su hija –quien estuvo presente y fue entrevistada en la tercera visita– no contaban con los documentos que acreditaban el funcionamiento de la empresa y la relación laboral entre ambas, esto es, el control de asistencia, el registro de entrega de productos, recibos o boletas de pago de salarios, etc.; por lo que se comprometieron a presentarlos al ISSS, sin cumplir con lo acordado. En ese contexto, el Dr. [...] se apersonó al instituto manifestando ser el apoderado de las peticionarias y exigiendo la reanudación de los derechos de sus representadas como aseguradas, pero no aportó ningún elemento que contribuyera al esclarecimiento de las irregularidades antes referidas.

Así, con fundamento en los elementos obtenidos en cada una de las visitas y en las entrevistas efectuadas a las pretensoras, se concluyó en el aludido informe que la empleadora se encontraba en situación de pasividad temporal –por el cese de operaciones de la empresa en cuestión–, por lo que, con base en los arts. 3 de la LSS, 1 y 7 del RARSS y 17 del CT, debía dejarse inactivo su número de afiliación, así como el de la señora [...].

c. Que la señora [...] se presentó a finales de mayo de 2011 al ISSS, solicitando la reactivación de su número de afiliación, para lo cual pidió que se modificaran los datos de su empleador y centro de trabajo, y que se incorporaran a su expediente el recibo de pago de salarios, el contrato individual de trabajo y la constancia de trabajo, de fechas 30-IV-2011, 3-V-2011 y 23-V-2011, respectivamente; documentos en los que el señor [...] figuraba como la persona para la cual trabajaba en jornada de cuatro horas desde el 2-V-2011.

Así, consta en la orden de inspección de fecha 27-V-2011 y el escrito de fecha 25- V-2011, que la Jefa de la Sección de Aseguramiento solicitó al Departamento de Afiliación e Inspección que se realizara la inspección respectiva para

verificar la autenticidad de la información brindada por la actora, ya que en el sistema se le había marginado con el código “no relación laboral” con la señora [...] [...]. Lo anterior a fin de formalizar su activación como cotizante, pues solo se había habilitado su número de afiliación de manera provisional.

De acuerdo con el informe de fecha 28-VI-2011, si bien la señora [...] aseveró desempeñarse como ordenanza en las oficinas del señor [...], no fue posible encontrarla en el centro de trabajo en ninguna de las visitas que realizó el inspector asignado al caso, pese a que se apersonó al referido lugar en el horario que supuestamente se le había asignado. Dicho funcionario hace constar que los demás empleados se contradijeron en la información que daban sobre ella y que el señor [...] no compareció a las citas en el ISSS para aclarar la situación laboral de la señora [...]; por el contrario, se limitó a remitir el escrito de fecha 21-VI-2011 en el que manifestó que había despedido a la referida señora.

Por tales motivos, con base en los arts. 3 de la LSS, 1 del RARSS y 17 del CT, concluyó que entre ambos no existía una relación laboral, por lo que la señora Verónica Patricia López no cumplía con los requisitos para que se accediera a la inscripción solicitada.

B. a. En perspectiva con lo expuesto, debe tenerse presente que, de acuerdo con el art. 77 de la LSS, los asegurados o beneficiarios que en sus relaciones con el ISSS incurran en fraude, alteren documentos o intenten inducir a engaño al personal del mismo, quedarán sujetos a las sanciones reglamentarias correspondientes. Así, el art. 95 inc. 2° núm. 2° de la citada ley establece que las personas que intervengan en la simulación de una relación laboral serán sancionadas y, en su caso, deberán restituir solidariamente al instituto el valor de las prestaciones obtenidas mediante la simulación, aumentado en un cincuenta por ciento.

Con relación a ello, el art. 10 del RARSS prescribe que solo el instituto puede cancelar, anular o suspender la inscripción de patronos y trabajadores en los casos y la forma prevista por el RAIEISSS. Así, de acuerdo con el art. 20 del RAIEISSS, el Director General de la aludida institución está facultado para suspender los efectos de la inscripción de un patrono, cuando se pruebe fehacientemente la interrupción de los trabajos o actividades de la empresa de que se trate; situación que deberá ser corroborada por los inspectores del Departamento de Afiliación e Inspección del instituto (art. 21 RAIEISSS).

Para tal efecto, el art. 22 del referido reglamento confiere a los inspectores y demás personal autorizado la facultad de revisar las planillas y el resto de la documentación relacionada con el Seguro, visitar los establecimientos donde presten sus servicios los trabajadores, o acudir a sus domicilios para verificar las tarjetas de afiliación y demás datos registrados, siendo obligación de todo patrono y trabajador facilitarles a aquellos la práctica de toda diligencia necesaria para determinar el cumplimiento de la LSS y sus reglamentos. Y, cuando el empleador omita llevar o conservar las planillas o no lo hace conforme al marco legal o se niega a facilitar dicha documentación a los inspectores, *estos podrán determinar, con base en los datos de que dispongan o que recaben al efecto, las personas sujetas al seguro por las que el patrono debe cotizar, así como cualquier otra circunstancia relacionada con la aplicación de la ley* (art. 23 RAIEISSS).

b. En el caso en particular, el Director General del ISSS ha manifestado enfáticamente en sus informes que la suspensión de los números de afiliación de las peticionarias se debió a la inactividad de la empresa y a que, en esas circunstancias, estas simularon la existencia de una relación laboral; pero que previo a la adopción de tal decisión se brindó a aquellas reales oportunidades de defensa. Aunado a ello, la señora [...] pretendió que se le inscribiera nuevamente aduciendo la existencia de un vínculo laboral con el señor [...], lo cual fue desvirtuado en el procedimiento de inspección respectivo.

Con fundamento en los documentos antes valorados, se ha comprobado que las señoras [...] y [...] tuvieron conocimiento de que su situación como afiliadas del ISSS se encontraba bajo investigación, así como los motivos por los que esta era cuestionada. Además, se ha establecido que en el procedimiento de inspección respectivo se concedió a las referidas señoras la oportunidad de controvertir y de aportar las pruebas pertinentes para acreditar que la empresa VV Ventas Varias estaba en operaciones, y que existía, entre ambas, una verdadera relación laboral; sin embargo, estas no aportaron a la inspectora ningún elemento probatorio que apoyara el cumplimiento de los referidos requisitos, por lo que la suspensión de sus números de afiliación y, con ello, del goce de los servicios de salud y seguridad social, se debió a que no pudieron establecer las condiciones primordiales exigidas por la ley para acceder a tales prestaciones.

De los informes de inspección antes relacionados, se colige que las pretensoras no solo tuvieron la posibilidad de ejercer su defensa en cada una de las visitas que les realizó la inspectora del ISSS en el supuesto centro de trabajo, sino que también en las oficinas del instituto en las que se requirió su comparecencia para aportar la prueba que acreditara sus aseveraciones; razón por la cual, *dado que se ha determinado que no existen las vulneraciones a los derechos de audiencia, defensa —como manifestaciones del debido proceso—, a la salud y a la seguridad social de las peticionarias, resulta procedente desestimar su pretensión en relación con este punto".*

EMISIÓN DE RESPUESTA A LA PETICIONARIA SOBRE CERTIFICADO PROVISIONAL SE REALIZÓ EN TIEMPO RAZONABLE

"4. A. Ahora bien, respecto a la falta de respuesta del Director General del ISSS al escrito de fecha 11-VI-2012, mediante el cual la señora Verónica Patricia López solicitó un certificado provisional para poder tener acceso a los servicios de salud del ISSS, es necesario considerar lo siguiente:

a. Que la peticionaria explicó en el mencionado escrito que, en el año 2011, recibió en su casa de habitación —esto es, en la dirección registrada como centro de trabajo— la visita de un inspector del ISSS, a quien mostró la planilla de pago de cotizaciones del ISSS para comprobar su relación de trabajo con la señora [...], pero que al presentarse en mayo de 2011 a la sección de trámite de afiliación de trabajadores y patronos del instituto le informaron que se le había borrado del seguro y que debía reinscribirse; razón por la cual ya no pudo tener acceso a los servicios de salud respectivos, siendo este el motivo por el que

solicitaba que se diera prioridad a su caso y que se le extendiera un certificado provisional.

b. Que en la esquina superior derecha del aludido documento se hizo constar que este fue recibido en la Dirección General del ISSS el 11-VI-2012, esto es, quince días antes de que la señora [...] interpusiera la demanda con la que se inició este proceso de amparo.

c. Que la autoridad demandada manifestó en sus informes que la resolución de la petición en cuestión requirió el análisis de los resultados de los procedimientos de inspección antes mencionados, a fin de emitir una decisión apegada a Derecho; lapso en el que se emitió como medida cautelar en este proceso que se le brindaran a la actora los servicios de salud del seguro social, por lo que, tal como lo solicitó en su escrito de fecha 11-VI-2012, le fue entregado el certificado provisional y le fueron reprogramadas las consultas médicas que había perdido.

B. Con fundamento en lo expuesto, este Tribunal observa que, entre el momento en que fue suspendido el número de afiliación de la señora [...] y la fecha en que formuló a la autoridad demandada la petición en cuestión, transcurrió más de un año sin que la aludida señora cuestionara tal decisión. En cambio, durante ese tiempo pretendió que el instituto la reinscribiera, aduciendo la existencia de una nueva relación laboral. Incluso, una vez que se le notificó que no procedía su reactivación, esperó un año para presentar el escrito, cuya falta de respuesta impugna en este proceso.

Tomando en cuenta las circunstancias en las que fue formulada la petición en cuestión, se advierte que no podía exigirse a la autoridad demandada que emitiera una respuesta al aludido escrito en un lapso de quince días, pues esta requería de un tiempo prudencial para estudiar y analizar los resultados y las pruebas incorporadas a los dos procedimientos de inspección en los que se controvirtió la vigencia de los requisitos para que la señora [...] continuara cotizando al seguro social; ello a fin de evaluar y pronunciarse nuevamente sobre dicha situación. En todo caso, debe tenerse presente que mediante el mencionado escrito aquella pretendía que la institución se pronunciara sobre una situación que ya había sido resuelta en los procedimientos de inspección antes mencionados.

En ese sentido, se concluye que el tiempo que el Director General del ISSS había tardado para emitir una respuesta a la señora [...] en el momento en que esta presentó su demanda de amparo era razonable, por lo que no ocasionó una afectación de trascendencia constitucional a su derecho de petición. En virtud de lo anterior, también resulta procedente declarar que no ha lugar el amparo solicitado en este punto de la pretensión de la señora [...]".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 441-2012, fecha de la resolución: 25/03/2015.

SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA ES EL ENTE RESPONSABLE DE IMPONER SANCIONES

"*1.* El peticionario expone que la falta de mecanismos legales para controlar la resolución emitida por el CSSP fuera de la administración de salud atenta

contra sus derechos de audiencia y defensa. De tal afirmación se extrae que el demandante considera que resulta imprescindible la existencia de un medio impugnativo ante una autoridad judicial o administrativa fuera del sector salud para cuestionar la resolución emitida por el CSSP.

A. Al respecto, es preciso señalar que el art. 68 Cn. establece al Consejo Superior de Salud Pública como el ente responsable de velar por la salud del pueblo, y dentro de sus atribuciones constitucionales está la de resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones pronunciadas por las Juntas de Vigilancia correspondientes a cada profesión relacionada a la salud.

En igual sentido, el Código de Salud en su Art. 14 letra 1) establece la facultad del CSSP de conocer en última instancia de los recursos que se interpongan de las resoluciones pronunciadas por las Juntas y organismos relacionados con la salud. Además, el CSSP es un ente institucional que goza de autonomía en sus funciones y resoluciones y está conformado por catorce miembros provenientes de los gremios: Médico, Odontológico, Químico-Farmacéutico y Médico Veterinario –Art. 8 CS–.

Se manifiesta entonces, que la Constitución ha creado al CSSP como un ente independiente, con los conocimientos técnicos suficientes para tomar las decisiones más acertadas respecto a los temas de salud de la población incluyendo las cuestiones relacionadas a las personas que desempeñan las diferentes profesionales vinculadas a la salud. Por tal razón, este se erige como la máxima autoridad y por ende la última instancia en sede administrativa para analizar y emitir una resolución respecto a las infracciones que se les imputen a dichos profesionales.

Así, la Constitución ha previsto un procedimiento de doble instancia para las resoluciones que emitan las Juntas de Vigilancia, entre ellas las referentes a los casos de infracciones establecidas en el Código de Salud –arts. 68 inc. 3 Cn, 290 y 291 CS–. En tal sentido, la configuración del recurso en el caso de tales resoluciones no deviene de la decisión del legislador secundario, sino de la misma Constitución".

RESOLUCIONES DEL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA PUEDEN SER IMPUGNADAS VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

"*B.* Por otra parte, aún cuando el CSSP constituya la última instancia dentro del proceso administrativo sancionador, ello no significa que sus resoluciones no puedan ser impugnadas a través de mecanismos judiciales ya que este aún cuando sea un organismo independiente realiza actos administrativos.

De conformidad al Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. De tal manera, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la referida ley, el interesado puede impugnar las decisiones del ente administrativo –en este caso el CSSP-como organismo independiente ejerciendo la acción contencioso administrativa de conformidad a la ley.

En tal sentido, el argumento sostenido por el peticionario en cuanto a la supuesta vulneración de sus derechos de audiencia y defensa no resulta válido, pues la legislación ha previsto los mecanismos necesarios e idóneos para que el afectado por una resolución la cuestione no solo en sede administrativa –CSSP– sino en la judicial –Sala de lo Contencioso Administrativo–. En ambos procesos se le permiten espacios reales y efectivos para que el interesado exprese su disconformidad, plantee los argumentos que estime convenientes a sus intereses, y para que presente las pruebas necesarias con el objeto de desvirtuar las imputaciones que se efectúan en su contra.

Por tanto, la supuesta lesión a los derechos de audiencia y defensa, no se logra extraer de los argumentos expuestos por la parte actora, más bien se evidencia una mera inconformidad respecto a la resolución emitida por el CSSP, lo cual carece de trascendencia constitucional, por lo que escapa a la competencia de esta Sala.

Y es que, para que este Tribunal pueda conocer del fondo de la pretensión es preciso que el sujeto activo se atribuya la existencia de un agravio personal, directo y de trascendencia constitucional dentro de su esfera jurídica, es decir, lo argüido por aquel debe evidenciar, necesariamente, la afectación de alguno de sus derechos fundamentales".

RESPONSABILIDAD QUE ESTABLECE CÓDIGO DE SALUD ES INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE PROCESO PENAL

"*2.* En cuanto a la supuesta trasgresión al principio de doble persecución por la existencia de un proceso penal y otro administrativo en contra del peticionario por los mismos hechos, tal como se expresó en el apartado anterior, para que exista una "misma causa" la pretensión debe ser la misma, lo que implica que debe de constatarse identidad en las personas intervinientes, en el objeto y en la causa.

En el caso planteado, el demandante alega que existe identidad en los sujetos y los hechos. No obstante, los hechos y el sujeto perseguido pueden ser los mismos, la causa de la persecución –causa petendi– difiere. El procedimiento administrativo sancionador tiene por finalidad esclarecer si el supuesto infractor realmente infringió la normativa administrativa y de ser así, se impone una sanción administrativa. En cambio, el proceso penal busca establecer si existe o no culpabilidad del sujeto imputado sobre la comisión de un ilícito penal, cuya consecuencia será la imposición de una pena.

Y es que, tal como esta Sala lo ha acotado, la causa de pedir o causa petendi no solo se refiere al resultado que el peticionario espera obtener –lo que pide a la autoridad–, sino también el fundamento jurídico en virtud del cual formula su solicitud. Así, en el proceso administrativo sancionador, el fundamento de la resolución emitida por el CSSP no solo fueron los hechos sino la normativa administrativa –Código de Salud– que establece la prohibición de la conducta realizada por el demandante. En igual sentido, la acusación de la Fiscalía General de la República y la resolución emitida por el juez de lo penal se fundamentaron en planteamientos fácticos y jurídicos enmarcados dentro de la ley penal.

Tal es así, que el mismo Código de Salud establece que la responsabilidad que emana de dicha normativa es de naturaleza profesional, y por tanto es independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine de las infracciones que se cometan –Art. 288 CS–. Por ello, la autoridad de salud competente no está vinculada al resultado de cualquier proceso penal o civil y su resolución puede diferir de la emitida por un juez, salvo que se dictase una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo que adquieran la calidad de cosa juzgada en razón de la inexistencia comprobada del hecho; la Administración quedaría inhibida de iniciar o proseguir cualquier expediente disciplinario, a menos que este último tenga como razón hechos distintos a los enjuiciados por la judicatura penal.

En tal sentido, un mismo hecho puede generar tres tipos de responsabilidad: profesional, penal y civil, cada una de ellas aún cuando emanen del mismo evento requerirán para su comprobación de ciertas características especiales según la materia, de tal forma que puede existir responsabilidad profesional –administrativa– pero no penal al no haberse comprobado los elementos del tipo penal que se imputa.

En razón de lo expuesto, no se logra observar un doble juzgamiento en perjuicio del demandante pues tal como se acotó no existe concordancia en la causa de la persecución, más bien, resulta evidente que el actor se encuentra inconforme con la resolución impugnada, y al no haber agotado la vía judicial que la ley le permite –contencioso administrativo– para dirimir cuestiones de mera legalidad, pretende que esta Sala se constituya como un tribunal de alzada y conozca de hechos que no poseen trascendencia constitucional por no existir un agravio de tal naturaleza.

Al respecto, es preciso señalar lo establecido por esta Sala, en cuanto a que el Amparo no opera como una instancia superior de conocimiento para la revisión, desde una perspectiva legal, de las actuaciones realizadas por las autoridades administrativas dentro de sus respectivas atribuciones, sino que pretende brindar una protección reforzada de los derechos fundamentales reconocidos a favor de las personas.

De esta forma, ya que el asunto planteado carece de trascendencia constitucional, es pertinente declarar la improcedencia de la demanda de amparo, por concurrir un defecto en la pretensión que habilita la terminación anormal del proceso".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 252-2014, fecha de la resolución: 02/10/2015.

SUSPENSIÓN LABORAL SIN GOCE DE SUELDO

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CARECE DE COMPETENCIA PARA REVISAR VALORACIÓN PROBATORIA QUE SIRVIÓ PARA SU ADOPCIÓN

"*1.* La apoderada del actor dirige su reclamo contra las siguientes autoridades: *i)* la Directora Regional del Ministerio de Salud Pública, en virtud de haber emitido el Acuerdo número 208, de fecha 17-VII-2012, mediante el cual suspendió sin goce de sueldo al actor del cargo que desempeñaba como Inspector Téc-

nico en Saneamiento Ambiental; *ii)* la Comisión de Servicio Civil de la Dirección Regional de Salud Metropolitana del referido ministerio, en virtud de haber confirmado la decisión de despedir al actor mediante la resolución de fecha 8-I- 2013; y el Tribunal de Servicio Civil por haber adoptado la decisión de fecha 21-X-2014, en virtud de la cual este confirmó la referida resolución. Como consecuencia de dichos actos, la parte actora estima vulnerados los derechos de audiencia y defensa –como manifestaciones del debido proceso– y a la estabilidad laboral.

En ese sentido, la apoderada del actor señala que previo a iniciar el proceso de autorización de despido de su mandante se ordenó la suspensión sin goce de sueldo de este, la cual, según su opinión, contradice la Constitución y adolece de nulidad.

En otro orden, alega que la demanda de autorización de despido se presentó ante la Comisión de Servicio Civil fuera del plazo establecido y considera que no se logró comprobar que el peticionario hubiera incurrido en las faltas que se le atribuyeron para despedirlo.

2. En ese sentido, se advierte que los argumentos expuestos por la parte actora en ningún momento ponen de manifiesto la forma en la que se habrían infringido sus derechos constitucionales, sino que, más bien, evidencian que el fundamento de la pretensión planteada descansa en un desacuerdo con las decisiones emitidas por las autoridades demandadas.

Así, se observa que mediante la presentación de la demanda la parte actora pretende que se realice en sede constitucional una revisión a efecto de determinar, en primer lugar, si procedía ordenar la suspensión sin goce de sueldo del peticionario; en segundo lugar, si la demanda en la que se solicitaba autorizar el despido del actor fue presentada dentro del plazo legal establecido y, finalmente, si la prueba incorporada al proceso seguido contra el actor era fehaciente a efecto de acreditar las faltas que se le imputaban.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción constitucional carece de competencia material para verificar dichas actuaciones, ya que ello escapa al catálogo de competencias conferido a este Tribunal. Y es que, tal situación supondría revisar el análisis probatorio realizado por las autoridades demandadas a efecto de establecer si era procedente ordenar el despido del actor, cuestión que implicaría invadir las atribuciones de la jurisdicción laboral.

Al respecto, según la jurisprudencia constitucional –*v.gr.* el auto emitido el día 21-XII-2011 en el Amp. 515-2011–, la valoración probatoria realizada por las autoridades judiciales o administrativas, consiste en el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba, es decir, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los referidos medios, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se someten a su conocimiento".

JEFES DE SERVICIO CIVIL PUEDEN APLICARLA COMO MEDIDA CAUTELAR

"Ahora bien, en cuanto al hecho alegado por la apoderada del actor, en el sentido que previo a iniciar el proceso de autorización de despido de su mandan-

te se ordenó su suspensión por supuestamente constituir un "grave peligro para la Administración Pública", la cual, según su opinión, contradice la Constitución y adolece de nulidad, se advierte que dicha decisión no es de carácter definitiva, sino que conforme al art 58 de la Ley de Servicio Civil constituye una medida a adoptar mientras la Comisión de Servicio Civil emite su resolución.

Y es que, tal como esta Sala sostuvo en la sentencia pronunciada el 20-XI-2007, en el Amp. 367-2006, las *suspensiones sin goce de sueldo* pueden ser de dos tipos: *i) como medida cautelar,* es decir, adoptada en el *transcurso del proceso o procedimiento* como mecanismo tendente a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva a dictarse; y *ii) de carácter punitivo o sancionatorio.* En ese orden, este Tribunal ha sostenido –verbigracia en la sentencia de fecha 26-VIII-2015, pronunciada en la Inc. 23-2012–, que el inc. 3° del art. 42 de la Ley de Servicio Civil contradice el derecho de audiencia en el sentido que en dicha disposición se establecía la posibilidad de aplicar la sanción de suspensión sin goce de sueldo hasta por cinco días, *sin la realización de un procedimiento previo;* sin embargo, se aclaró que dicha decisión no afectaba la posibilidad que tienen los jefes de servicio de aplicar la suspensión sin goce de sueldo, según lo establecido en el art. 58 de dicha ley – disposición aplicada para ordenar la suspensión alegada en este amparo–.

Finalmente, de la documentación adjunta a la demanda se observa que el actor tuvo participación en los procesos seguidos contra él ante la Comisión de Servicio Civil y el Tribunal de Servicio Civil, ejerció su derecho de defensa y aportó la prueba que consideró pertinente.

3. En conclusión, del análisis de las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas se deriva la imposibilidad de juzgar, desde una perspectiva constitucional, el fondo del reclamo planteado por la parte actora, ya que este se fundamenta en un asunto de estricta legalidad, por lo que es pertinente declarar la improcedencia de la demanda de amparo".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 642-2015, fecha de la resolución: 04/12/2015.

TASAS MUNICIPALES A POSTES DE TENDIDO ELÉCTRICO, TELEFÓNICO U OTRO SERVICIO

CARACTERÍSTICAS PROPIAS Y ESENCIALES DE LAS TASAS

"*3.* En la Sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005, se estableció que la *tasa* es el tributo cuyo hecho generador está integrado por una actividad o servicio divisible del Estado o Municipio, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente.

La jurisprudencia de este Tribunal –*v. gr.,* en la Sentencia del 30-IV-2010, Amp. 142-2007– ha caracterizado a las *tasas* con los siguientes elementos: *(i) es un gravamen pecuniario, que puede regularse en una ley u ordenanza municipal y frente al cual el Estado o el Municipio se comprometen a realizar una actividad o contraprestación, la cual debe plasmarse expresamente en su texto; (ii)* se trata de un servicio o actividad divisible, a fin de posibilitar su particularización; y *(iii)*

se trata de actividades que el Estado o el Municipio no pueden dejar de prestar porque nadie más está facultado para desarrollarlas.

En resumen, las características propias y esenciales de la tasa son, por un lado, que el hecho generador supone un servicio vinculado con el obligado al pago; y, por otro, que dicho servicio constituye una actividad estatal inherente a la soberanía. Es decir, para que exista una tasa debe haber *una contraprestación realizada por el Estado o el Municipio que se particulariza en el contribuyente y, además, dicha contraprestación no puede ser efectuada por un ente privado".*

INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA

"B. La demandante ofreció como prueba los siguientes documentos: *(i)* copia simple del Diario Oficial n° 152, Tomo n° 384, del 19-VIII-2009, que contiene el Decreto Municipal n° 2, del 20-VII-2009, correspondiente al Concejo Municipal de Ciudad Delgado; *(ii)* copias certificadas por notario de 8 contratos de arrendamientos, para la instalación y puesta en funcionamiento de estaciones radio base de telecomunicaciones con su respectiva caseta y torres, ubicadas en inmuebles de propiedad privada dentro de la circunscripción territorial del Municipio de Ciudad Delgado; y *(iii)* constancia emitida por el Subgerente de Contabilidad del Grupo Claro El Salvador, por medio de la cual se establece que son 8 torres las instaladas en el Municipio de Ciudad Delgado.

Del análisis de la documentación antes relacionada –que se adecúa a lo prescrito en los arts. 330, 331 y 343 del Código Procesal Civil y Mercantil– y de los argumentos presentados en la demanda, *se ha comprobado que la sociedad actora posee torres de telecomunicaciones instaladas dentro de la circunscripción territorial del Municipio de Ciudad Delgado, departamento de San Salvador; por lo que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la disposición cuya constitucionalidad se examina.*

2. Establecido lo anterior, es preciso advertir que las pretensiones de la parte actora se examinarán de conformidad con el *principio de eventualidad procesal,* siguiendo el orden que ella propone. Por ende, únicamente en el caso de desestimarse la primera de ellas resultará necesario conocer sobre la segunda.

Así, corresponde examinar el primero de los argumentos planteados por la sociedad demandante. Para ello, se debe analizar la naturaleza del tributo cuestionado con la finalidad de determinar si existe un servicio jurídico o administrativo como contraprestación por la obligación contenida en aquel y, en caso de acreditarse la existencia de tal servicio, si el contenido de este es susceptible de ser gravado mediante una tasa municipal.

A. La sociedad demandante alega que el tributo impugnado es un impuesto y no una tasa, ya que por su pago no recibe ningún servicio de parte del Municipio de Ciudad Delgado; lo cual no puede ser regulado mediante ordenanza municipal, sino por medio de ley formal, siendo la Asamblea Legislativa el ente competente para emitirla. Por su parte, la autoridad demandada se limitó a afirmar que la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona fue creada en base a las leyes de la República y solicitó el sobreseimiento del presente proceso de amparo.

B. Tomando en cuenta lo expuesto, es necesario apuntar que los arts. 5 y 129 de la LGTM prescriben que las tasas municipales se generan en virtud de aquellos servicios públicos de naturaleza jurídica o administrativa prestados por los municipios. En ese sentido, para justificar constitucionalmente el cobro de una tasa, la normativa respectiva deberá establecer con precisión cuál es la actividad que se generará como contraprestación por el cobro del canon, como podrían ser, por ejemplo, la extensión de un permiso, una licencia, una autorización –servicios jurídicos o administrativos– o una actividad material, siempre que pueda determinarse sin duda alguna que esta es consecuencia directa del pago de ese tributo.

El art. 7.12.J de la ORTSMCD impone una licencia mensual por cada torre, monoposte y antena de cualquier tipo que funcione en el municipio. De lo anterior se advierte que, por el pago mensual de $ 100.00 para que dichas estructuras puedan funcionar en la circunscripción territorial del Municipio de Ciudad Delgado, *este se encuentra en la obligación de extender una licencia que faculte para desarrollar la mencionada actividad.* Así, pareciera que dicho precepto legal regula un servicio público de carácter jurídico que los sujetos obligados al pago reciben como contraprestación.

C. a. Ahora bien, para que un tributo pueda ser constitucionalmente calificado de "tasa" no solo se debe analizar si por su pago se realiza –aparentemente, en el presente caso– una contraprestación, sino también cuál es el contenido del servicio que se brinda. En ese orden, *el hecho generador del tributo impugnado está constituido formalmente por la emisión de una licencia para que torres, monopostes y antenas de cualquier tipo puedan funcionar en el Municipio de Ciudad Delgado.*

En ese orden, es necesario señalar que el funcionamiento de dichas estructuras no puede entenderse de una forma aislada; es decir, que las torres de telecomunicaciones que posee la demandante –independientemente de donde se encuentren– no operan de manera autónoma como para justificar un gravamen individual, sino que su funcionamiento está condicionado al desempeño global de la actividad comercial a la cual se dedica el contribuyente.

b. En ese sentido, establecer una tasa que grave el *funcionamiento* de cada una de las torres que la sociedad [...], S.A. de C.V., posee en la circunscripción territorial de Ciudad Delgado para la prestación de los servicios de telecomunicaciones implica, en definitiva, gravar la actividad económica que la aludida sociedad desarrolla en dicho municipio, lo cual es materia de un impuesto municipal, pero no de una tasa.

c. En virtud de lo expuesto, se concluye que el Concejo Municipal de Ciudad Delgado, al emitir el art. 7.12.J de la ORTSMCD, en el que se establece una "tasa" por licencia para que torres, monopostes y antenas de cualquier tipo –para el caso que nos ocupa, de telecomunicaciones–, puedan funcionar en el municipio de Ciudad Delgado, *infringió el principio de reserva de ley en materia tributaria.* Por tanto, dicho precepto también transgrede *el derecho a la propiedad de la sociedad [...], S.A. de C.V, pues se le obliga a pagar cierta cantidad de dinero en concepto de un tributo inconstitucional; por consiguiente, corresponde estimar la pretensión planteada por la sociedad demandante.*

2. A. En el caso particular, y dado que el reclamo constitucional planteado se basó en la emisión de una disposición que con su sola vigencia causó la referida transgresión constitucional, *el efecto reparador se concretará en que el Concejo Municipal de Ciudad Delgado deberá abstenerse de aplicar a la sociedad peticionaria el art. 7.12.J de la* ORTSMCD. En ese sentido, la autoridad demandada *no deberá* realizar cobros ni ejercer acciones administrativas o judiciales tendentes a exigir el pago de cantidades de dinero en concepto del tributo constatado inconstitucional en este proceso o de los intereses o multas generados por su falta de pago.

Así, en virtud de que el objeto de control del presente amparo recayó en la disposición recién citada y no en los actos aplicativos derivados de esta, *la presente decisión no implicará la obligación de devolver cantidad de dinero alguna que haya sido cancelada en concepto de pago por el tributo ahora constatado inconstitucional.* Sin embargo, los procesos jurisdiccionales que no hayan concluido por medio de una resolución firme al momento de la emisión de esta sentencia sí se verán afectados por esta. Por lo anterior, *el Municipio de Ciudad Delgado no solo está inhibido de promover nuevos procedimientos o procesos contra la sociedad [...], S.A. de C. V.., para el cobro del tributo cuya inconstitucionalidad se constató, sino también de continuar los procesos que no hayan finalizado por Medio de una sentencia firme y que persiguen el mismo fin"*.

HABILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DIRECTAMENTE CONTRA LOS FUNCIONARIOS RESPONSABLES

"*B.* Además, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr. Cn., la sociedad actora tiene expedita la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra de las personas que integraban el Concejo Municipal de Ciudad Delgado cuando ocurrió la aludida vulneración".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 99-2014, fecha de la resolución: 11/12/2015.

TASAS MUNICIPALES POR EL USO DEL SUELO Y DEL SUBSUELO

COBRO DE TASA MUNICIPAL POR LA EXTENSIÓN DE LICENCIAS O AUTORIZACIONES PARA EL USO DE ESPACIOS PÚBLICOS

"*E. a.* Esbozado lo anterior, en razón de que la disposición impugnada alude a una tasa municipal relacionada con el uso del suelo y subsuelo, es importante mencionar algunos criterios jurisprudenciales relevantes emitidos por esta Sala al respecto.

i. En las Sentencias de 15-II-2013 y 21-VIII-2013, Amps. 487-2009 y 428-2011, se señaló que para la configuración de este tipo de tributo se requiere que los inmuebles sobre los que recae el gravamen por el uso del suelo y subsuelo constituyan espacios públicos propios o encomendados a la Administración Mu-

nicipal. En los mencionados precedentes se coligió, a partir de una interpretación sistemática de los arts. 204 ord. 1° de la Cn., 4 n° 23 y 61 del CM y 130 de la LGTM, que las Municipalidades *gozan de la facultad constitucional de gravar la utilización del suelo y subsuelo administrado por ellas mediante tasas municipales,* siempre que por su pago se pueda individualizar un servicio a favor del sujeto pasivo de la obligación tributaria. En ese sentido, se concluyó que, a través de tales cuerpos normativos, únicamente se pueden gravar los objetos localizados en terrenos de propiedad pública bajo la administración municipal.

ii. En el Amp. 428-2011 se estableció que una tasa cuya contraprestación consista en un servicio jurídico o administrativo –*v.gr.,* la emisión de una licencia, permiso o autorización– será válida constitucionalmente cuando, en primer lugar, el cuerpo normativo que la regula establezca expresamente en su texto cuál es el servicio que se realizará como contraprestación y, en segundo lugar, la actividad que se autoriza sea susceptible de ser gravada mediante una tasa municipal, respetando lo prescrito en el art. 130 ínc. 2° de la LGTM. Sobre este segundo elemento, se aclaró que, si la actividad autorizada no recae sobre objetos que se encuentran en terrenos de administración municipal, se estará en presencia de una actividad no susceptible de ser gravada.

En virtud de los citados criterios jurisprudenciales, se colige que *no se puede crear ni exigir el cobro de una tasa municipal por el simple hecho de encontrarse el inmueble y los bienes adheridos a este en la circunscripción territorial de un Municipio, sino por los servicios que este presta en relación con tales bienes, como es la extensión de licencias o autorizaciones para el uso de espacios públicos bajo administración municipal".*

FALTA DE HABILITACIÓN PARA AUTORIZAR LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE EL SALVADOR

"b. Por otra parte, en virtud de que el hecho generador del tributo reclamado radica en la emisión de licencias para construcción, ampliación, reparación o mejoras, es importante mencionar que la LGTM en su art. 131 señala que estarán afectos al pago de tasas los servicios jurídicos proporcionados por el Municipio, tales como las *licencias.* En vinculación con ello, el art. 142 –el cual regula las tasas por licencia– establece que *serán objeto de gravamen todos aquellos actos que requieran el aval o permiso del Municipio para realizarse,* tales como las construcciones, ampliaciones y reparaciones de edificios, así como las lotificaciones, urbanizaciones y otros similares.

Sin embargo, por tratarse el presente caso de un tributo vinculado con obras de construcción realizadas por la CEPA en el Aeropuerto internacional de El Salvador, resulta necesario establecer si el Municipio de San Luis Talpa es competente para autorizar tales actividades, pues solo en caso afirmativo será posible sostener que el Concejo Municipal de esa localidad se encuentra habilitado para efectuar el cobro de una tasa municipal cuyo hecho generador es la emisión de esa clase de licencia o autorización.

i. El CM determina el marco general de las competencias municipales (art. 4) y señala que estas no afectan las competencias de carácter nacional confe-

ridas a las diversas entidades de la Administración Pública (art. 5). También el aludido cuerpo normativo indica que la administración del Estado únicamente podrá ejecutar obras o prestar servicios de carácter local o mejorarlos cuando el Municipio al cual competen no los construye o presta o lo hace deficientemente. En todo caso, el Estado deberá actuar con el consentimiento de las autoridades municipales y en concordancia y coordinación con sus planes y programas (art. 6 inc. 1°). En ese sentido, el CM prevé que *el Estado está en la obligación de requerir el consentimiento del Municipio cuando pretende, de manera subsidiaria, ejecutar obras de interés local que le correspondían al último.*

ii. De forma particular, es ineludible hacer referencia a la competencia municipal prescrita en el art. 4 n° 27 del CM, por cuanto la autoridad demandada hizo descansar su defensa en el ejercicio legítimo de esa facultad. Tal disposición establece que compete a los Municipios "la autorización y fiscalización de parcelaciones, lotificaciones, urbanizaciones y demás obras particulares, cuando en el municipio exista el instrumento de planificación y la capacidad técnica instalada para tal fin. De no existir estos instrumentos deberá hacerlo en coordinación con el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano [VVDU] y de conformidad con la ley de la materia".

El cuerpo normativo al que alude la última parte del referido artículo es la Ley de Urbanismo y Construcción, en cuyo art. 1 se establece que el VVDU será el encargado de formular y dirigir la Política Nacional de Vivienda y Desarrollo Urbano, así como de elaborar los Planes Nacionales y Regionales y las disposiciones de carácter general a que deben sujetarse las urbanizaciones, parcelaciones y construcciones en todo el territorio de la República. Sin embargo, señala que la elaboración, aprobación y ejecución de planes de Desarrollo Urbano y Rural de la localidad corresponden al respectivo Municipio y deberán enmarcarse dentro de los planes de Desarrollo Regional o Nacional de Vivienda y Desarrollo, y en defecto de los planes de Desarrollo Local tendrán aplicación las disposiciones de carácter general y los planes a que se refiere el inc. 1° de ese artículo. Pero enfatiza que, cuando los Municipios no cuenten con sus propios planes de Desarrollo Local y las Ordenanzas Municipales respectivas, todo particular, entidad oficial o autónoma deberá solicitar la aprobación correspondiente al VVDU antes que a cualquier otra oficina, para ejecutar todo tipo de proyecto a que se refiere dicho artículo.

Ahora bien, la Ley de Ordenación y Desarrollo Territorial (LODT), la cual tiene por objeto –entre otros– *regular los instrumentos de planificación, programación, evaluación y de gestión territorial*(art. 1), establece que los Gobiernos Municipales, de manera individual o asociada en el ámbito departamental, poseen, entre otras, las siguientes atribuciones: coordinar e impulsar la formulación, aprobación y ejecución de los planes locales; conocer y pronunciarse sobre la adecuación de los planes locales a los proyectos de infraestructura de importancia nacional y departamental, y prestar los servicios de tramitación y permisos de construcción, urbanización y lotificación directamente o a través del Comité Departamental de Ordenamiento y Desarrollo Territorial, previo al establecimiento de contratos o convenios (arts. 20 n° 1, 6 y 8).

Asimismo, señala que los instrumentos de planificación territorial en el ámbito local, como parte integrante del sistema de ordenamiento y desarrollo territorial, son elaborados por las Municipalidades, debiendo adecuarlos a los Planes Departamentales y a los principios establecidos por la LODT, y aprobados por los respectivos Concejos Municipales, quienes deberán emitir las ordenanzas correspondientes para su obligatorio cumplimiento (art. 23). Entre tales instrumentos se encuentran los Planes Municipales o Micro-Regionales de Ordenamiento y Desarrollo Local (art. 22 n° 2), los cuales tienen por objeto el ordenamiento integral del territorio a nivel local para encauzar los procesos de desarrollo urbano, rural y áreas de protección reguladas en la LODT, estableciendo una normativa detallada del proceso de desarrollo urbano (art. 33), y deberán contener –entre otras– las siguientes disposiciones: la zonificación del territorio municipal (zonas urbana, urbanizable, rural y no urbanizable) y los procedimientos y/o trámites para la obtención de permisos para construcción, urbanización y lotificación, así como cambios de zonificación y usos del suelo (art. 34 n°1 y 10).

Dentro de la zonificación del territorio municipal se encuentran los suelos no urbanizables, los cuales están constituidos por aquellas áreas que se excluyen de posibles procesos de urbanización o transformación territorial en razón de las circunstancias establecidas por la ley o, justificadamente, por los instrumentos de planificación (arts. 34 y 62), v. gr. los suelos de protección o reserva para infraestructura de interés nacional y regional –aeropuertos, puertos, etc.– (art. 47 n° 3 ODOGTMSLT).

En cuanto a la obtención de los mencionados permisos, la citada ley enfatiza que las actuaciones que se realicen en el territorio con fines urbanísticos requieren la previa aprobación de la autoridad competente con base en el Plan Municipal de Ordenamiento y Desarrollo Territorial y, en su caso, en los planes parciales. De manera que no se pueden otorgar autorizaciones de uso del suelo en ausencia de los respectivos instrumentos de planificación (art. 64). Además, aclara que la autoridad competente, en el ámbito local, para regular el uso del suelo y el desarrollo urbano son los Concejos Municipales, por cuanto les concierne –entre otros aspectos– desarrollar las funciones de control urbanístico, incluido el otorgamiento de las autorizaciones urbanísticas a que se hace referencia en la LODT (art. 62 n° 1).

En ese sentido, al efectuar una interpretación sistemática de las disposiciones citadas, se concluye que los Municipios están facultados para regular, en el ámbito local, el uso del suelo y el desarrollo urbano mediante sus respectivos instrumentos de planificación territorial. Sin embargo, las únicas actuaciones que requieren de su autorización para ejecutarse en el aludido territorio son las obras particulares de interés local con fines urbanísticos, es decir, las parcelaciones, lotificaciones, urbanizaciones y otros similares. No así aquellas obras de importancia nacional y departamental que se lleven a cabo en su circunscripción, respecto de las cuales, en materia de ordenamiento y desarrollo territorial, los Municipios únicamente tienen la facultad de conocer y pronunciarse sobre la adecuación de sus planes locales a tales proyectos.

Por consiguiente, el Concejo Municipal de San Luis Talpa no se encuentra habilitado para autorizar las actividades de construcción que se lleven a cabo en

las instalaciones del Aeropuerto Internacional de El Salvador, por cuanto que, como infraestructuras de interés nacional y regional, ni la Constitución ni la ley le han conferido dicha facultad.

F. a. Visto todo lo anterior, es posible concluir que, a pesar de que la CEPA –como institución autónoma del Estado– tiene la obligación de pagar tasas municipales por los servicios que recibe –en virtud de los negocios, contratos y operaciones que efectúa– y de que el Municipio de San Luis Talpa goza en el ejercicio de su autonomía local de potestad tributaria, *este último no está facultado para gravar el uso del suelo y subsuelo de aquellos bienes públicos que no están bajo su administración,* como es el caso de los terrenos donde se ubica el Aeropuerto Internacional de El Salvador y sus respectivas instalaciones, cuya propiedad y administración le corresponden por disposición del legislador a la CEPA. *Tampoco le compete al Municipio de San Luis Talpa aprobar las actividades de construcción, ampliación, reparación y mejoras que se efectúen en las referidas instalaciones aeroportuarias, puesto que no constituyen obras particulares de interés local con fines urbanísticos, sino obras de interés nacional y regional, sobre las cuales los Municipios no poseen las facultades de autorización y fiscalización, pues no le han sido conferidas expresamente por la Constitución ni la ley.*

En ese sentido, alno tener sustento en las competencias municipales la supuesta contraprestación del tributo impugnado respecto de las obras que la CEPA lleva a cabo en el Aeropuerto Internacional de El Salvador, el Concejo Municipal de San Luis Talpa se encuentra inhabilitado para exigir a dicha entidad el pago de la mencionada tasa por licencia de construcción, ampliación, reparación y mejoras".

INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN AL DERECHO A LA PROPIEDAD DE COMISIÓN EJECUTIVA PORTUARIA AUTÓNOMA

"b. Así, y en apego a los términos del debate fijados por las partes procesales, de la sola promulgación de la disposición que constituye el objeto de control del presente proceso de amparo, no se advierte la existencia de una afectación al derecho a la propiedad de la CEPA, ya que la tasa impugnada no podría ser aplicada a las obras ejecutadas por esa entidad en el Aeropuerto Internacional de El Salvador, por cuanto no le compete al Municipio de San Luis Talpa autorizarlas ni gravar el uso del suelo y subsuelo donde aquellas se encuentran adheridas, por la razones antes indicadas. Ello implica que la CEPA está excluida, respecto de las actividades de construcción, ampliación, reparación y mejoras en las referidas instalaciones aeroportuarias, del ámbito de aplicación del art. 3, tít. 02, núm. 13.1 del Decreto Municipal n° 04-2010, de 7-X-2010, emitido por el Concejo Municipal de esa localidad, por lo que la sola existencia de tal disposición no restringe su derecho a la propiedad.

En consecuencia, se configura un supuesto de ausencia de agravio de carácter constitucional a los derechos de la CEPA, motivo por el cual este amparo debe ser rechazado mediante la figura del sobreseimiento.

5. A. Ahora bien, resulta imprescindible mencionar que el *amparo contra ley* no es un mecanismo procesal cuya finalidad sea la de impugnar la constitucionalidad de una disposición secundaria *en abstracto,* sino la de proteger los

derechos fundamentales cuando, debido a la emisión o aplicación de una disposición en un caso específico, su titular estima que aquellos se le han lesionados. Consecuentemente, en virtud de que este Tribunal ha verificado que la CEPA no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la disposición reclamada y que, por ende, se configura un supuesto de ausencia de agravio de carácter constitucional, *no será posible analizar si el acto normativo reclamado transgrede los principios constitucionales invocados.*

B. Asimismo, es necesario aclarar que, dado que el presente proceso fue admitido bajo el esquema de un *amparo contra ley autoaplicativa,* en ningún momento se puede examinar en él la constitucionalidad de actos aplicativos derivados del citado artículo. En otras palabras, en este caso no se puede evaluar si las autoridades municipales de San Luis Talpa han actuado dentro del marco jurídico establecido al emitir actos concretos de aplicación de la disposición reclamada, en los cuales se haya exigido a la CEPA el pago de tasas municipales en concepto de licencia para construcción, ampliación, reparación o mejoras, vinculados con las obras ejecutadas en el Aeropuerto Internacional de El Salvador, pues analizar tal circunstancia correspondería, en definitiva, en un proceso cuyo objeto de control sería distinto al que en esta oportunidad se ha señalado como acto reclamado".

DISPOSICIÓN IMPUGNADA NO DEBE SER APLICADA A LA DEMANDANTE, PUES NO PUEDE SER CONSIDERADA SUJETO PASIVO DEL TRIBUTO EN CUESTIÓN

"*B.* Sin embargo, el presente sobreseimiento no debe interpretarse en el sentido de que el Municipio de San Luis Talpa, por medio de la unidad administrativa correspondiente, puede aplicar a CEPA el art. 3, tít. 02, núm. 13.1 del Decreto Municipal n° 04-2010, de 7-X-2010. Por el contrario, al haberse comprobado que dicha Municipalidad no es competente para autorizar la ejecución de tales obras en el Aeropuerto Internacional de El Salvador ni para gravar el uso del suelo y subsuelo donde aquellas se encuentran adheridas, se concluye que la aludida disposición no debe ser aplicada a la demandante, pues no puede ser considerada sujeto pasivo del tributo en cuestión

Teniendo en cuenta lo anterior, la CEPA tiene la facultad de hacer uso de los mecanismos pertinentes e idóneos para impugnar aquellos actos concretos de la autoridad demandada en los cuales esta entendió que aquella se encontraba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la citada disposición".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 857-2013, fecha de la resolución: 29/07/2015.

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL PARA REALIZAR CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS EMITIDOS, AUN CUANDO SU CONTENIDO SEA DE MATERIA ELECTORAL

"Del texto del art. 208 inciso final de la Constitución se desprende que el TSE constituye la máxima autoridad en materia electoral. Lo anterior implica que el

referido Tribunal es el órgano competente para resolver en última instancia todas las cuestiones estrictamente relacionadas a dicha materia.

Por consiguiente, las decisiones que el TSE adopte dentro del marco de las competencias electorales que la Constitución le ha conferido, no pueden ser revisadas por ningún otro órgano del Estado, salvo la excepción prevista en la citada disposición; es decir, *"sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violación de la misma".*

Es preciso acotar que en la resolución de fecha 13-V-2010, emitida en el Amp. 288-2008, se sostuvo que *todo acto de autoridad puede ser susceptible de enjuiciamiento constitucional por esta Sala, mediante los procesos de amparo, hábeas corpus e inconstitucionalidad.* De ahí que, cuando el art. 208 inciso final Cn., menciona el término *"recursos",* está haciendo referencia a los citados procesos constitucionales, cuyo conocimiento se ha atribuido en exclusiva a esta Sala, según lo prescrito por el 174 inc. 1° Cn.

Por ello, *se concluye que esta Sala sí puede controlar los actos emitidos por el TSE aun cuando su contenido sea de materia electoral, a fin de determinar si existe una violación a derechos constitucionales, o si dichos actos contravienen o no los principios consagrados en la Constitución. Sin embargo, es preciso aclarar que dicha competencia tiene como única finalidad realizar un control de constitucionalidad de los actos emitidos por el referido Tribunal*".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 258-2014, fecha de la resolución: 16/10/2015.

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ OSCAR ARMANDO PINEDA NAVAS

MEDIDAS CAUTELARES

SUSPENSIÓN DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LOS DIPUTADOS PARA LA ASAMBLEA LEGISLATIVA POR EL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR

"Comparto parcialmente la anterior decisión, siendo concurrente mi posición en cuanto a los numerales del 1 al seis y romano ii) del numeral 7 de la parte resolutiva.

Ahora bien, disiento en cuanto al romano i) del numeral 7, que adopta una nueva medida cautelar, la cual consiste en la suspensión de la toma de posesión de los diputados electos por el departamento de San Salvador, para el período 2015-2018, medida cautelar que emitida por la Sala de lo Constitucional es de obligatorio cumplimiento.

Los fundamentos de mi decisión en cuanto disentir con la nueva medida cautelar, son los siguientes:

a) En primer lugar, debo acotar que el Tribunal Supremo Electoral —TSE—, no ha demostrado acciones claras que indiquen una adecuada celeridad en el recuento de los votos que se le ha encomendado y podría considerarse dilación para el mismo; no obstante, también debe tomarse en cuenta que el recuento requiere dedicación en tiempo y forma adecuados para su cometido y cabal

cumplimiento; atendiendo a lo inédito de este proceso, en el cual se carecía de regulación específica.

A su vez, debe tenerse en cuenta que el TSE es la única autoridad con competencia en materia electoral, actualmente constituida para dirimir cualquier problemática al respecto, ya que las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Juntas Receptoras de Votos, cumplieron con sus funciones y por lo tanto se requiere de la verificación del TSE para el recuento y calificación de los votos, que le remitan las 60 mesas que se encuentran involucradas en el proceso.

En consecuencia, considerando todas esas variables, el Tribunal debe tomar las medidas necesarias y oportunas que garanticen el estricto cumplimiento de lo ordenado por esta Sala en el menor tiempo posible, considerando un plazo razonable.

b) Sobre el principio democrático y el pluralista en la sentencia de inconstitucionalidad 24-2003, esta Sala ha sostenido que, en una democracia pluralista, el parlamento no es sólo un Órgano del Estado que adopta sus decisiones por mayoría, sino una institución representativa del pluralismo político de la sociedad. Es el parlamento -por tanto- el único lugar del Estado donde la pluralidad de la sociedad está representada, es decir, donde queda reflejada y no disuelta en la unidad de acción de otros entes estatales.

Al respecto, de acuerdo con el art. 13 inciso 1° del Código Electoral, la Asamblea Legislativa está constituida por 84 diputados, tal integración no obedece a un aspecto formalista de ley secundaria, sino que tiene a su base, principios constitucionales de proporcionalidad, tomando en cuenta las circunscripciones electorales considerando la distribución de población, ello atendiendo al carácter igualitario del sufragio consagrado en el art. 78 Cn., en el sentido que el voto reconocido constitucionalmente a cada ciudadano posee el mismo valor de resultado al momento de traducir los votos para la obtención de escaños en el parlamento.

Dichos elementos jurídicos, podrían verse afectados con la aplicación de la nueva medida cautelar, en relación con los diputados electos por el Departamento de San Salvador, pues la suspensión de su toma de posesión repercutirá en la integración de Órgano Legislativo, excluyendo en su conformación a los representantes elegidos por la población correspondiente al departamento de San Salvador, en ese sentido las decisiones que tome dicho Órgano de Estado, habrán sido adoptadas por un organismo cuya composición no guarda proporcionalidad con el total de votantes en este departamento.

c) Mediante resolución de fecha 14-IV-2015, esta Sala adoptó la medida cautelar por medio de la cual determinó que *"con respecto a la entrega de credenciales a los 24 diputados electos a la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador y su respectiva toma de posesión, se advierte que, en aras de no entorpecer los procesos electorales pendientes ni la labor legislativa de la Asamblea, tales credenciales gozaran de validez, con carácter provisional, quedando sujetas a los resultados del presente proceso, aduciendo que el nuevo tonteo puede provocar cambios en el número de votos válidos en dicho departamento, en el cociente electoral, los residuos respectivos y por tanto en la asignación de escaños".*

SE DEBIÓ ADOPTAR UNA MEDIDA CAUTELAR DE MENOR INCIDENCIA, QUE A SU VEZ GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE ESTA SALA

"Conforme con dicha medida, los diputados declarados electos por el departamento de San Salvador, gozarían de tal calidad de manera provisional, hasta obtener los resultados finales del recuento de votos; momento hasta el cual el TSE debería entregar las credenciales definitivas y de acuerdo con los resultados finales, considerando los eventuales cambios que pudieren haber resultado.

De tal forma se garantiza el respeto a la decisión de los votantes ya que, el diputado cuya credencial y toma de posesión fuere de carácter provisional, y que su elección se modificaría con los resultados finales, no podría seguir ejerciendo el cargo, y la continuidad de sus actuaciones bajo tal calidad carecerían de todo tipo de efecto jurídico constitucional. En ese sentido, la persona cuya credencial y toma de posesión era provisional y que bajo cualquier pretexto quisiera mantenerse en el cargo, en contravención al recuento y los resultados definitivos, estaría usurpando la facultad de las autoridades legislativas, lo que conllevaría la responsabilidad penal respectiva.

Por lo tanto, dicha medida era idónea para alcanzar los fines perseguidos y podía mantenerse durante el desarrollo del proceso constitucional; por el contrario, la medida cautelar ahora emitida, de la cual disiento, considero que conlleva afectaciones jurídicas de tipo individuales y colectivas: De ámbito individual, ya que limita el ejercicio de un cargo a diputados electos, cuyos resultados podrían ser modificados eventualmente en un porcentaje mínimo, siendo ello un hecho notorio, como se puede verificar en la página web oficial del Tribunal Supremo Electoral, www.tse.gob.sv, cuya actualización se verifica en tiempo real.

Lo anterior implica que en relación con el escrutinio original y el que se está desarrollando, en cuanto la distribución de los 24 escaños del departamento de San Salvador, se genera únicamente la posibilidad de modificación de los últimos escaños; no obstante ello, con la nueva medida adoptada se lesionarían derechos a los diputados electos que han gozado mayoritariamente de respaldo electoral de los ciudadanos de San Salvador, limitándoseles el derecho de integrar la Asamblea Legislativa al momento de su instalación.

Y es que, debe reiterarse que la modificación de los resultados electorales a partir del recuento ordenado, constituye una eventualidad, de porcentaje de modificación mínima, razón por la cual hasta no determinarse los resultados correspondientes debió adoptarse una medida cautelar de menor incidencia.

Ahora bien, en el ámbito colectivo, con la medida se incide en la representación, en el quehacer legislativo de los ciudadanos de San Salvador a través de la participación pluralista de los diputados electos en relación con dicho departamento. Ante lo cual debe recordarse lo dispuesto en la sentencia emitida en el proceso de Inc. 27-99 en la cual se señaló que el pluralismo tenía dos dimensiones básicas: el pluralismo ideológico, el cual en contraposición al totalitarismo, implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad, y que ésta sólo puede ser alcanzada a través de la discusión y del encuentro entre posiciones diversas; y el pluralis-

mo político, el cual, en contraposición al estatismo, implica el reconocimiento y protección a la multiplicidad de grupos e instituciones sociales que se forman natural y espontáneamente entre el individuo y el Estado, las cuales, aunque no forman parte de la estructura gubernamental, sí influyen en la formación de las decisiones políticas.

De tal forma, con la nueva medida cautelar, la Asamblea Legislativa no estará integrada por los diputados correspondiente a la circunscripción territorial del departamento de San Salvador. Asimismo, se produce el efecto de que el grupo electoral de San Salvador, no verá reflejado su sufragio activo y voto directo, en la conformación de la Asamblea Legislativa, mientras no se obtengan los resultados finales; no obstante que sus representantes habían obtenido la calidad de electos en forma provisional y sus actuaciones legislativas serían válidas hasta que hubiese una decisión final que confirme o modifique los resultados electorales de los diputados de San Salvador

Así, en virtud de todo lo expuesto, sin soslayar el cumplimiento de la medida cautelar ahora emitida, considero que en esta se debió hacer uso de la técnica de la ponderación respecto de las situaciones jurídicas y derechos que se consideran afectados, procurando una medida cautelar de menor incidencia, que a su vez garantice el cumplimiento de la resolución de esta Sala, atendiendo a los criterios de necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 177-2015, fecha de la resolución: 28/04/2015.

HÁBEAS CORPUS

ACTIVIDADES PURAS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS URGENTES DE COMPROBACIÓN

DIFERENCIA

"*2*. De la jurisprudencia constitucional producida por esta Sala es de citar: la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad 2-2010, de fecha 21/6/2013, en la que se ha señalado que la doctrina procesal penal contemporánea permite hablar de la existencia dentro el proceso penal de *actos de investigación y de actos de prueba. Los* primeros definidos como el conjunto de procedimientos, actividades o actos que se realizan en virtud del conocimiento de un hecho delictivo para identificar, obtener o asegurar las fuentes de información que permitan elaborar una explicación o afirmación completa y coherente sobre la ocurrencia del suceso y de quien lo realizó. Y los segundos como aquellos actos que se efectúan para convencer al juez que la explicación o afirmación completa y coherente sobre el hecho delictivo y su autor es cierta".

"Por ende, dentro de un modelo de juicio de tendencia acusatoria, los únicos actos en los cuales puede fundamentarse una condena penal son los actos de prueba –es decir los vertidos en el plenario mediante la contradicción y la inmediación– y no los que reporta la investigación, a excepción que se trate de los denominados actos definitivos e irreproducibles".

Así, en el ámbito de las diligencias iníciales de investigación, conviene distinguir las *actividades puras de investigación* como las entrevistas a víctimas, el reconocimiento en rueda de fotografías o el uso de técnicas de investigación policial; de los *actos urgentes de comprobación,* tales como la inspección en la escena del delito, operaciones técnicas, autopsia, requisa personal entre otros.

La idea del juicio contemplada en la norma suprema, implica que la actividad probatoria deberá desplegarse bajo el irrestricto respeto de los principios de mandad, contradicción, inmediación y publicidad, por ende, se descarta que pueda considerarse "prueba" toda aquella actividad que se encuentra fuera del debate y que no pueda ser introducida conforme los medios de pruebas estipulados en el Código Procesal Penal (art. 175 C.Pr.Pn.). En consecuencia, las *actividades puras de investigación,* al no haber sido realizadas conforme a los parámetros antes relacionados no pueden constituir elementos de prueba sujetos a valoración judicial, ni mucho menos ser introducidas mediante su lectura, so pena de desnaturalizar el fundamento mismo del contradictorio. A esta regla hace referencia el inciso último del art. 311 C.Pr.Pn.

De ello se desprende, que la generalidad de actas e informes que contiene el atestado policial –conforme lo señala el inc. 2° del art. 276 C.Pr.Pn. carecen de relevancia probatoria a efecto de desvirtuar la garantía constitucional de la presunción de inocencia, y por ende, no tiene sentido su incorporación en el debate.

Distinto al supuesto anterior, las actas y los informes de los cuerpos de investigación del delito que pudieran quedar comprendidos dentro de los *actos urgentes de comprobación, su ingreso mediante lectura dentro del plenario será válido, siempre y cuando se cumplan las formalidades que para su incorporación establece el Código Procesal Penal* (art. 372 inc. 1°C.Pr.Pn.). En otras palabras, *aquellas diligencias que incorporen datos objetivos y verificables tales como inspecciones, operaciones técnicas, etc. que reporten utilidad en el esclarecimiento de los hechos, pueden ser introducidos al juicio, pero siendo requisito ineludible el resguardar por parte del juzgador la posibilidad de contradicción de los mismos por parte de los sujetos procesales, en especial de la defensa.*

Por otra parte, se ha definido en la jurisprudencia, que la ausencia de defensor en una diligencia inicial de investigación para la identificación del imputado no es capaz de generar una vulneración al derecho de defensa del procesado, en tanto, la legislación secundaria desarrolla los actos en los que se considera indispensable la presencia del defensor para el efectivo derecho de defensa, lo que no está contemplado para este tipo de actos investigativos. (Verbigracia sentencia de 14C 80-2009, de fecha 15/7/2010).

VII. Pasando al estudio del caso concreto, debe decirse que la jurisprudencia de esta Sala, ha determinado que en el habeas corpus se carece de competencia para analizar las valoraciones que los juzgados con competencia penal hagan del material probatorio que se presenta por las partes, tanto de cargo como de descargo en el trámite de un proceso de esa materia. Cualquier valoración que este tribunal hiciera de las pruebas presentadas en sede penal invadiría la competencia de aquellos jueces, quienes son los únicos legitimados legalmente para pronunciarse sobre ellas. Para lo que este tribunal tiene competencia –entre otros– es para verificar si se ha utilizado como fundamento probatorio para la condena un elemento que no reviste de tal naturaleza, así como se estableció en la resolución de HC 490-2014 de fecha 15/04/2015".

LOS ACTOS INÍCIALES DE INVESTIGACIÓN CARECEN DE CUALQUIER PRETENSIÓN PROBATORIA EN EL JUICIO, PORQUE NO CONSTITUYEN PRUEBA

"Una vez fijados algunos parámetros respecto de la competencia de este tribunal sobre los aspectos reseñados, de la relación de los pasajes del proceso penal referidos al presente caso, se advierte que, en efecto con fechas 08/04/2013 y 09/04/2013 se realizaron dos reconocimientos de fotografía en sede policial como actos iníciales de investigación, los cuales arrojaron como resultado que las víctimas con claves Morfeo y Morfeo Uno dijeron identificar al ahora favorecido como una de las personas que cometieron el delito de robo agravado; dichas actas son válidas en el sentido que lograron el fin que buscaban, el cual era el señalamiento de los sospechosos –en ese momento procesal– de la ejecución del ilícito penal.

En tales términos, esos actos de reconocimiento por fotografías fueron realizados en el tiempo y en el espacio adecuado para ello –preprocesal–, aportando elementos encaminados a determinar la identificación nominal de los sujetos que

participaron en el delito, sirviendo únicamente para individualizar a los imputados, siendo que su contenido fue retomado específicamente para esos aspectos.

Ahora bien, como ya se señaló en la jurisprudencia de esta Sala, los actos iníciales de investigación carecen de cualquier pretensión probatoria en el juicio, porque no constituyen prueba, aquellos actos requieren de consolidación en el proceso mediante la práctica de pruebas complementarias que aseguren y depuren su fiabilidad y eficacia; entre estas podemos encontrar –y para el caso– el reconocimiento en rueda de personas o de fotografías en sede judicial.

Y es que el propósito del reconocimiento judicial de una persona es: por una parte, identificarla y por otra, como método individualizador que tiene por objeto vincular al sujeto con el hecho delictivo. Al respecto, esta Sala sostuvo "... que el juez que conoce del proceso posee la obligación de identificar judicialmente a la persona contra la cual se-sigue un proceso penal así como de reconocerla, en los casos previstos por la ley, a fin de que no existan dudas ni errores en la persona que se persigue penalmente, en cuyo caso se trata de la necesaria individualización judicial del presunto responsable del delito..." sentencias de HC 129-2007 de fecha 04/11/2009 y 144-2010 de 31/08/2011.

Por su parte, la autoridad demandada en su informe de defensa señaló que las diligencias de reconocimiento de fotografías como acto de investigación han estado revestidas de las formalidades que exigen los artículos 271, 273, 276 y 279 C.Pr.Pn. y pueden ser valoradas en la etapa instructora "...tal como lo establece la Sentencia de la sala de lo Penal número 444-CAS-2007, de fecha 08 de noviembre de 2010, misma que establece (...) los reconocimientos por "fotografías contenidos en actas pueden ser valorados como prueba documentada en calidad de indicio, por lo que el contenido de esa actuación es válido, mismo que puede ser confirmado en el momento procesal oportuno por el testigo o víctima que lo realizó..." (sic.).

Al respecto, se advierte que lo que pretende la autoridad demandada es justificar el uso de las diligencias de reconocimiento fotográfico en virtud de la observancia a la letalidad en torno a su realización y de su valoración en calidad de indicio como prueba documentada. Cabe aclarar que no se está controvirtiendo, ni cuestionando la validez y legitimidad de tales actas policiales, pues estas en efecto, –como se dijo– cumplieron con su objetivo, siendo así, aquellas podían ser valoradas en la etapa inicial del proceso pero bajo ninguna circunstancia debían ser estimadas como prueba, ello a partir de lo preceptuado en el artículo 311 C.Pr.Pn. al señalar que sólo los medios de prueba reconocidos por el Código tendrán valor en el juicio, mientras que las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor.

La autoridad demandada en este proceso conoce la naturaleza de los reconocimientos de fotografías qué utilizó para fundamentar la sentencia condenatoria, pues expresó haber cumplido con las formalidades de los artículos 271, 273, 276 y 279 C.Pr.Pn; es decir, de los auténticos actos iníciales de investigación y no de los que tienen calidad probatoria conforme al artículo 257 del aludido cuerpo legal.

Por otra parte, se tiene que la autoridad demandada le otorga la calidad de indicios a los reconocimientos de fotografía y les trata de dar robustez al rela-

cionarlos con los demás elementos de prueba –entre estos el testimonio del agente policial encargado de realizarlo–; no obstante, en el caso subjúdice, no hay constancia de que se les haya dado valor de indicios en la sentencia condenatoria, sino al contrario, de manera expresa y reiterada la autoridad judicial citó las aludidas actas policiales de identificación del imputado como verdaderos elementos probatorios".

REQUISITOS PARA VALORAR PRUEBA INDICIARIA

"En todo caso, esta Sala ha señalado que para valorar la prueba indiciaria se debe cumplir con ciertos requisitos, como por ejemplo que el propio hecho delictivo está acreditado por otros medios de prueba, la autoría ha de inferirse de hechos indiciarios plenamente probados y racionalmente conectados con el hecho delictivo, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas, no deben existir indicios exculpatorios que hagan dudar la virtualidad incriminatoria del indicio. V.gr. resolución de HC 80-2009 de 15/07/2010.

Y es que hay que tomar en cuenta que la finalidad de los actos de investigación no es destruir la presunción de inocencia, ni tampoco sustentar una sentencia definitiva, sino simplemente llevar el conocimiento necesario al juez de paz o al de instrucción, para verificar la presentación o no, de elementos de convicción suficientes y razonables, para constatar la existencia del delito y la probable (y sólo probable) autoría o participación del imputado en ese delito. Por el contrario, los elementos de prueba considerados como tal, sí sirven para sustentar una sentencia definitiva y si es condenatoria, aquella prueba habrá tenido la capacidad de enervar la presunción de inocencia.

De ello se colige, que los actos de investigación y los actos de prueba son dos categorías relacionadas entre sí, pero diferentes por la forma, lugar y momento de su realización; por los sujetos encargados de la misma, por el distinto valor procesal que poseen y por la diversa función que cumplen en el marco del proceso penal.

En el caso en estudio, se ha constatado que tal como lo ha expuesto el peticionario, el Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana en la sentencia definitiva condenatoria utilizó únicamente para la individualización del favorecido, los reconocimientos que hicieron las víctimas al inicio de la investigación; es decir, se ha verificado que la "prueba" retomada en la sentencia por el juzgador fue precisamente los reconocimientos por fotografías realizados en sede policial, los cuales no podían ser incorporados bajo ninguna circunstancia en la audiencia de vista pública pues la jurisprudencia constitucional es clara al señalar que carecen de relevancia probatoria por sí a efecto de desvirtuar la garantía constitucional de presunción de inocencia".

LA ÚNICA PRUEBA VÁLIDA PARA LA DESTRUCCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ES LA PRACTICADA EN EL ACTO DEL JUICIO

"Y es que el contenido del derecho fundamental citado –la presunción de inocencia– exige cuando menos una mínima actividad probatoria de cargo pro-

ducida con las debidas garantías procesales y que cualquier condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en él tuvo el acusado.

La misma autoridad demandada, trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Penal número 444-CAS-2007 de 08/11/2010, la que literalmente dice: "... inicialmente, esta Sala [de lo Penal] concuerda con la doctrina en que el reconocimiento por fotografías, practicado en sede policial, constituye un procedimiento investigativo válido, pero tan sólo como medio para individualizar al autor o autores del hecho en los primeros momentos :de la investigación, pero de ningún modo constituye un auténtico reconocimiento, suficiente por sí mismo para tener por desvirtuada la Presunción de Inocencia, Art. 12 Cn...".

En ese sentido, la única prueba válida para la destrucción de la presunción de inocencia es la practicada en el acto del juicio bajo la inmediación del órgano decisor para conseguir así la convicción sobre los hechos enjuiciados mediante el contacto directo con los elementos utilizados.

En el caso que nos ocupa, las actas policiales de identificación del señor [...] que constan en el proceso penal y que se incorporaron al debate en juicio acontecieron como parte de las funciones investigativas encomendadas a la corporación policial carentes de valor según lo señalado en el inciso 2° del artículo 311 del Código Procesal Penal; de ahí que, como se ha fijado, las referidas actas no podían ser usadas en la sentencia como prueba pues para contar con un reconocimiento por fotografías con calidad de elemento probatorio de conformidad con el artículo 257 del Código Procesal Penal, se necesita que este sea practicado en sede judicial con todas las garantías (arts. 253, 254, 255, 256 C.Pr.Pn.), entre ellas la presencia del juez, de la representación fiscal, de la defensa, interrogatorio previo al testigo y cruzado entre las parte, etc.

Así realizado, un acto de reconocimiento judicial sí alcanzaría valor en el juicio, pues aquel quien ha realizado el reconocimiento comparecería en el juicio oral y ratificaría lo antes manifestado o reconocería en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre la identificación realizada. En esos términos, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes.

Cabe considerar que el reconocimiento por fotografía, con calidad de prueba, es útil en aquellos casos en los que –tal como lo establece la doctrina– el sujeto a identificar no pueda ser sometido personalmente a dicho acto, sea porque se encuentre prófugo o se ignore su domicilio o paradero, e inclusive cuando, a pesar de haber sido localizado, medie la imposibilidad material de que comparezca al lugar del acto; pero si se trata de la persona del imputado que está

presente corresponde realizar el reconocimiento en rueda de personas según los parámetros establecidos en el artículo 253 del Código Procesal Penal.

Así las cosas, en el presente caso, únicamente se contó con los reconocimientos de fotografías realizados en sede policial, no consta en el proceso penal que se haya practicado el reconocimiento judicial –ni de fotografía ni de personas– que son los elementos de prueba aptos para ser valorados e incorporados en el juicio.

De este modo, no pueden servir para fundamentar válidamente una resolución judicial de condena: los actos de investigación o incluso la fuentes de prueba que no hayan sido debidamente incorporadas al proceso y el conocimiento que el juez haya adquirido acerca de los hechos que está enjuiciando, sin que pase por el tamiz de los actos de prueba válidamente introducidos en el proceso.

Entonces, es dable afirmar, que el Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana al fundamentar la individualización del señor [...] únicamente en las diligencias de investigación consistentes en dos reconocimientos efectuados en sede policial en los que ni la ley exige la presencia del defensor por constituir una fase preprocesal; inobservó el principio de legalidad y vulneró no sólo el derecho a la presunción de inocencia, sino además el derecho de defensa todos con incidencia en su libertad física, pues la legislación procesal penal y la jurisprudencia de esta Sala no habilitan a la autoridad judicial a sustentar una pena privativa de libertad en elementos que no constituyen prueba. Consecuentemente, deberá estimarse la pretensión".

LOS RECONOCIMIENTOS EN FOTOGRAFÍAS REALIZADOS EN SEDE POLICIAL NO PODÍAN FIGURAR SOLOS EN LA SENTENCIA CONDENATORIA, SE VULNERÓ EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DE DEFENSA

"VIII.- Una vez reconocida la vulneración constitucional atribuida a la autoridad demandada, es necesario establecer los efectos de este pronunciamiento.

Tal como se indicó en líneas previas, esta Sala determinó que los reconocimientos en fotografías realizados en sede policial no podían figurar solos en la sentencia condenatoria, por haberse señalado que estos carecían de cualquier pretensión probatoria y en consecuencia no debieron incorporarse en el juicio.

Así se tiene que la vulneración al principio de legalidad, al derecho a la presunción de inocencia y de defensa con incidencia en el derecho de libertad del señor [...] se produjo en la sentencia condenatoria al retomarse en esta las aludidas actas policiales; en tales condiciones, dicha privación al derecho de libertad no está conforme a la Constitución, por tanto, para reparar la afectación constitucional las cosas deben de volver al estado en que se encontraban hasta antes de la emisión de la sentencia, debiendo quedar esta sin efecto y ordenando al Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana que ciña su actuar a la Constitución y reponga –de manera inmediata– la sentencia que corresponda, tomando en cuenta los parámetros dados en esta resolución.

Ante lo expresado, es preciso aclarar que el pronunciamiento hecho por esta Sala en la presente sentencia, no implica la determinación de la situación jurídica penal del señor [...] ni de inocencia ni de culpabilidad, ya que ello es una facultad

exclusiva de las autoridades competentes en materia penal; de forma que, lo decidido por este Tribunal únicamente está referido a reconocer los derechos vulnerados antes aludidos, y la consecuente obligación de ordenar a la autoridad la reposición de la sentencia dictada por ser contraria a la Constitución.

A partir de tales circunstancias, al haberse dejado sin efecto la aludida sentencia condenatoria, la situación jurídica del señor [...] regresará a la que tenía hasta antes de pronunciarse la providencia que adolece de vulneración constitucional; es decir, se debe restituir su condición de persona procesada mientras la autoridad demandada adecúa su actuar a la Constitución y emite la decisión que constitucionalmente corresponda.

En relación con ello, debe indicarse que, como se ha determinado en la legislación procesal penal aplicable y reconocido en la jurisprudencia de este tribunal, es atribución de las autoridades penales –y no de este tribunal, con competencia constitucional– emitir, a partir (le la valoración de los elementos que obran en el proceso que está a su cargo, las decisiones correspondientes que aseguren las resultas del mismo y la vinculación del imputado a dicho proceso. Lo anterior, de ser procedente, a través de las medidas cautelares dispuestas por el ordenamiento jurídico respectivo.

Por lo anterior, corresponde a la autoridad penal competente, al recibo de la presente sentencia, disponer la condición en que el señor [...] deberá enfrentar el proceso penal en su contra hasta su finalización".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 130-2015, fecha de la resolución: 02/09/2015.

CAPTURA EN CASO DE NOTIFICACIONES ROJAS DE INTERPOL

MARCO LEGAL INTERNACIONAL

"**1.** En el año 1956 se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal (abreviada INTERPOL), con sede en Francia y de la cual es miembro El Salvador –por haber solicitado su adhesión en junio de 1959, la cual fue aprobada por la Asamblea General de dicho organismo en diciembre del mismo año–, cuyos fines generales son "conseguir y desarrollar, dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal; y establecer y desarrollar todas las instituciones que puedan contribuir a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común" –artículo 2 del Estatuto–.

En dicho estatuto también se establece que la Asamblea General determinará las normas para su aplicación en un Reglamento General y en los anexos al mismo – artículo 44–.

Así, dentro de los textos fundamentales que constituyen su marco jurídico se encuentra el Reglamento sobre Tratamiento General de Datos, aprobado por la Asamblea General de INTERPOL, el cual contiene las normas de funcionamiento del Sistema de Información de dicha organización en materia de tratamiento de datos y tiene como principal propósito "garantizar la eficacia y la calidad de la

cooperación internacional entre las autoridades de policía criminal por conduelo de INTERPOL, dentro del respeto a los derechos fundamentales de las personas objeto de tal cooperación, de conformidad con el artículo 2 del Estatuto de la Organización y con la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que remite dicho artículo"–artículo 2–.

En dicho documento se regula, entre otros, lo relativo al sistema de notificaciones y difusiones en el que se apoya la organización para cumplir sus objetivos. En relación con las primeras, son identificadas por colores según la finalidad específica que buscan y deben cumplir ciertas condiciones, cuyo análisis está encomendado a la Secretaría General de la organización, la cual accede o rechaza la solicitud de la autoridad requirente para que se proceda a su publicación –artículos 73, 77 y 79–.

Por ser de interés para el caso en análisis se hará referencia a las notificaciones rojas".

REQUISITOS NECESARIOS PARA PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES ROJAS

"2. "Las notificaciones rojas se publicarán a petición de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal para solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas jurídicas similares" –artículo 82–.

Estas proceden cuando se trata de i) un delito grave de derecho común, ii) con una pena de privación de libertad cuyo límite máximo sea igual o mayor de dos años o una pena impuesta que supere los seis meses de privación de libertad; iii) que sea de interés para la cooperación policial internacional.

Aunque no se cumplan los requisitos i y ii, puede autorizarse su publicación si presenta una importancia particular para la cooperación policial internacional.

Adicionalmente, debe proporcionarse información mínima para la identificación de la persona (los cuales son descritos en la normativa), así como algunos datos jurídicos indispensables. Entre estos últimos debe incluirse: i) exposición detallada de los hechos; ii) calificación del delito o los delitos; iii) las referencias de las disposiciones de la legislación penal que reprimen el delito; iv) la pena máxima aplicable, pena impuesta o resto de pena pendiente de cumplir; y) la referencia de una orden de detención válida o de una resolución judicial equivalente –artículo 83–.

Además, quien requiere la publicación de la notificación roja debe dar garantías de que "[i] la autoridad que ha expedido la orden de detención o dictado la resolución judicial está facultada para ello, [ii] la solicitud de notificación roja se ha hecho en coordinación con las autoridades pertinentes responsables de las extradiciones, y se han ciado garantías de que se solicitará la extradición tras la detención de la persona buscada, de conformidad con la legislación nacional o con los tratados bilaterales o multilaterales aplicables; y [iii] si la orden de detención no ha sido expedida por una autoridad judicial, la legislación del país solicitante o las reglas de funcionamiento de la entidad internacional autorizada estipulan un mecanismo de apelación ante una autoridad judicial" –artículo 84–.

En caso de que la Secretaría General de la organización determine el cumplimiento de las condiciones aludidas podrá ordenar la publicación de la notificación roja, para que esta sea remitida y hecha efectiva por las Oficinas Centrales Nacionales".

NO ES EXIGIBLE NI SIQUIERA LA EXISTENCIA DE UNA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN PARA PUBLICAR Y HACER EFECTIVA UNA NOTIFICACIÓN ROJA

"3. Por su parte, debe indicarse que el artículo 182 de la Constitución establece que corresponde a la Corte Suprema de Justicia conceder la extradición.

Ello consiste, en términos generales, en determinar si es procedente la entrega de una persona, que se encuentra en territorio salvadoreño, a otro Estado que la está procesando por la comisión de un hecho delictivo o que debe ejecutar la pena ya impuesta. Ello requiere la verificación del cumplimiento de determinados requisitos dispuestos en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior tiene relación con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución que establece algunas condiciones para extraditar salvadoreños.

4. Según puede advertirse de las disposiciones normativas relacionadas con el tema planteado, tanto la figura de la extradición como las notificaciones rojas emitidas por INTERPOL son figuras disímiles pero complementarias en el marco de los enjuiciamientos por la comisión de hechos delictivos, que permiten que se haga efectivo el procesamiento o la ejecución de la pena impuesta a un imputado, aunque este último se encuentre en un país diferente de aquel en el que se desarrolla el proceso.

Ahora bien, ninguna de las disposiciones indicadas establece que la orden de extradición que puede ser emitida por la Corte Suprema de Justicia deba preceder a la localización y captura de una persona en cuya contra se ha emitido una notificación roja.

Al contrario, el artículo 84 del Reglamento sobre Tratamiento General de Datos ya citado, por ejemplo, incluso establece la necesidad de exigir garantías a la autoridad requirente de que se solicitará la extradición tras la detención de la persona buscada, de conformidad con la legislación nacional o con los tratados bilaterales o multilaterales aplicables; lo cual implica que puede requerirse la localización y captura de una persona a INTERPOL sin haber planteado una petición de extradición pero con el firme compromiso de que se hará una vez la persona sea capturada.

De manera que no es exigible ni siquiera la existencia de una solicitud de extradición para publicar y hacer efectiva una notificación roja, sino que son trámites relacionados pero diferentes que pueden realizarse simultáneamente e incluso uno después del otro –la solicitud de extradición después de haberse emitido la notificación roja para diversos fines ya regulados–.

Debe reiterarse, como esta sala lo indicó en la resolución HC 288-2011, de fecha 24/8/2011, que las instituciones policiales de cada Estado están en la obligación de realizar las gestiones dentro del territorio nacional para hacer efectiva la detención o captura requerida mediante las notificaciones rojas y, solo ante la falta de certeza sobre la identidad de quien se pretende capturar y la falta de vi-

gencia de la orden, entre otras circunstancias, las autoridades policiales locales deben abstenerse de ejecutar la orden de captura que ampara la difusión roja.

Cabe agregar que lo anterior también tiene sustento en lo dispuesto en el artículo 327 número 3 del Código Procesal Penal que establece que "...la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial (...) cuando respecto de la persona exista difusión o circular roja de instituciones policiales..."; luego de lo cual, necesariamente deberá remitirse a la persona al juez correspondiente para que se pronuncie sobre su detención temporal mientras dura el trámite de extradición y realice las comunicaciones necesarias para que se lleve a cabo el procedimiento respectivo con el objeto de determinar si procede la entrega del detenido.

5. Según se indicó con anterioridad, el solicitante pretende que esta sala declare la inconstitucionalidad de la amenaza a la libertad física que representa la orden transmitida a la Oficina Central Nacional de INTERPOL El Salvador para que localice y capture al señor [...]. Ello se argumenta en virtud de considerar que esta no puede llevarse a cabo, pues la Corte Suprema de Justicia no ha discutido ni determinado si es procedente conceder la extradición solicitada por Costa. Rica.

Como se señaló en apartados precedentes, no es necesario, ni siquiera, que se haya hecho una solicitud de extradición por el Estado requirente para que se haga efectiva una notificación roja que ordena la localización y captura de un imputado. En consecuencia, de acuerdo con las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, tampoco es requisito para que se ejecute la captura de la persona, que se haya autorizado la extradición por el Estado requerido.

Por tanto, el planteamiento del pretensor en este hábeas corpus parte de una errónea consideración, que no tiene sustento en la normativa pertinente, sobre un supuesto requisito que debe preceder a la captura del imputado en supuestos como el indicado, que en realidad no es tal.

Lo anterior representa un obstáculo para que esta sala ordene el trámite del presente proceso y enjuicie la constitucionalidad de la orden de restricción de libertad que pesa sobre el señor [...] y, por tanto, la pretensión se declarará improcedente".

NATURALEZA DE NOTIFICACIONES ROJAS DE INTERPOL

"III. Es importante añadir que, tanto en decisiones de esta sala –la resolución HC 288-2011 ya citada– como de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en el desarrollo de sus propias competencias, se ha señalado que la naturaleza de las notificaciones rojas de INTERPOL es de constituir verdaderas órdenes de localización y captura de personas –en relación con el último tribunal mencionado ver resolución de 19/5/2011, referida al caso de los señores [...]–.

Sin embargo, en resolución de Corte de 24/8/2011, en el caso de [...], acusados por la comisión de delitos de asesinato, terrorismo y crímenes de lesa humanidad, se varió el criterio y se indicó –entre otros aspectos– que la notificación roja es "un mecanismo eminentemente de búsqueda y localización policial de fugitivos" que no autoriza la captura y que esta última, cuando se trata de

personas requeridas por autoridades extranjeras, únicamente podrá llevarse a cabo si lo autoriza la Corte, por constituir parte de sus atribuciones, en tanto a ella compete decidir sobre la extradición.

Esta última postura es inaceptable porque desnaturaliza las atribuciones de Corte Plena y de INTERPOL, así como tergiversa la utilización de una herramienta de cooperación policial internacional creada con fines específicos; en fin, transgrede disposiciones claras del ordenamiento jurídico que indican lo contrario a lo que ha sostenido, es decir el Estatuto de INTERPOL – al cual El Salvador solicitó adherirse en 1959, petición que fue aceptada por la Asamblea General en 1959–, los reglamentos a los que remite dicho estatuto así como el mismo Código Procesal Penal".

1. Sostener que la Corte Suprema de Justicia, por ser competente para conocer de extradiciones, deba autorizar la ejecución de una orden de captura de una autoridad judicial extranjera, trasladada por INTERPOL en el marco de compromisos adquiridos por El Salvador, excede las atribuciones de dicho tribunal en detrimento de las propias funciones de la policía internacional.

Como se indicó, el procedimiento de extradición y las notificaciones rojas implican esfuerzos complementarios para lograr el procesamiento de una persona que se encuentra fuera del país en el cual se realiza su enjuiciamiento y, a veces, se desenvuelven de forma simultánea; una permitiendo un análisis jurídico que determine si se cumplen las condiciones para la extradición del imputado y, otra, asegurando que un eventual traslado pueda ejecutarse y no se vea frustrado por la movilización del indiciado hacia otro país, lo cual podría entorpecer los esfuerzos mencionados.

Incluso, como se mencionó con anterioridad, la emisión de una notificación roja puede preceder a una solicitud de extradición, en cuyo caso los Estados deben otorgar suficientes garantías de que, localizado y capturado el imputado, procederán a realizar los trámites para su entrega.

No debe confundirse, entonces, la competencia otorgada a la Corte Plena, sin cuya decisión, innegablemente, no puede entregarse una persona a un Estado extranjero para su procesamiento penal o la ejecución de pena, y la señalada a INTERPOL, que en una labor coadyuvante a la administración de justicia debe materializar las órdenes de captura internacionales emitidas o avaladas por jueces o tribunales foráneos, cuya procedencia ha sido analizada por la misma Secretaría de esa organización, autorizada por el Estatuto que la rige y a la cual, se insiste, El Salvador se adhirió hace varios años.

2. Además, como se señaló en el considerando anterior, las notificaciones rojas exceden de ser órdenes de localización de imputados, según lo que consta en la normativa de INTERPOL, en concordancia con las disposiciones del Código Procesal Penal, pues también habilitan la captura del incoado o la limitación de sus desplazamientos, de manera que, cuando se autoriza por la Secretaría su publicación de esa manera, son auténticas órdenes de detención de aquellos y así debe de considerarse.

Cabe añadir que INTERPOL cuenta con un sistema complejo de notificaciones con distintos fines relativos a localizar, identificar y obtener información sobre determinadas personas o hechos o alertar respecto a los mismos, pero la

notificación roja a la que se ha , hecho alusión en esta decisión es la que posee fines de aprehensión de aquellos en contra de quienes se ha ordenado por parte de una autoridad judicial su captura internacional por atribuírsele la comisión de hechos delictivos y debido a ello, de acuerdo con lo anotado en el considerando que antecede, es preciso el cumplimiento de una serie de requisitos sin los cuales no es posible su publicación que se refieren a aspectos variados como limitaciones de tipos de delitos, penas y necesidad de que exista interés para la cooperación policial internacional, asimismo que se proporcionen datos de identificación de la persona y datos jurídicos –hechos detallados, calificación jurídica, disposiciones legales que reprimen el delito, penas aplicables, así como que sean emitidos por autoridad judicial o que admitan apelación ante una autoridad judicial–, los cuales son tratarlos de manera precisa en el Reglamento de INTERPOL, sobre el Tratamiento de Datos, como ya se explicó".

INACEPTABLE CRITERIO SOSTENIDO POR LA CORTE PLENA

"3. Es así que esta sala, con competencia constitucional para pronunciarse respecto a si privaciones o restricciones de libertad física han sido dispuestas o ejecutadas en contra de las disposiciones constitucionales y que, en el ejercicio de dicha atribución debe fijar los contenidos y límites relacionados con los temas propuestos a análisis, no puede aceptar el criterio emitido por Corte Plena, sino reiterar las consideraciones que ha venido desarrollando en su jurisprudencia y que han sido explicadas más detalladamente en esta resolución, en relación con las notificaciones rojas, su naturaleza y alcance.

Esta aclaración se vuelve indispensable, dado la indefinición del tema en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –según se expresó ha sostenido posturas contrarias al respecto–, para clarificar las condiciones en que debe desarrollarse la actividad policial de la Oficina Nacional Central de INTERPOL en El Salvador y la de los juzgados a los que se presenten los capturados con fundamento en notificaciones rojas, los cuales deberán tomar en cuenta los criterios aquí dispuestos".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 220-2015, fecha de la resolución: 24/08/2015.

CÓMPUTO DE LA PENA

FACULTAD DE LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y DE EJECUCIÓN DE LA PENA

"IV. Determinado lo que precede, corresponde pasar al análisis del caso concreto, a ese respecto el planteamiento del favorecido está orientado a señalar que la autoridad judicial no ha respondido una solicitud vinculada con el derecho de libertad, pues no procede a rectificar el cómputo respectivo pues considera que le son aplicables las reglas del artículo 441-A del Código Procesal Penal ya derogado; y de ahí que su privación de libertad es ilegal, pues no obedece al total

de la pena, que luego de aplicar las reglas de tal artículo, según dicha norma, debe de cumplir.

1. En ese sentido, es necesario relacionar la jurisprudencia emitida por esta sala (véase sentencia HC 221-20009, de fecha 2/6/2010) relativa a que cualquier restricción al derecho de libertad física ordenada por una autoridad debe ser de conformidad a lo dispuesto en la ley, como lo dispone el artículo 13 inciso 1° de la Constitución el cual indica: "Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas..".

La referida norma constitucional contempla la posibilidad de que cualquier *"órgano gubernamental, autoridad o funcionario"* puedan dictar órdenes de detención cuando estén autorizados por ley; de la mencionada disposición se deriva, además: "...la garantía primordial del derecho a la libertad física, denominada como *reserva de ley,* la cual tiene por objeto asegurar que sea únicamente el legislador el habilitado para determinar los casos y las formas que posibiliten restringir el derecho en comento; y ello ha de llevarse a cabo mediante un acto normativo que tenga el carácter de ley en sentido formal (...) En ese mismo orden de ideas, debe agregarse que *la reserva de ley predicable de los límites ejercidos sobre el derecho fundamental a la libertad, no sólo se extiende a los motivos de restricción del derecho de libertad física, sino también a las formalidades requeridas para su ejecución y al tiempo permitido para su mantenimiento.* Por consiguiente, corresponde al legislador contemplar los supuestos de hecho, las formalidades, y desde luego, los plazos de restricción del derecho de libertad personal; ello, a efecto de que la configuración de los límites en comento, no se deje al arbitrio del aplicador de los mismos".

De modo que, en el presente caso, lo expuesto por el peticionario podría referirse a una probable inobservancia del principio de legalidad con incidencia en el derecho de libertad, pues se afirma que la autoridad judicial demandada no aplica una norma que le corresponde de acuerdo a la vigencia de la misma y con ello le ordena cumplir una restricción que no está conforme a la ley; por lo cual esta sala es competente para conocer del caso propuesto, pues todas las autoridades públicas deben someterse en sus actos al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable que rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley (v.gr. resolución HC 215-2010, de fecha 23/9/2011).

Es de aclarar lo relativo a la competencia de esta sala en el caso concreto, la cual se limita únicamente a verificar si la autoridad demandada al momento de efectuar el cómputo respectivo aplicó al favorecido la normativa vigente según el momento en que su sentencia adquirió firmeza, pues toda autoridad judicial debe regir su actuación a la Constitución y a las leyes vigentes, en observancia al principio de legalidad, como se dijo.

Ello es así, pues de conformidad con el artículo 44 de la Ley Penitenciaria es facultad de los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena efectuar el cómputo para determinar la fecha en que se cumplirá la media, las

dos terceras partes y la totalidad de la condena impuesta. Asimismo a solicitud de parte o de oficio se podrá rectificar este cómputo "en cualquier tiempo"".

ARTÍCULO 441-A CÓDIGO PROCESAL PENAL DEROGADO EL 2001, NO CONSTITUÍA NORMA QUE PUDIESE APLICARSE AL BENEFICIADO

"2. De la certificación de los pasajes del proceso penal remitidos a esta sala, se tiene que, el referido favorecido requirió ante la autoridad demandada audiencia para verificar la rectificación del cómputo efectuado; la misma, según ha afirmado el juez penitenciario competente, no se había llevado a cabo al momento de plantearse este proceso constitucional.

Ahora bien, la vinculación de dicha petición de rectificación de cómputo con su derecho de libertad la hace descansar el favorecido en el hecho de que en el cómputo actual no se han tomado en cuenta las reglas de conversión de la detención dispuestas en el artículo ya mencionado, de ahí que este deba ser rectificado, asevera.

Según se advierte al favorecido se le siguió proceso penal bajo las reglas del Código Procesal Penal que entró en vigencia el 20/4/1998, aprobado en 1996; por ello esta sala, para efectos de determinar si ha existido la vulneración constitucional reclamada por el solicitante, se servirá de la citada normativa derogada.

En la citada legislación se adicionó mediante Decreto Legislativo número 426, publicado en el Diario Oficial número 198, Tomo 341 de fecha veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y ocho el artículo el 441-A referido a la Conversión de la Detención Provisional –y que retomó en similares términos lo regulado en el artículo 48 del Código Penal que luego se derogó– tal disposición establecía:*"...la detención provisional que la persona haya sufrido por el hecho por el que fue condenado, se abonará a la pena en razón de un día de prisión por cada día de detención provisional, durante los primeros seis meses, de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que supere los seis meses y no exceda de un año y, por tres días de prisión por cada día de detención provisional por el tiempo que exceda de un año".*

Este artículo fue excluido del referido Código Procesal Penal mediante decreto legislativo 487, publicado en el Diario Oficial número 144, Tomo 352 de fecha 31 de julio de 2001.

De su lectura se concluye que dicha conversión se haría efectiva ante dos circunstancias: primero, que durante la tramitación del proceso el imputado haya estado bajo la medida cautelar de detención provisional, y segundo, que se haya emitido una sentencia condenatoria a partir de la cual se conozca la pena impuesta para contabilizar, bajo los parámetros expuestos, los días que estuvo en detención provisional y abonarlos a la pena impuesta. Sin la existencia de alguno de estos supuestos, no resulta posible aplicar lo contenido en las disposiciones legales relacionadas.

Es así que la conversión de la detención provisional para el cómputo de la pena, era una circunstancia que se analizaba precisamente al momento de encontrarse firme la sentencia condenatoria, porque solo hasta ese momento se conocía con total certeza la pena de prisión impuesta por el delito atribuido,

y en consecuencia cómo se realizaría la conversión de los días que la persona estuvo en detención provisional. Esta es la razón por la que dicho cómputo se encomendó al juzgado de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena competente –así lo ha sostenido esta sala véase resolución HC 159-20009, de fecha 7/5/2010–.

Del tenor literal de dicho artículo se advierte que el tiempo de la detención de una persona –desde la captura hasta la firmeza de la sentencia– debía calcularse conforme a las reglas que el mismo estipulaba y ello se abonaría a la pena. Es decir, el resultado de esa "conversión" de la detención: un día por cada día por los primeros seis meses, dos por cada día por los siguientes seis meses hasta el año; y tres desde que excede de un año hasta la ejecutoria, es el periodo que se tendría por cumplido en detención para una persona cuya sentencia se encontraba firme.

En el caso concreto, el favorecido fue condenado en dos procesos, uno seguido por el Tribunal Sexto de Sentencia de esta ciudad, por los delitos de robo agravado, robo agravado tentado y asociaciones ilícitas cuya sentencia condenatoria quedó firme el 25/8/2003. Lo anterior según oficio número 3895 emitido ese mismo año por el referido tribunal de sentencia el 22/9/2003. De dicha sentencia se efectuó cómputo el 15/10/2003.

Se encuentra además agregado el cómputo relativo a la otra condena dictada por el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad, por la comisión del delito de secuestro, emitido el 19/2/2004; en ese se señala que la sentencia quedó firme el 18/2/2003.

Entonces, al momento en que adquieren firmeza las sentencias condenatorias dictadas en contra del procesado, lo cual aconteció en ambas en el año 2003, la disposición en comento ya no se encontraba vigente en aquel entonces, cuando ya era procedente efectuar el cómputo de las penas impuestas.

Así, el artículo 441-A del Código Procesal Penal había sido derogado en el año 2001, con lo cual no constituía norma que pudiese aplicarse para el caso del señor […], al momento de efectuar el cómputo de las condenas que les fueron impuestas. Ello porque la atribución del legislador de crear, modificar o derogar disposiciones legales debe ser acatada por el aplicador de la norma, y por tanto, mantener la vigencia de normas cuya derogatoria ha sido acordada por el legislador implicaría un desconocimiento de sus atribuciones constitucionales.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto y atendiendo el criterio jurisprudencial sostenido por esta Sala, resta verificar si la falta de aplicabilidad del artículo 48 del Código Penal y su extensión en el artículo 441-A del Código Procesal Penal han afectado la seguridad jurídica del favorecido debido a que se había consumado materialmente el supuesto contemplado por la norma antes de perder vigencia, o bien, dicho supuesto estaba muy próximo a su acaecimiento.

Tal como se dijo en líneas previas, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Penitenciaria, en el momento legalmente procedente para efectuar el cómputo de las respectivas condenas impuestas al beneficiado, la disposición legal cuya aplicación pretende en su cómputo ya había perdido vigencia, por lo que el supuesto necesario –sentencia firme– para realizar dicho cómputo aún no

había acontecido, lo que impide la aplicación de esa figura procesal en el caso del favorecido".

INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A SEGURIDAD JURÍDICA, YA QUE DISPOSICIÓN LEGAL RELATIVA A CONVERSIÓN DE DETENCIÓN PROVISIONAL PERDIÓ VIGENCIA APROXIMADAMENTE DOS AÑOS ANTES DE LA FIRMEZA DE AMBAS SENTENCIAS

"En cuanto a la proximidad de su ocurrencia, la disposición legal relativa a la conversión de la detención provisional perdió vigencia aproximadamente dos años antes de la firmeza de ambas sentencias, entonces, no era posible sostener que tal disposición podía aún ser aplicada para reglar la realización de los cómputos correspondientes en los que se definiría – respectivamente– la fecha de cumplimiento de la media, dos terceras partes y el total de la pena, a efecto de acceder a los beneficios penitenciarios dispuestos legalmente. Circunstancias estas que hacen palmaria la imposibilidad, en el caso del señor […], de aplicar las disposiciones legales derogadas relacionadas para resolver lo solicitado.

Así, dicho artículo ya había sido derogado, cuando las condenas impuestas fueron susceptibles de efectuar su computo, es decir, al adquirir firmeza las sentencias que las contenían, de manera que no constituía ley vigente susceptible de ser empleada para regular la conversión de la detención provisional que mantuvo el favorecido durante la tramitación de sus respectivos procesos penales seguidos en su contra; y, como ha quedado establecido, éste no tiene una situación jurídica protegible constitucionalmente respecto de dicho artículo. Con lo cual esta Sala se encuentra imposibilitada de acreditar la existencia de una violación de carácter constitucional con incidencia en su derecho de libertad física por este argumento.

Debiéndose agregar que respecto de los cómputos efectuados que constan en las presentes diligencias –ya relacionados– fueron notificados al favorecido.

A partir de ello, se descarta que el Juzgado Segundo Penitenciario de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de esta ciudad haya infringido el principio de legalidad en las decisiones emitidas relativas al cómputo de las penas impuestas que han sido reseñados; y de ahí, que la petición efectuada de rectificación de tales cómputos no pueda tener ninguna incidencia en el derecho de libertad del favorecido; en consecuencia deberá desestimarse la pretensión.

Lo anterior no es óbice para que la autoridad demandada conforme a su deber constitucional y legal dé trámite de forma oportuna a las solicitudes que tuviere pendiente de responder ante su sede, según lo que proceda".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 245-2015, fecha de la resolución: 11/11/2015.

DECLARATORIA DE REBELDÍA

SUPUESTOS PARA DECLARAR REBELDE AL INCULPADO

"3- Sobre la declaratoria de rebeldía, como lo establece el artículo 91 del Código Procesal Penal aplicable, constituye una consecuencia de la incompare-

cencia del imputado ante el requerimiento que se le hace para que se muestre como tal en el proceso instruido en su contra o para que se presente a cualquier acto en el que sea necesaria su presencia. También debe decretarse comprobada la fuga del imputado del lugar donde esté detenido o del designado para su residencia.

Del precepto citado se colige que tres son los supuestos para declarar rebelde al inculpado: no comparecer, sin justa causa, a la citación judicial; fugarse del establecimiento o lugar en que se encuentra detenido; y ausentarse del lugar asignado para su residencia.

El primero, se traduce en una desobediencia a la citación judicial –la cual puede ser para realizar cualquier acto en que se requiera la presencia del imputado–, por lo cual no debe mediar impedimento justificable. Mientras que, el segundo y el tercero se refieren básicamente a la desaparición del imputado del lugar donde debe ser encontrado –v. gr. resolución de HC 112-2010 de fecha 5/11/2010–.

En relación con el primer supuesto se advierte la íntima relación de los actos procesales de comunicación con el derecho de defensa de la persona a quien se atribuye un hecho delictivo, ya que aquellos condicionan la eficacia del proceso, pues permiten un conocimiento real del acto o resolución que los motivan y facultan al notificado o citado a disponer lo conveniente para la defensa de sus derechos o intereses.

La falta de citación por razones atribuibles a la autoridad judicial incide directamente en el derecho de defensa de la persona sujeta a un proceso penal y ello puede resultar en desmedro del derecho de libertad física".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 331-2015R, fecha de la resolución: 04/12/2015.

DEFENSA TÉCNICA

CONTENIDO RECONOCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"IV. En relación con el asunto en análisis, en la jurisprudencia constitucional se ha sostenido que la defensa es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, atribuido a las partes de todo proceso y que implica, básicamente, la necesidad de que estas sean oídas, en tanto que puedan alegar, rebatir y discutir sobre los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución que emita la autoridad judicial respectiva.

Este encuentra su materialización plena dentro de todo proceso, siendo imprescindible exigir el cumplimiento de ciertos presupuestos básicos, entre estos el de la contradicción procesal, pues este provoca y procura que el proceso se instruya con todas las garantías para ambas partes; es decir, que tanto a la parte acusadora como al imputado y a su defensor, se les permita ser escuchados ante el juez de la causa, aportar las pruebas que estimen 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.

La consagración del contradictorio, por lo tanto, se entiende recogido en los artículos 11 y 12 de la Constitución, como manifestación del derecho de defensa, y se implanta dentro del proceso a fin de tutelar los derechos fundamentales, de forma que cuando estos se quebrantan surge el estado de indefensión, que es el resultado derivado de 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; es decir, cabe realmente hablar de indefensión cuando se ha provocado una privación o limitación de oportunidades de defensa (sentencia HC 49-2005, de 12/12/2005).

En el caso del imputado del proceso penal, el referido derecho se concretiza a través de actuaciones específicas del mismo: defensa material, y por medio de actuaciones a cargo de un técnico del derecho: defensa técnica.

Ahora bien, el derecho a la asistencia legal o de defensa técnica, ya sea particular o pública, es un derecho subjetivo cuya finalidad es dar efectividad a los principios de contradicción e igualdad de las partes (resolución HC 66-2004, de fecha 9/9/2004). Este tribunal también ha referido que dicha categoría constitucional implica el derecho del imputado a ser asistido por un abogado de su elección (resolución HC 20-2009, de fecha 18/3/2011).

Finalmente cabe indicar que corresponde al legislador determinar, en la normativa legal específica, la forma de ejercicio y los límites del derecho de defensa y, por lo tanto, dicho derecho fundamental está íntimamente relacionado con el desarrollo legislativo que se le haya dado (resoluciones HC 144-2007 y HC 90-2008 de fechas 31/7/2009 y 15/2/2011)".

VULNERACIÓN CONSTITUCIONAL POR NO CITAR AL DEFENSOR PARTICULAR Y CELEBRAR AUDIENCIA CON DEFENSOR PÚBLICO

"VI. De acuerdo con lo expuesto en esta resolución, el solicitante objeta la decisión del Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de esta ciudad de revocar la libertad condicional del señor [...] y ordenar el cumplimiento del tiempo restante de la pena de prisión, por haber sido acordada en una audiencia en la que, sin justificación alguna, se omitió convocar al defensor particular del condenado y se llevó a cabo con la participación de un defensor público. Ello provocó que el favorecido no contara con la asesoría del abogado de su elección y además que hiciera declaraciones en la audiencia, ante presiones de la jueza, que resultaron perjudiciales.

Según lo establecido en la Ley Penitenciaria, los incidentes que se refieran a la libertad condicional deben ser resueltos en audiencia oral, dentro de un plazo de cinco días, a la cual se convocará a todas las partes. El incidente debe resolverse en la misma audiencia, con quienes asistieren. La realización de dicha diligencia deberá adecuarse a las reglas que rigen la vista pública, adaptadas a su sencillez —artículos 46 y 46-bis—.

Consta en las actuaciones remitidas a esta sala que, desde el día 14/12/2010, el condenado [...] tenía como defensor particular al licenciado [...]. Sin embargo,

en la audiencia durante la cual se revocó el beneficio de libertad condicional y se ordenó el cumplimiento de la pena de prisión, participó un defensor público.

No están consignadas, en la documentación remitida a este tribunal, las razones por las cuales el juzgado demandado omitió convocar al abogado seleccionado para ejercer la defensa del procesado a dicha diligencia. Y es que, no aparece que este haya sido sustituido con anterioridad a la misma, por otro profesional, debido a cualquiera de las causas que establece la ley.

Tampoco se ha establecido que el mismo fuera convocado y decidido no participar o no poder hacerlo pues, no obstante la autoridad demandada ha agregado certificación de esquelas de notificación de algunas actuaciones, la correspondiente a la resolución mediante la cual se programó dicha audiencia no se encuentra incorporada.

Adicionalmente, de acuerdo con informe de defensa presentado a esta sala, el penado "pidió ser representado por defensor público", lo cual no tiene sustento en la documentación cuya certificación fue enviada a este tribunal.

De manera que, no obstante estar acreditado dentro del proceso de ejecución de la pena, que el señor [...] contaba con defensor particular y que la normativa correspondiente señala que a la audiencia relativa a libertad condicional debe convocarse a todas las partes, el juzgado demandado omitió, sin justificación alguna, comunicar al abogado del condenado sobre la realización de la misma, lo cual impidió que este fuera asistido por el profesional de su elección.

Ahora bien, el derecho a ser defendido por el abogado de su elección puede ceder ante razones manifestadas por la autoridad judicial correspondiente, de manera que, al ser sometido a ponderación, es posible que este deba resultar sacrificado en aras de la protección de otros derechos involucrados —esto ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, sentencia HC 205-2013, de fecha 6/6/2014—. En el supuesto en examen, la ponderación judicial no ha existido, pues no se advierte, ni en el expediente, ni en el informe de la autoridad demandada, justificación alguna de por qué la juzgadora decidió no garantizar uno de los componentes del derecho de defensa técnica, consistente en la asistencia y asesoría por un abogado que elija el propio acusado, ya sea directamente o a través de las personas que la ley habilita para ello.

Esta sala, por tanto, concluye que en este caso específico, donde hay ausencia total de justificación respecto al proceder de la autoridad demandada, existió vulneración al derecho de defensa técnica del señor [...], lo cual ha incidido en su libertad física, y que, por tanto, la decisión de revocar su libertad condicional y ordenar su detención es inconstitucional.

Es de aclarar que esta decisión no tiene incidencia alguna en la resolución de la autoridad judicial competente respecto a si el penado debe o no seguir gozando de libertad condicional, pues tal determinación debe ser realizada por el juez a cargo de la ejecución penal, a través de un procedimiento que respete sus derechos fundamentales".

"VII. En cuanto a los efectos de la presente resolución es de señalar que, la restricción de libertad física que actualmente cumple el señor [...], es consecuencia directa de la actuación determinada inconstitucional en esta sentencia,

no pudiendo permanecer en tales condiciones, por haberse acordado en una audiencia en la que se irrespetó el derecho de defensa técnica del favorecido.

Es así que el procedimiento de ejecución penal, en cuanto al tema en examen, debe retrotraerse hasta el momento anterior a la actuación declarada inconstitucional, con lo cual corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria competente, señalar nuevamente fecha de audiencia y celebrar la misma previa convocatoria a las partes acreditadas, sin perjuicio de aplicar lo dispuesto en la ley en caso de no comparecencia de alguno de los legalmente citados; lo cual debe ser realizado inmediatamente después de recibida esta sentencia.

Cabe aclarar que esta decisión no puede afectar cualquier otra restricción de libertad física que enfrente el favorecido y que haya sido decretada por otras razones diferentes a las ahora analizadas".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 257-2014, fecha de la resolución: 27/05/2015.

DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS BARTOLINAS POLICIALES

"V. 1. Queda por referirse a los aspectos mencionados en el número 3 en los que la pretensora indica que el lugar donde se encontraba la señora [...] al momento de promover este hábeas corpus, era sucio, sin espacio donde dormir, y tiene que hacer sus necesidades fisiológicas, ya que ha debido realizarlas en la misma bartolina sin privacidad alguna, ni lugar para su aseo personal.

Al respecto, según los pasajes respectivos del proceso penal, la favorecida fue detenida el tres de octubre de dos mil doce y se le decretó el ocho de ese mismo mes y año, la detención provisional por parte del Juzgado Especializado de Instrucción de Santa Ana, así permaneció recluida en dicha bartolina, encontrándose en ella al momento de proponer este proceso el 22/5/2014; siendo hasta el veintiocho de agosto de dos mil catorce –casi dos años después– que la trasladaron al centro penal respectivo, esto según oficio de esa misma fecha dirigido al Director del Centro Penitenciario de Ilopango. Dicha favorecida según se informó a esta sala ya se encuentra en libertad.

Ahora bien, sobre las condiciones en que la referida señora estuvo recluida durante el aludido tiempo en dichas bartolinas policiales, debe decirse que, según las manifestaciones de la pretensora, esta no tenía un lugar apropiado donde excretar, debiendo hacerlo dentro de la celda, ni donde dormir y hacer su aseo personal.

La Policía Nacional Civil ha reconocido, que antes de diciembre de dos mil trece, dichas bartolinas no contaban con un baño para las detenidas, y se les llevaba "por grupos", pero que luego se incorporó uno dentro de la misma celda, el cual según fotografías que han sido remitidas a esta sala, dicho sanitario se encuentra dentro de la celda, y en esta permanecen entre "veinticinco a treinta personas", aseveró la autoridad judicial.

En cuanto al aseo personal lo único que puede observarse es una "pila" junto al sanitario ya descrito. Sin tampoco verificarse un lugar para dormir.

Con las manifestaciones de la autoridad demandada se tiene por establecido que, durante su estadía en las bartolinas de la delegación policial de Sonsonate, la ahora favorecida no contó con acceso a servicio sanitario por lo menos durante un año, y después al habilitar uno, debió excretar dentro de la celda durante más de ocho meses; tampoco con un lugar para dormir ni para bañarse de forma higiénica.

Este tribunal debe determinar si ello generó una lesión en el derecho a la integridad personal de la señora […] Para tal efecto, es de tomarse en cuenta tanto las características de las carencias reclamadas como el tiempo durante el cual la favorecida se mantuvo en tales condiciones.

Así, la detenida enfrentó, durante su reclusión, la imposibilidad de satisfacer necesidades esenciales de todo ser humano: tener acceso a un lugar adecuado donde evacuar sus desechos biológicos y donde bañarse regularmente, contar con un espacio e implementos para su descanso.

Pero además se trata de carencias plurales, es decir, implican multiplicidad de privaciones a las que se vio expuesta la favorecida en su reclusión.

Estas situaciones, de manera general, las enfrentó la persona favorecida por casi dos años, desde su captura, hasta que finalmente fue remitida al centro penal de mujeres respetivo, cuando finalmente la policía gestionó su traslado al mismo.

Tomando en cuenta que dicha beneficiada no tuvo acceso a prestaciones humanitarias básicas para garantizar la conservación de su estado de salud y su integridad personal, durante un tiempo de varios meses, esta sala considera que la restricción a su libertad física en tales condiciones vulneró su derecho a la integridad física y psíquica.

Es de agregar que obligar a la detenida a excretar dentro de la celda, frente a otras personas –según lo indicó la Policía Nacional Civil, de veinte a treinta personas–, se constituye no solo en una práctica insalubre, sino que también representa un trato humillante para aquella, vulnerando también así su integridad moral.

Es innegable, entonces, que tales circunstancias acontecidas en el caso en examen, con las características señaladas, por sí mismas tienen la capacidad de repercutir en el desenvolvimiento normal de una persona en cuanto a su salud e integridad, no solo de la favorecida, sino, en general, de cualquier detenida que permanezca en tal situación, no pudiendo oponerse justificación alguna para negar la satisfacción de necesidades primarias como las denunciadas ante esta sala.

Esta garantía de los derechos de las personas detenidas no tiene vigencia únicamente cuando estas ingresan en un centro penal, sino también cuando el Estado decide mantenerlas durante algún tiempo en lugares no destinados originalmente para la reclusión permanente de privados de libertad –como las bartolinas policiales o judiciales–, lo cual, aunque materialmente dificulte a las autoridades proporcionar todos los servicios básicos con los que se cuenta en un centro penitenciario –por no estar habitualmente creados para dicha función– no los exime de realizarlo, pues lo contrario implicaría hacer recaer en los privados de libertad las consecuencias de las carencias de las instituciones del Estado que solo a este corresponde solventar.

Ahora bien, lo anterior no implica avalar que los detenidos provisionalmente, para el caso, o las personas condenadas a penas de prisión cumplan dichas restricciones en instalaciones no destinadas por ley para ello. Respecto a los primeros, el Código Procesal Penal señala en su artículo 340 que el detenido provisional será alojado en establecimientos especiales, diferentes a los que se utiliza para condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados. A su vez, en la Ley Penitenciaria –en la cual, según su artículo 1, se regula, entre otras cuestiones, la aplicación de la detención provisional– se establece que los centros penitenciarios preventivos están "destinados exclusivamente a la retención y custodia de detenidos provisionalmente por orden judicial" (artículo 72). Es así que, quienes cumplen dicha medida cautelar, deben hacerlo en dichos recintos.

Esto último no constituye una formalidad regulada en la ley, sino que, en definitiva, permite de mejor manera el ejercicio y la satisfacción de los derechos fundamentales de aquellos, como su integridad personal, debido a que se trata de centros acondicionados para que los privados de libertad desarrollen su vida sin más limitaciones que las propias de su situación de restricción. Es así que, las personas en contra de quienes se ha decretado la aludida medida cautelar, deben ser trasladadas inmediatamente a uno de los lugares que según la legislación han sido creados para tal fin: los centros penitenciarios de prevención, entendido esto por lugares destinados exclusivamente para detenidos provisionalmente o aquellos donde existen condenados y detenidos, con la debida separación entre ellos.

De manera que, no obstante ser inaceptable que la señora […] haya permanecido por casi dos años en una bartolina policial, pues legalmente correspondía su ingreso a un centro penal, esto no implica que deben desconocerse los derechos que como persona privada de libertad le reconoce la Constitución y las leyes y que por lo tanto debían garantizársele, aun estando en un lugar no destinado para albergar permanentemente a persona detenidas"

VULNERACIÓN AL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL AL NO HABER REALIZAR DILIGENCIAS NECESARIAS PARA EL TRASLADO DEL FAVORECIDO A UN CENTRO PENAL

"2. Este tribunal debe referirse específicamente a la autoridad o autoridades responsables de la vulneración constitucional acontecida.

A. En primer lugar es preciso aludir a la sede judicial encargada del procesamiento penal del imputada mientras estuvo detenida en las bartolinas policiales, es decir al Juzgado Especializado de Instrucción de Santa Ana cuando se vino a reclamar ante esta sede constitucional.

De acuerdo con la documentación incorporada a este hábeas corpus, el mencionado juzgado decretó la detención provisional a la señora […]. en audiencia celebrada el día tres de octubre de dos mil doce, que ordenó su reclusión en un centro penal, según consta en el acta de la referida audiencia.

Al respecto, no se ha establecido que la procesada haya sido enviada inmediatamente a un centro penitenciario, pues por el contrario consta que estuvo ingresada en bartolinas, según registro de ingresos de dicha delegación policial

remitidas a esta sala ella ingresó el 3/10/2012; y fue casi después de dos años, que aparece la orden de traslado –emitida por el Jefe de la Subdelegación de la Policía Nacional Civil de Sonsonate– de la mencionada detenida hacia el Centro de Readaptación para Mujeres de Ilopango, según oficio del 28/5/2014, sin constar alguna gestión efectuada por el juzgado a cargo de dicha procesada, antes de ese tiempo, para el ingreso de la imputada en un centro penitenciario y que este haya sido rechazado por otra autoridad.

Por lo tanto, la autoridad judicial encargada del procesamiento penal de la favorecida, al no haber realizado las diligencias necesarias para su traslado a un centro penal, es responsable de que aquella haya permanecido durante casi veintitrés meses en las mencionadas condiciones y, en consecuencia, incurrió en la vulneración constitucional aludida.

B. En segundo lugar, se hará alusión a la responsabilidad de la Policía Nacional Civil, en cuyas bartolinas se encontró la referida procesada en las condiciones ya descritas.

Este tribunal ya indicó que las bartolinas policiales no son lugares en los cuales deba mantenerse recluidas a las personas detenidas provisionalmente ni en cumplimiento de la pena de prisión. Se trata de instalaciones que deben ser utilizadas solo transitoriamente para el resguardo de personas detenidas, mientras se realizan las gestiones para su presentación ante un juez, o en casos extraordinarios donde los imputados no puedan ser trasladados inmediatamente a un centro penal.

Por tales razones, es comprensible que las mismas no cuenten con todas las condiciones materiales para que una persona se encuentre por muchos días o meses en ellas, ni con la capacidad para solventar todas las necesidades de los detenidos durante tiempos prolongados.

Sin embargo, como se indicó en el apartado número 1 de este considerando, las limitaciones que enfrentó la favorecida en detención se refieren a necesidades esenciales de un ser humano. Especialmente debe hacerse alusión a la imposibilidad de acceder a un servicio sanitario y de un espacio para descansar pues, con independencia de que las bartolinas no estén dispuestas para albergar por lapsos extensos a privados de libertad son inaceptables las condiciones a las cuales estuvo sometida dicha persona".

DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL DEBE GARANTIZAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN RECINTOS POLICIALES

"De modo que tampoco puede desvincularse por completo a la autoridad policial de su responsabilidad en la vulneración constitucional acontecida pues, estando bajo su custodia la referida señora, es injustificable que no haya atendido aspectos esenciales para preservar su salud e integridad personal, a través de los recursos con los que contaba en ese momento o la determinación de mejores opciones para la tutela de la integridad moral y física de la persona detenida, lo cual resulta contrario a la Constitución; ya que si bien se instaló un retrete, este fue incorporado dentro de la celda, totalmente descubierto a la vista de cualquie-

ra, y ello conjuntamente significa condiciones sépticas para las demás personas que también desarrollan su vida dentro de la misma celda, como lo es el consumo de alimentos, entre otras.

Ello aunado a que, no se encuentran datos ni tampoco la autoridad demandada explicó o justificó las razones por las cuales la imputada se encontraba –después de casi dos años– ahí y qué gestiones había llevado a cabo para su traslado a un centro penal, siendo dicha omisión la que permitió también que la beneficiada permaneciera en las mencionadas condiciones y, por tanto, la vulneración a su derecho fundamental es atribuible al aludido funcionario policial.

3. Finalmente debe señalarse que, a propósito del análisis del supuesto planteado a esta sala, se ha advertido, por así haberlo reconocido la Policía Nacional Civil, que en las bartolinas de esa institución, además de la persona favorecida, se encuentran otras personas cumpliendo la medida cautelar de detención provisional. Esta situación, según se indicó, es contraria a lo establecido en el Código Procesal Penal y en la Ley Penitenciaria, en referencia al lugar donde debe cumplirse tal restricción.

De manera que es procedente que esta sala, a partir de la información que se ha incorporado en este proceso constitucional, ordene al Director General de la Policía Nacional Civil, para garantizar el respeto de los derechos de las personas que se encuentran en tales recintos policiales, tanto que no mantenga a personas en los mismos cuando, por ley, no deben encontrarse en tales lugares, como que realice las gestiones necesarias para superar las condiciones descritas en esta sentencia y que vulneran el derecho a la integridad personal de las mujeres detenidas (como se expuso por ejemplo en la sentencia de HC 155-2012, de fecha 2/10/2013).

VI. En cuanto a los efectos de esta sentencia, según se ha informado, la señora […] ya no se encuentra en las bartolinas de la delegación policial de Sonsonate, ya que ésta fue trasladada a un centro penitenciario y luego declarada absuelta en audiencia de vista pública celebrada el veintinueve de enero de dos mil quince.

Con lo acontecido, han cesado las condiciones que, según se determinó en esta sentencia, estaban afectando su derecho de integridad personal.

De manera que la señora Filomena […] deberá continuar en la situación jurídica en que se encuentre".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 252-2014, fecha de la resolución: 11/12/2015.

DERECHO A LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

VULNERACIÓN PORQUE LA AUTORIDAD JUDICIAL NO GARANTIZÓ LA NOTIFICACIÓN AL PETICIONARIO EN UN PLAZO BREVE

"2. En el caso concreto, al verificar íntegramente la documentación remitida se tiene que en efecto el favorecido elaboró un escrito en el que solicitó audiencia especial para revisión de sentencia, este fue recibido por el Juzgado Espe-

cializado de Sentencia "B" de San Salvador el 25/06/2014 –antes de la presentación de este hábeas corpus el 27/08/2014–; siendo que el reclamo específico del señor […] es que aún no le dan respuesta, pues no se le ha convocado a la referida audiencia.

No obstante, la solicitud incoada por el peticionario fue del conocimiento del Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador y ha sido resuelta según consta en auto de las quince horas del día 30/06/2014, por medio del cual la autoridad demandada expresó"...Visto el contenido del anterior escrito, el Suscrito Juez denota, que el señor […] en ejercicio de su Derecho de Defensa Material, impugnó la Sentencia mediante Recurso de Casación, el cual se encuentra en análisis en la Honorable Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; estableciendo el Art. 431 del CPP. Derogado pero aplicable al presente caso, que el Recurso de Revisión procederá contra la Sentencia condenatoria firme, estado que aún no ha adquirido la Sentencia emitida en contra del procesado..."; en razón de ello, decidió declarar inadmisible el recurso de revisión interpuesto por el favorecido.

Sin embargo, a pesar de que la fecha de la respuesta del aludido escrito se tiene que fue el 30/06/2014; transcurrió un tiempo sin que la misma fuera notificada en legal forma al peticionario, razón por la cual interpuso este hábeas corpus el 27/08/2014, fecha en la que aún no le habían notificado la contestación de su escrito al señor […], vulnerando con ello su derecho a la protección jurisdiccional pues no le informaron de manera oportuna la resolución de la autoridad demandada.

De la documentación remitida a esta Sala se tiene que la respuesta de la autoridad demandada fue notificada al favorecido el 16/10/2014, habiendo transcurrido más de tres meses desde que se recibió la petición en dicha sede judicial.

Por lo antes expuesto, es posible concluir que se ha dado una infracción constitucional al derecho a la protección jurisdiccional que garantiza la Constitución con incidencia en el derecho de libertad física del imputado […]; pues se ha constatado que aunque la autoridad judicial resolvió la solicitud presentada, no garantizó su notificación al peticionario en un plazo breve, desconociendo este la respuesta a su requerimiento durante un plazo que excede de los tres meses; por tanto, la pretensión debe estimarse.

3.- Por otra parte, en relación con la naturaleza del reclamo planteado y reconocida la vulneración constitucional por este tribunal, la restitución al derecho de libertad personal del beneficiado no puede constituir el efecto de lo decidido; sin embargo, tampoco lo puede ser posibilitar que la autoridad demandada emita la respuesta al condenado, pues esto ya fue realizado por el Juzgado Especializado de Sentencia "B" de San Salvador, ya que durante la tramitación de este proceso constitucional, según consta en el acta de las quince horas con treinta minutos del día 16/10/2014, se le notificó al señor […] la referida respuesta; razón por la cual los efectos de esta sentencia son meramente declarativos".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 401-2014, fecha de la resolución: 22/07/2015.

DERECHO A RECURRIR

CATEGORÍA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DE NATURALEZA PROCESAL

"IV. En relación con los términos del reclamo del pretensor, debe señalarse que el derecho a recurrir es una categoría jurídica constitucional de naturaleza procesal, que si bien esencialmente dimana de la ley, también se ve constitucionalmente protegida en tanto constituye una facultad de los gobernados para que efectivamente se alcance una real protección jurisdiccional, tal como lo exige el artículo 2 de la Constitución. El derecho a los medios impugnativos permite atacar el contenido de una decisión que cause perjuicio, a efecto de que la misma autoridad que la proveyó o alguna otra, en su caso, la conozca, la resuelva y la haga saber, guardando la debida relación lógica entre lo pedido y lo resuelto –así se sostuvo en improcedencia HC 141-2010 de 5/11/2010 –".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 103-2015, fecha de la resolución: 28/10/2015.

CONTENIDO RECONOCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y VINCULACIÓN CON HÁBEAS CORPUS DE PRONTO DESPACHO

"2. Es menester hacer referencia a la jurisprudencia construida por este tribunal en relación al derecho a los recursos; así, se ha indicado que es una categoría jurídica constitucional de naturaleza procesal que, si bien esencialmente dimana de la ley, también se ve constitucionalmente protegida en tanto constituye una facultad de los gobernados para que de manera efectiva se alcance una real protección jurisdiccional, tal como lo exige el artículo 2 de la Constitución.

Así, en casos en los que se reclama una tardanza que impide conocer de una impugnación que, según lo decidido por el tribunal competente, puede incidir en la libertad física del favorecido, los derechos directamente involucrados son el derecho a recurrir y la referida libertad (al respecto, resolución HC-6-2012, de fecha 19/10/2012).

De acuerdo con lo anterior, debe decirse que el hábeas corpus de pronto despacho es aquel utilizado ante el retraso de una resolución, informe o cualquier providencia que se espera genere beneficios a la persona a cuyo favor se ha requerido, para que los mismos efectivamente se produzcan, con lo cual si bien no hay certeza de conseguirse el restablecimiento de la libertad personal, se logra una respuesta sobre lo solicitado, que pueda llegar a producir incidencia en el ejercicio de ese derecho.

Con el referido tipo de hábeas corpus se pretende la obtención de una contestación a la brevedad posible, ya sea que se estime o deniegue lo pedido, de tal forma que no solamente se verifica si hay omisión en el otorgamiento de la respuesta, sino también la dilación generada, aparejada a la omisión.

Es de aclarar que, si bien esta sala no puede entrar a analizar la procedencia o no de la solicitud efectuada referida a la revisión de sentencia condenatoria y la aplicación de una ley más favorable; sí puede verificar la coherencia entre lo requerido y la respuesta emitida –ya sea accediendo a ello o denegándolo-, o en

este caso, que dicha respuesta se encuentre enmarcada dentro de los parámetros que determina la legislación de la materia (Véase sentencia HC 73-2013, de fecha 25/10/2013 y HC 8-2015 de fecha 29/4/2015)".

VULNERACIÓN AL NO REALIZAR AUDIENCIA EN RECURSO DE REVISIÓN DE SENTENCIA

"V. En el caso concreto, como ya se dijo, dicho recurso de revisión consta que sí fue planteado y admitido por el tribunal de sentencia mediante resolución de fecha 6/6/2014, luego de ello se advierte que los imputados no pudieron ser trasladados a la audiencia señalada para el recurso de revisión; por lo que, en auto de fecha 28/10/2014 se reprogramó la celebración de la misma para el 3 de diciembre de ese mismo año. No obstante, el 18 de noviembre de ese mismo año, se procedió a la revisión de la aludida sentencia, sin que conste la presencia de las partes, y en este pronunciamiento también se dejó sin efecto la fecha fijada para la realización de la audiencia.

Respecto del aludido recurso de revisión, el Código Procesal Penal establece el procedimiento a seguir por la autoridad a partir de su admisión; el artículo 492 dispone: *"Admitido el recurso se notificará a las partes que hubieren intervenido en el proceso o procesos. Diez días después de la última notificación se celebrará una audiencia en la que se discutirán los argumentos expuestos por las partes y se recibirán todas las pruebas que hayan sido ofrecidas (..) El juez o tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias preparatorias que crea útiles y delegar su ejecución en alguno de sus miembros, pero cuando la prueba no sea tan solo documental, la incorporará en audiencia pública. (..) Concluida la audiencia el juez o tribunal inmediatamente resolverá lo pertinente..".*

De tal manera que, la legislación en comento determina de forma expresa que el tribunal ante el cual se dirime el recurso debe de realizar audiencia, pues es al concluir esta que debe de dirimirse el medio impugnativo citado –no antes–; es decir que la realización de tal audiencia constituye el procedimiento luego de admitido el recurso, sin hacerse en la legislación mencionada diferenciaciones o excepciones sobre la celebración de aquella; de ahí que los argumentos de la autoridad relativos a que dicho interno no fue trasladado a la sede del tribunal no pueden justificar la omisión de realizar la misma.

Al respecto, esta sala ha sostenido de forma reiterada, que la revisión habrá de desarrollarse de conformidad con el procedimiento diseñado por el legislador, dando a las partes las oportunidades de intervención que la ley prevé. Así, si una autoridad judicial tramita la revisión de manera contraria a lo especificado legalmente ello implicaría soslayar el principio de legalidad, y en este caso el de recurrir, los cuales están conectados con el que se protege a través del hábeas corpus dado que uno de los efectos que podría alcanzarse con el planteamiento de un recurso, de ser lo procedente, es la puesta en libertad del favorecido, por lo que la inobservancia del trámite en los términos legalmente establecidos, impide que la decisión judicial sobre el recurso interpuesto sea acorde con la Constitución (tal como esta Sala sostuvo en la sentencia HC 226-2009 de 23/03/2010).

A partir de lo anterior, en el presente caso, esta sala no puede avalar la respuesta otorgada en el recurso incoado, pues la misma se generó de un pro-

cedimiento alejado de lo dispuesto en la legislación respectiva, en el que no se permitió la discusión de los argumentos expuestos para el recurso interpuesto, como expresamente lo determina el articulo 492 CPP (véase resoluciones de HC 73-2013, 470-2013 y 310-2014, de fechas, respectivamente, 25/10/2013, 16/5/2014 y 6/10/2014) .

Por tanto, con su proceder –en total inobservancia al principio de legalidad– el citado tribunal sentenciador ha vulnerado el derecho de defensa del favorecido por impedir el acceso a los recursos con incidencia en su derecho de libertad, ya que no le brindó la audiencia que la ley confiere a éste para discutir su recurso; y, consecuentemente, deberá estimarse la pretensión.

VI. Determinado lo anterior, esta sala debe fijar los efectos de este pronunciamiento. Al respecto, es de indicar que en este tipo de reclamos, *la restitución al derecho de libertad personal del beneficiado no puede constituir el efecto de lo decidido,* sino, en su caso, ordenar a la autoridad correspondiente que se pronuncie sobre el planteamiento del recurso de revisión de su sentencia condenatoria; no obstante, en el presente caso, consta entre la documentación remitida que el medio impugnativo planteado fue dirimido mediante resolución de fecha 18/11/2014, decisión que como se reseñó, no fue precedida del procedimiento dispuesto en el Código Procesal Penal para el recurso de revisión luego de admitido el mismo, y es por esa razón que no puede considerarse que dicho medio impugnativo ha sido contestado conforme a los parámetros constitucionales y legales.

De forma que, lo procedente es ordenar al Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel que deje sin efecto la resolución final dictada en el recurso de revisión y todas las actuaciones posteriores vinculadas a este; y deberá dar una respuesta al recurso, luego de realizar la audiencia señalada en la ley –para lo cual fijará día y hora convocando a las partes– y así, determinará la procedencia de los argumentos expuestos en el mismo, haciendo saber tal decisión al favorecido y a la persona designada en su escrito, siendo dicho pronunciamiento el que establecerá la situación jurídica del favorecido. Ello, a efecto de reparar la vulneración al derecho de libertad en la que incurrió dicha autoridad y tener por cumplida la presente sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 116-2015, fecha de la resolución: 10/07/2015.

DERECHOS DE LOS INTERNOS

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD

"De acuerdo con los términos del cuestionamiento de la solicitante es de indicar que, según la jurisprudencia constitucional, las restricciones de libertad decididas por autoridades estatales, entre ellas la impuesta a personas acusadas de la comisión de hechos delictivos, deben ser cumplidas en condiciones que respeten su dignidad, cualidad inherente del ser humano.

Las manifestaciones de tal postulado se encuentran no solo en el reconocimiento constitucional de la integridad para todas las personas –artículo 2– y en

la prohibición de “tormentos” en prisión –artículo 27 inc. 2°–, sino también en el establecimiento de un mecanismo específico para tutelar la integridad personal de los privados de libertad, es decir, el proceso constitucional de hábeas corpus –artículo 11 inc. 2°–.

Uno de los contenidos que esta sala ha considerado incorporados en el referido derecho fundamental –la integridad– es el derecho a la conservación de la salud de los reclusos.

Sobre la temática abordada se ha citado lo dispuesto en tratados internacionales suscritos por El Salvador, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual, en su artículo 10, establece que las personas privadas de libertad serán tratadas humanamente; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas que se encuentran detenidas (artículo 5).

Así también se ha hecho referencia al principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día trece de marzo de dos mil ocho, que indica que las personas privadas de libertad tienen derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial así como el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos.

Dicho principio también señala que el Estado debe garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública.

Es por ello que la protección a la integridad y a la salud de las personas detenidas no solo está reconocida de forma expresa en una disposición constitucional (art. 65) sino también a través de normas de derecho internacional que El Salvador debe cumplir de buena fe –ver en igual sentido sentencia HC 147-2012 de fecha 23/10/2013–.

V. La pretensión planteada en este proceso constitucional contiene reclamos en relación con las autoridades penitenciarias del Centro Penal de San Miguel, a quienes atribuye no haber atendido sus constantes peticiones de recibir atención médica especializada, lo que ha generado que su padecimiento de la vista haya avanzado al grado de perder la vista de su ojo derecho, con grave riesgo de avanzar a su ojo izquierdo.

Asimismo, atribuye al Juzgado Especializado de Sentencia de San Salvador que, a pesar de haber recibido los resultados de examen médico forense que indicaba que la favorecida debía ser evaluada urgentemente por un médico retinólogo, ello no se cumplió.

1. *A.* En relación con la mencionada autoridad judicial debe decirse que, de acuerdo con lo que consta en la documentación incorporada a este hábeas corpus, el día 31/3/2014 la señora […] fue detenida provisionalmente por atribuírsele delitos de extorsión y agrupaciones ilícitas.

Por medio de resolución de fecha 7/8/2014, el Juzgado Especializado de Instrucción de San Miguel fue informado por el defensor de la imputada […], que

esta se encontraba en control permanente en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), por padecer grave enfermedad que puede provocar pérdida total de la función visual del ojo derecho y que la falta de medicamentos y atención médica oportuna generó el avance del padecimiento, quien ha perdido parcialmente la vista del mencionado ojo, por lo cual solicitó su evaluación por especialistas del Instituto de Medicina Legal. Dicha petición fue resuelta en audiencia celebrada el día 21/8/2014, en la que se ordenó la práctica de lo requerido y se libraran los oficios respectivos para el traslado de la imputada.

A su petición agregaron constancia del ISSS, en el cual se establece que la favorecida permaneció en tratamiento en la especialidad de oftalmología, desde el 17/1/2011 hasta el día 17/1/2014, por el diagnóstico de "toxoplasmosis en ojo derecho, por lo que fue intervenida quirúrgicamente el día 11 de junio de 2012, practicándosele Vitrectomía + Membranectomía en Ojo Derecho" (sic); extendida el 12/8/2014.

El peritaje se practicó el día 26/8/2014, por el médico […] y se señaló "... manifiesta la reconocida que tiene tres años de haber sido diagnosticada por toxoplasmosis ocular, y que está en control en el Hospital de Especialidades del ISSS con retinóloga y en Oncología, medicada con Darapryn, una tableta cada 12 horas, más ácido fólico, una tableta cada día; comenta que perdió la cita con el oncólogo y que tiene cita en octubre el presente año con Retinóloga; al momento refiere que ha perdido la visión con el ojo derecho, "que ve bastante empañado" y que presenta dolor y ardor en ambos ojos. EXAMEN FÍSICO: Al momento consciente, orientada en tiempo, lugar y persona; se observa leucocoria (pupila blanca) en ojo derecho; globo ocular de aspecto inflamado, refiere dolor ocular. Respecto del Examen Físico sin anormalidades (...) CONCLUSIONES: Después de haber examinado a la paciente, quien presentó los hallazgos ya descritos, soy de la opinión que debe ser referida con prontitud para evaluación y manejo adecuado por médico retinólogo en Hospital de Especialidades del ISSS San Salvador" (sic).

En audiencia realizada el 29/8/2014 se ordenó la celebración de juicio en contra de la incoada, por delitos de receptación y agrupaciones ilícitas y el proceso fue remitido al Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel.

El día 8/10/2014, los defensores de la favorecida solicitaron al Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel la celebración de audiencia especial de revisión de medidas cautelares a favor de la señora […].

Dicha diligencia se efectuó el 21/10/2014 y en ella se sustituyó la detención provisional por medidas cautelares diferentes, tomando en cuenta, entre otros aspectos, la situación advertida por el médico forense en cuanto a la condición de salud de la imputada. Esta última continuó en privación de libertad, debido al efecto suspensivo.

La decisión judicial fue apelada por la fiscalía y la Cámara Especializada de lo Penal revocó, a través de resolución de 2/12/2014, la sustitución de la detención provisional y consideró que esta última debía continuar, además calificó los hechos atribuidos como delito de extorsión y no de receptación; lo cual fue informado al Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel el día 12/12/2014.

B. Esta sala analizará, por tanto, si el comportamiento del referido juzgado especializado de sentencia ha vulnerado el derecho a la salud y a la integridad física de la señora […].

Según lo advertido en el expediente penal, el 26/8/2014 un perito del Instituto de Medicina Legal llevó a cabo un examen médico de la favorecida […], en el cual determinó que, por el padecimiento que presentaba, debía ser remitida, con prontitud, a evaluación con retinólogo del ISSS.

En audiencia celebrada el 21/10/2014 por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel, dicha sede judicial retomó los resultados del examen pericial y con base en ello, entre otros aspectos, sustituyó la detención provisional de la indiciada por otras medidas cautelares. Sin embargo, dejó en suspenso su puesta en libertad durante el plazo para recurrir.

A pesar de que, según sus propias consideraciones no podía hacer cesar la privación de libertad de la señora […], no se advierte que realizara actuación alguna para dar cumplimiento a lo indicado por el médico respectivo, en cuanto a remitir con prontitud a la favorecida a un retinólogo.

De manera que, cuando fue promovido este proceso constitucional, el día 27/11/2014, no consta que el juzgado mencionado hubiera realizado alguna actuación en relación con dicha situación.

Fue hasta el día 18/12/2014, según afirmaciones de la autoridad judicial y del Director del Centro Penal de San Miguel, que la primera requirió al segundo efectuar las gestiones para el cumplimiento de la indicación médica aludida, así como llevar a cabo cualquier actuación necesaria para estabilizar la condición de salud de la procesada; ello se corrobora con el oficio 8260.

Es decir, la autoridad judicial dejó pasar casi dos meses desde que detectó que la procesada tenía un padecimiento el cual requería atención inmediata hasta llevar a cabo acciones para que fuera atendida por un especialista. No se ha expuesto, ni en el proceso penal ni en el informe de defensa rendido en este proceso constitucional, justificación sobre la pasividad demostrada por el juzgador durante dicho período ante una situación que debía atenderse, se insiste, con prontitud, según el diagnóstico del médico forense, con el objeto de que su salud y su integridad física no siguieran desmejorando.

Esa omisión injustificada por parte del Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel, por tanto, vulneró los derechos a la salud y a la integridad física de la señora […] y, en consecuencia deberá declararse ha lugar el hábeas corpus solicitado a su favor.

2. Corresponde analizar el comportamiento de las autoridades del Centro Penal de San Miguel.

A. De acuerdo con el expediente médico de la interna […], específicamente en documento titulado Hoja de anotación de enfermería, se señala “fecha 15/05/14. Hora 18:50. Anotaciones: conciente y orientada, no alérgico a ningún medicamento (...) manifiesta padecer de toxoplasmosis ocular desde hace 3 años con tto ya indicado. Se le orienta sobre cuidados a seguir” (sic). El cual está suscrito por técnico en enfermería.

Con posterioridad consta que pasó consulta los días 1 y 8 de agosto de 2014. Aunque las anotaciones de la primera son completamente ilegibles, en la

segunda se señala “refiere ardor ocular leve + dolor leve. Antec. de toxoplasmosis ocular. Dx: Toxoplasmosis ocular”. Luego se señala el contenido del plan a seguir, que también es incomprensible y se indica “Gral x retinología”.

Según informe del director del mencionado centro penal, hasta el día 18/12/2014 se tuvo acceso a los resultados del examen pericial de la señora […], al cual se ha hecho referencia en el apartado precedente. Sin embargo, con fecha 17/12/2014, la favorecida había sido llevada al Hospital San Juan de Dios de San Miguel, donde fue atendida en el área de oftalmología por presentar cuadro de catarata patológica, según constancia del doctor […], sin que conste información adicional al respecto”.

VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE SALUD E INTEGRIDAD FÍSICA DE LA FAVORECIDA POR FALTA DE ATENCIÓN MÉDICA

“*B.* De acuerdo con la documentación incorporada puede afirmarse que, desde el ingreso de la favorecida al Centro Penal de San Miguel, se tenía conocimiento sobre su padecimiento de toxoplasmosis ocular y que, al menos en una ocasión, en agosto de 2014, la interna consultó por ardor ocular y dolor leve, síntomas que se relacionaron con dicha condición.

Pese a ello, no fue sino hasta el día 17/12/2014 que la señora […] fue llevada al Hospital San Juan de Dios de San Miguel, donde fue atendida en el área de oftalmología.

Se desconoce por qué razón no había sido trasladada con anterioridad y no existe explicación de la autoridad demandada al respecto. En su informe de defensa únicamente manifestó que ha tenido controles en “Hospital Nacional”, siendo el último el día 17/12/2014; y que respecto al examen pericial de la favorecida se le informó el 18/12/2014.

Pese a ello, sobre la única consulta de la que hay evidencia es la del día diecisiete ya mencionada, tanto en la constancia extendida por el doctor […] como en la tarjeta para consulta médica del Hospital San Juan de Dios, San Miguel.

Este tribunal, por tanto, considera que, a pesar de tener conocimiento del diagnóstico de la beneficiada y de haber presentado sintomatología en relación con el mismo en agosto de 2014, cuando fue planteado este hábeas corpus el día 27/11/2014, la interna no había sido llevada a un médico especialista para su evaluación adecuada, sin que conste justificación de ello; lo cual se llevó a cabo hasta el día 17/12/2014. Lo anterior permite establecer la existencia de vulneración a los derechos a la salud e integridad física de la señora […], también en relación con omisión del Director del Centro Penal de San Miguel.

VI. En cuanto a los efectos de esta decisión debe indicarse que, estos consisten en provocar la superación de la situación determinada inconstitucional, en este caso relativa a la falta de atención médica especializada para la favorecida, en razón del padecimiento detectado y las prescripciones médicas correspondientes.

Ahora bien, la autoridad demandada ha manifestado que la beneficiada ha sido atendida en el área de oftalmología del Hospital San Juan de Dios, San Miguel. También expresó que tenía una cita para enero de este año en el Hospital

Nacional Rosales, en el área de oftalmología/oncología, respecto de lo cual no ha remitido información adicional a esta sala.

Por tanto, como efecto de esta decisión, debe continuarse la atención médica de la señora […], en cuanto a su padecimiento de toxoplasmosis ocular o cualquiera derivado de su condición, por profesionales especializados en el área respectiva, de acuerdo con las prescripciones correspondientes. Esta debe ser efectuada, de acuerdo con las necesidades de la favorecida, en los hospitales de la red pública nacional o en el ISSS, tomando en cuenta que en esta última institución se estaba atendiendo a la incoada antes de decretarse su restricción de libertad. Lo anterior sin perjuicio de la atención médica que debe proveerse por los doctores del centro penitenciario.

Asimismo debe tenerse en consideración que el perito del Instituto de Medicina Legal determinó que la interna debía ser evaluada por un médico retinólogo, en atención a su historia médica y lo encontrado en el examen físico, debiéndose verificar, por tanto, que esté siendo atendida por ese tipo de médico especialista que, según la aludida prescripción, es quien puede tratar adecuadamente su padecimiento.

Adicionalmente el director del establecimiento penitenciario deberá examinar, con base en las indicaciones médicas pertinentes, si las condiciones de reclusión de la favorecida están coadyuvando al deterioro de su estado de salud, en cuyo caso deberá buscar alternativas para superar dicha situación. Ello pues, según manifestaciones de la señora […] al juez ejecutor nombrado en este proceso, siente que le afecta el humo de cigarros que consumen otras internas.

La presente sentencia será remitida al Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Miguel, para que verifique el cumplimiento de los efectos dispuestos, ello en virtud de su función de "vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa" (artículo 35 de la Ley Penitenciaria)".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 518-2014, fecha de la resolución: 08/07/2015.

DERECHOS DE LOS MENORES QUE SE ENCUENTRAN CON SUS MADRES EN CENTROS PENITENCIARIOS

HIJOS DE MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD PUEDEN SER SUJETOS DE TUTELA

"3. Cabe en este apartado analizar si los hijos de mujeres privadas de libertad, que viven junto a ellas en centros penitenciarios, pueden ser sujetos de tutela por medio del referido hábeas corpus.

A. De acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley Penitenciaria "Las mujeres serán ubicadas en centros adecuados a su condición personal, siempre separadas de los hombres.

Los centros deberán contar con dependencias especiales para atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se procurará que el parto se realice en un establecimiento asistencial ajeno al Centro, y si el niño naciera en el establecimiento penal, no deberá constar esta circunstancia en su partida de nacimiento.

Las mujeres podrán tener en su compañía a sus hijos menores de cinco años. A, tal efecto, en los centros de mujeres se organizará un local destinado a guardería infantil" (cursivas propias).

A su vez, el artículo 249 del Reglamento General de la Ley Penitenciaria regula que la permanencia de dichos menores de cinco años en los centros penitenciarios deberá ser solicitada por la interna al Equipo Técnico Criminológico de cada centro penal, el cual, previo estudio de la personalidad de la madre y la situación familiar del menor, resolverá la petición de forma razonada.

Si se admite al niño, será analizado por un pediatra a su llegada, a efecto de determinar su estado de salud, y se le ubicará, junto a su madre, en el sector materno infantil del centro.

B. Es decir que, estos niños y niñas que pueden permanecer en el centro penal con su madre durante los primeros cinco años de vida, no lo hacen como consecuencia de la sanción impuesta a su progenitora que también los alcanza a ellos, pues tanto la detención provisional como la pena de prisión son medidas personalísimas que no deben trascender de quien las debe enfrentar, sino que lo realizan en virtud de la autorización de una autoridad competente que actúa de conformidad con lo establecido en la ley, todo lo cual tiene como base el derecho del niño y de la niña a conocer a sus padres y a ser criado por ellos, toda vez que no sea contrario a su interés superior –art. 78 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, LEPINA–.

De manera que no puede sostenerse que los referidos niños estén cumpliendo, junto a su madre, una privación de libertad como la que enfrenta esta, primero, como se indicó, porque la aludida medida cautelar o la pena de prisión no debe trascender de la persona a la que se le decreta y, además, porque su permanencia en el centro es voluntariamente requerida por su mamá.

Ahora bien, es innegable que los hijos de las internas se encuentran en un lugar en el cual, en términos generales, están confinados a espacios específicos y, mientras se mantengan en este, están sometidos a las reglas del centro penitenciario, adecuadas a su condición particular.

Ello, aunado a que están en un recinto estatal, destinado a resguardar personas que cumplen una auténtica privación de libertad lo cual, por tanto, impide que el Estado se desligue de lo que sucede respecto a ellos, en especial en relación con el respeto y garantía de sus derechos fundamentales, permite equiparar su situación particular, a efectos de tutela de su integridad personal por medio de este proceso constitucional, al caso de los detenidos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 11 de la Constitución.

Por tanto, este tribunal, está habilitado para conocer, a través del hábeas corpus correctivo, reclamos referidos a la vulneración de la integridad personal de los hijos de las internas que viven con ellas en centros penales".

AUTORIDADES PENITENCIARIAS DEBEN TENER EN CONSIDERACIÓN MARCO JURÍDICO QUE PROTEGE A LA NIÑEZ

"4**.** En relación con el tema que nos ocupa debe decirse que, en principio, las autoridades penitenciarias tienen, en relación con la integridad personal de

los niños que están junto a sus madres, las mismas obligaciones que respecto a los privados de libertad: deben asegurar que no sufran ninguna desmejora en sus condiciones física, psíquicas y morales; investigar y sancionar ataques a dicho derecho ya sea proveniente de funcionarios y empleados, como de otras personas que están en el mismo recinto, incluso de sus propias madres; procurar la conservación y el restablecimiento de su estado de salud a través de atención médica regular y adecuada e incluso especializada cuando sea necesario; proveer la alimentación indicada tomando en cuenta su edad y su estado de salud; así como implementar otras medidas que prevengan y restauren desmejoras en todos los aspectos que comprenden su integridad personal.

Sin embargo, en el caso de los niños, debe tomarse en cuenta su condición específica para determinar qué medidas son las necesarias para proteger su integridad en tanto se trata de seres humanos que se encuentran en un proceso de desarrollo y formación física, psíquica y social.

Por tanto, las autoridades deben tener en consideración todo un marco jurídico referido a la protección de los niños.

El artículo 34 de la Constitución, por ejemplo, señala que “Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.

La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia”.

El artículo siguiente indica, en su primer inciso, que “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de estos a la educación y a la asistencia”.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia también comprende una serie de disposiciones relacionadas con los derechos de los niños y adolescentes y las obligaciones que tienen tanto los padres como las instituciones estatales competentes y, en general, la sociedad. Entre ellas, el artículo 37, señala “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.

En consecuencia, no podrán someterse a ninguna modalidad de violencia, tales como el abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes.

La familia, el Estado y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su derecho a la integridad personal”.

El artículo 38 señala qué debe entenderse por maltrato. En su inciso 3° regula “Se considera asimismo como maltrato el descuido del cumplimiento de las obligaciones relativas a la prestación de alimentación nutritiva y balanceada, atención médica, educación o cuidados diarios..”.

Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), adoptadas por la Asamblea General de la ONU, tienen disposiciones específicas en relación con, entre otros temas, privadas de libertad y los hijos que viven con ellas en el centro penitenciario, concretamente sobre

medidas relativas a higiene, atención médica, salud, alimentación y trato de los menores.

La regla 5 señala que "Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con los medios y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación".

La regla 9 señala la necesidad de practicar un reconocimiento médico a los niños que se encuentren con las reclusas, de preferencia por un pediatra, a fin de determinar sus necesidades médicas y el tratamiento, si procede, para proporcionar la atención médica adecuada.

Además, de acuerdo con lo establecido en la regla 48, se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual así como no se impedirá que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello.

Los niños no serán tratados como reclusos y la decisión de permitir que permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en su interés superior, según la regla 49.

Además, los hijos de las reclusas tendrán acceso a servicios permanentes de atención de salud y su desarrollo estará sujeto a la supervisión de especialistas –regla 51–.

De manera que las autoridades penitenciarias, para el caso, deben tomar en cuenta las referidas previsiones así como otras contenidas en dichos instrumentos legales y en cualquier otro relacionado con el tema de menores y de los derechos de los hijos de reclusas que viven con ellas, para determinar el alcance de estos y de sus deberes en relación con ellos".

AUTORIDADES PENITENCIARIAS DEBEN VELAR PORQUE, EN ESPECIAL, LAS MADRES Y LOS HIJOS QUE VIVEN DENTRO DEL CENTRO PENAL, TENGAN ACCESO A AGUA EN CANTIDADES SUFICIENTES PARA BEBER Y PARA SATISFACER SUS NECESIDADES DE HIGIENE

"VI. Debe, entonces, analizarse el supuesto planteado por la pretensora.

Esta manifiesta que […] y [...] –de cinco y tres meses de edad cuando se promovió el hábeas corpus– son hijas de dos internas del Centro de Readaptación para Mujeres de Ilopango y viven junto a ellas. Sin embargo, a las bebés se les niega alimentación especial para recién nacido, no se les entregan pañales, ropa ni "accesorios que tiene que tener cada menor". Así también el agua está racionada; todo lo cual, considera, pone en peligro su salud y su vida.

De acuerdo con lo que consta en los informes de las autoridades demandadas –el Director General de Centros Penales y la Directora del Centro de Readaptación para Mujeres en Ilopango–, así como lo constatado por el juez ejecutor licenciado Óscar Oswaldo Campos Molina, las favorecidas están ubicadas en el sector materno infantil del referido centro penitenciario, en el cual duermen, junto a sus madres, en camas destinadas para tal efecto. Ambas niñas cuentan

con mosquiteros, ropa de cama, biberones, toallas, juguetes, pañales desechables y de tela, medicinas genéricas y una hamaca cada una para que puedan descansar. Cabe añadir que lo anterior no solo fue verificado por el juez ejecutor sino también confirmado por las madres de las niñas, con quien dicho delegado de este tribunal manifestó haberse comunicado en su visita al centro penal [...] y [...] recibieron, durante los primeros seis meses de vida, lactancia materna de forma exclusiva y, con posterioridad su dieta fue complementada con otro tipo de alimentación como cereales, alimentos en papilla y verduras, según lo manifestado por el juez ejecutor y lo que consta en los informes de las autoridades demandadas sustentados en los menús aprobados por la Dirección General de Centros Penales, que no han sido controvertidos en este proceso.

Sobre la lactancia materna proporcionada de forma exclusiva a las menores hasta sus seis meses, debe decirse que esta tiene sustento en lo dispuesto en la Ley de promoción, protección y apoyo a la lactancia materna que regula, en su artículo 1, que su objeto es "establecer las medidas necesarias para promover, proteger y mantener la lactancia materna exclusiva, hasta los seis meses y lactancia prolongada hasta los dos años de edad, asegurando sus beneficios y aporte indispensable para la nutrición, crecimiento y desarrollo integral del lactante. También regula la comercialización de sucedáneos de leche materna".

El artículo 2 establece el derecho de los niños y niñas a la lactancia materna en condiciones que garanticen su vida, salud, crecimiento y desarrollo integral.

Asimismo, el artículo 29 de dicha ley, regula que el Ministerio de Salud tomará las medidas que sean necesarias para proteger y estimular la lactancia materna.

De manera que, si no existen impedimentos para que su madre le suministre lactancia materna a los bebés, la decisión de las autoridades de que se les proporcione a estos, de manera exclusiva, hasta los seis meses de edad, tiene sustento en lo dispuesto en la referida ley especial que, a su vez, está cimentada en el reconocimiento de las ventajas que representa este tipo de alimentación para la nutrición, crecimiento y desarrollo de los niños.

Es así que dicha alimentación, según se observa en los dictámenes periciales de los doctores [...], ha sido adecuada para las niñas, pues de acuerdo con su opinión médica, con fundamento en el examen físico y lo que consta en sus expedientes clínicos, han tenido un crecimiento y desarrollo dentro de los límites normales para su edad, como reflejo de una alimentación y cuidados adecuados que se les han proporcionado. Además determinaron que están clínicamente estables, sin adolecer de enfermedades agudas o crónicas que pongan en riesgo su estado de salud.

Por lo que, las menores no solo han tenido acceso a implementos básicos que, sin duda, coadyuvan a asegurar su buen estado de salud física y mental, como pañales, biberones, toallas, lugares adecuados para su descanso junto a sus madres, ropa de cama, protección en contra de insectos e incluso juguetes para su entretenimiento; sino también han recibido una alimentación adecuada para sus edades, desde que exclusivamente se les proporcionaba lactancia materna hasta que su dieta fue complementándose con otros alimentos debido a su desarrollo. Tampoco –y aunque este tema no ha sido reclamado en este hábeas corpus– hay evidencia de desmejoras en su salud como efecto de alguna actua-

ción u omisión de los encargados de su cuido y atención médica, al contrario han sido controladas por una pediatra y los padecimientos que han presentado han sido tratados. Todo lo anterior permite sostener que no ha existido vulneración a su derecho de integridad personal.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación de la solicitante de que el agua para las bebés es racionada, debe decirse que ni las autoridades demandadas ni el juez ejecutor se pronunciaron al respecto. Esta sala ordenó un período probatorio y tampoco la pretensora presentó pruebas sobre dicho aspecto u otro relacionado con su reclamo.

Esta última tampoco explicó de qué manera estaba limitada el agua para las bebés.

Tomando en cuenta que la limitación de agua no necesariamente implica un impacto negativo en el derecho de integridad personal de las niñas, pues pueden existir tantas variantes respecto al tema que pueden representar una situación sin mayor relevancia o, por el contrario, grave; -que no consta que las madres de las niñas hayan mencionado dicho aspecto al juez ejecutor; que las niñas se encuentran clínicamente estables, como reflejo de una alimentación y cuidados adecuados; y que, la misma solicitante, al momento de habilitarse el período probatorio, no propuso prueba alguna al respecto, este tribunal determina la inexistencia de un racionamiento de agua que haya afectado la integridad personal de las favorecidas y, en consecuencia, debe declararse no ha lugar al hábeas corpus, también respecto a dicho punto de la pretensión.

Lo anterior sin perjuicio la obligación de las autoridades penitenciarias de velar porque, en especial, las madres y los hijos que viven dentro del centro penal, tengan acceso a agua en cantidades suficientes para beber y para satisfacer sus necesidades de higiene personal y de los implementos que utilizan, sobre todo para los bebés y niños".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 162-2014, fecha de la resolución: 01/07/2015.

DESAPARICIÓN FORZADA EN EL CONFLICTO ARMADO

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

"1. A partir de la sentencia emitida el día 20/3/2002, en el HC 379-2000 se consideró que forma parte de la competencia de este tribunal en el proceso de hábeas corpus, examinar pretensiones relativas a desaparición forzada de personas, ya que constituye una privación arbitraria de la libertad, cualquiera que sea su forma –generalmente llevadas a cabo sin ningún tipo de orden judicial, administrativa, etc. – o motivación, realizada por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con el beneplácito del mismo.

Dicha privación de libertad va seguida de desinformación o negativa de proporcionar datos que permitan la localización de la persona, por parte de los señalados como responsables o de quienes deberían brindarla, a fin de mantener oculto el paradero del afectado y evitar que se lleve a los autores ante las autoridades encargadas de determinar su responsabilidad.

En la jurisprudencia constitucional se han retomado pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual de manera consistente, en distintas declaraciones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias, ha señalado que constituye una afrenta a la dignidad humana y una violación grave y flagrante de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y detallados en otros instrumentos internacionales en la materia, así como una violación de las normas de derecho internacional, y que, como se proclama en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ningún Estado cometerá, permitirá o tolerará las desapariciones forzadas –v. gr. resolución 59/200, aprobada el 20 de diciembre de 2004-.

En el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas se define este tipo de agresión como "la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agente del Estado o por persona o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado seguida de falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes" –Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, vigésimo cuarto período ordinario de sesiones/ junio de 1994–".

CARACTERÍSTICAS DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS

"Se puede concluir, entonces, que las desapariciones forzadas de personas se caracterizan por la arbitrariedad e irregularidad en la privación de libertad; también por la clandestinidad y secreto –aunque no generalizado– con el que operan los grupos militares o paramilitares, corporaciones policiales, e incluso organizaciones civiles, responsables de la privación ilegal de la libertad; la que va seguida de la desinformación o la negativa de proporcionar datos que permitan la localización del afectado por parte de los señalados como responsables o de quienes deberían brindarla, a fin de mantener oculto su paradero y evitar que se lleve a los autores ante las autoridades encargadas de determinar su responsabilidad, por lo que se mantiene a los familiares de aquella en una total ignorancia sobre la suerte de quien ha sido sometido a restricción.

2. La práctica de desapariciones forzadas está ligada a la vulneración de diversos derechos fundamentales. No obstante la competencia de esta sala en el proceso de hábeas corpus se limita a analizar vulneraciones a la libertad física y a la integridad personal de los detenidos, debe reconocerse que se trata de una actividad pluriofensiva y continuada, que afecta tanto a la persona privada de libertad –cuyo derecho puede protegerse a través del hábeas corpus– como a sus familiares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), referente regional cuya competencia contenciosa ha sido aceptada por El Salvador, ha sostenido que la desaparición forzada implica "un craso abandono de los principios esenciales en los que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" y ha identificado al menos cuatro derechos de la persona desaparecida que

pueden resultar indudablemente lesionados: la vida, integridad personal, personalidad jurídica y libertad personal, todos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos –caso *Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24/2/2011, párrafo 74–.

Sobre el derecho a la vida ha indicado "... por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida. Además, el Tribunal ha establecido que la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio..." –caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27/2/2012, párrafo 185–.

Respecto a la integridad personal señala "...la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva representa un tratamiento cruel e inhumano (...) en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención..." –caso *Radilla Pacheco vs. México.* Sentencia de 23/11/2009, párrafo 153–.

En relación con la personalidad jurídica, el tribunal regional expresa "... en casos de desaparición forzada de personas se viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos..." –caso *Gelman vs. Uruguay* ya citado, párrafo 92–.

Finalmente, en cuanto a la libertad personal la CoIDH ha afirmado contundentemente "... la privación de libertad con la que inicia una desaparición Forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al artículo 7 de la Convención Americana [derecho a la libertad personal]..." –caso *Gudiel Álvarez vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20/11/2012, párrafo 198–".

SALA DE LO CONSTITUCIONAL HABILITADA PARA ANALIZAR LAS PRETENSIONES

"Este tribunal, que por mandato constitucional conoce, en procesos de hábeas corpus, de lesiones a los derechos fundamentales de libertad personal e integridad personal de los detenidos, como se indicó, por tanto, se encuentra habilitado para analizar pretensiones en las que se alega desapariciones forzadas, ya que, identificadas las circunstancias más comunes que acompañan este tipo de actuaciones arbitrarias, es indiscutible que tal práctica está necesariamente vinculada a violaciones a tales derechos; por cuanto, de acuerdo a lo establecido en los párrafos que anteceden, inicia con una restricción obligada de libertad y la misma se mantendrá como real, hasta en tanto no se localice a la persona.

3. Las notas que caracterizan a este tipo de privaciones de libertad no solo permiten identificar su concurrencia sino que también evidencian la dificultad para comprobar su acaecimiento, pues generalmente se carece de elementos

de prueba directos que permitan la determinación inequívoca de la vulneración invocada.

Esta dificultad surge, precisamente, por las peculiaridades de este tipo de hechos que, como se ha señalado, se distinguen por la arbitrariedad e irregularidad en la privación de la libertad de la víctima, la que va seguida por un patrón sistemático de desinformación por parte de los presuntos responsables de la comisión del hecho, así como por parte de las personas encargadas de brindar la información solicitada, situación que impide la localización de la persona privada de su libertad.

Sin embargo, a efecto de superar ese obstáculo probatorio, los tribunales internacionales cuya labor se centra en la defensa y en la promoción de los derechos humanos, han desarrollado criterios jurisprudenciales en aquellos casos en los que se ha invocado este tipo de prácticas violatorias y, además, en los que no ha existido prueba directa que respalde los hechos alegados.

Así, la CoIDH, sostuvo en la sentencia relacionada al caso *Escher y otros vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 6/7/2009, párrafo 127, que es "legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos" –sentencia HC 203-2007 ac, de fecha 27/7/2011–.

Específicamente en materia de desapariciones forzadas ha manifestado que, por su propia naturaleza, requiere un estándar probatorio propio para declarar su existencia, agregando que no es necesaria prueba más allá de toda duda razonable, siendo "suficiente demostrar que se han verificado acciones y omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por este" –caso *Gelman vs Uruguay* ya citado, párrafo 77–.

Desde la emisión de su primera sentencia, ha sostenido que esa práctica, ya sea ejecutada directamente por agentes estatales o por personas actuando bajo su aquiescencia, obliga a valorar la prueba presentada por los denunciantes a partir de esa situación de complicidad estatal.

En ese sentido, en la sentencia vinculada al caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* afirmó que la "práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia". Sentencia de fecha 29/7/1988, párrafo 130.

Y es que, según el tribunal, la "prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas".

Esos argumentos invocados en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* han sido confirmados mediante reiterada jurisprudencia sobre el tema; así, por ejemplo, en el caso *Radilla Pacheco vs. México* sostuvo que, sin perjuicio que deban "obtenerse y valorarse otras pruebas, las autoridades encargadas de la investigación deben prestar particular atención a la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, que resultan de especial importancia cuando se tra-

ta de casos sobre desapariciones forzadas, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas". Sentencia referida a excepciones preliminares, fondo, costas y reparaciones, de fecha 23/11/2009.

Por otro lado vale resaltar que, según la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la desaparición forzada se configura cuando "se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley".

Esta definición de desaparición forzada ha sido retomada por la CoIDH en distintas ocasiones dentro de su jurisprudencia, tal como en la sentencia relacionada al caso *Gelman vs. Uruguay.*

En ese sentido, a partir de la desinformación que caracteriza a la desaparición forzada, así como la jurisprudencia pronunciada por el tribunal regional en cuanto a las dificultades enfrentadas por los denunciantes al intentar recabar y presentar elementos de prueba directos en esos casos, esta sala ha considerado que, efectivamente, la perpetración de esos crímenes, sobre todo en el marco de un conflicto armado, genera dificultades para la obtención y la producción de prueba directa dentro de un proceso de hábeas corpus y, por ende, ha estimado procedente adoptar el criterio delineado por ese tribunal internacional en esa materia.

Y es que, este tribunal, al igual que los distintos tribunales internacionales, tiene por finalidad proteger el derecho a la libertad personal frente a ataques de autoridades o particulares que lleven a su disminución o aniquilación, específicamente mediante los procesos de hábeas corpus y, por lo tanto, comparte su criterio en materia probatoria en casos de desapariciones forzadas.

Sin embargo, debe aclararse que tales dificultades no deben impedir la incorporación por parte de los peticionarios de prueba que, aunque no sea directa, analizada en su conjunto permita la determinación de la procedencia de otorgar la protección constitucional requerida –sentencia HC 203-2007 ac, ya citada–.

4. Siguiendo la aludida línea en cuanto a las características del estándar probatorio propio que debe de adoptarse en materia de desapariciones forzadas, esa sede judicial ha utilizado, para fundamentar sus decisiones, entre otros, los informes y resoluciones emitidos por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH).

Sobre ello se ha manifestado que esta institución, cuyo reconocimiento constitucional es uno de los logros de los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado acontecido en nuestro país, tiene como parte de sus atribuciones "velar por el respeto y la garantía a los Derechos Humanos" e "investigar, de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los Derechos Humanos" –artículo 194 ordinales 1° y 2° de la Constitución–, lo que ha sido rei-

terado en la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos –artículo 11 ordinales 1° y 2°–.

Es así que existe una función claramente señalada para este organismo, tendiente a proteger los derechos humanos de la población, para lo cual es requerida la práctica de diligencias que permitan determinar la existencia o no de vulneraciones a los mismos. Estas tienen su corolario en los informes y resoluciones que contienen la labor realizada, a efecto de ser puestos en conocimiento de las autoridades correspondientes y de la población en general y, de esa manera, impulsar el restablecimiento de los derechos de las personas a quienes les hayan sido transgredidos.

Entonces, dichos documentos surgen precisamente de esa obligación constitucional y legal dispuesta para dicha procuraduría en su labor de protección de los derechos humanos, con lo cual sus conclusiones son aportes fundamentales en la determinación de circunstancias como las expuestas por los peticionarios de este proceso constitucional.

Es por ello que esta sala ha considerado que constituyen elementos de convicción válidos para comprobar la procedencia de pretensiones planteadas, sobre todo cuando coexisten de manera consistente con otros elementos de prueba sentencia HC 203-2007 ac, arriba citada–".

DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS Y ESPECÍFICAMENTE DE NIÑOS Y NIÑAS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO EN EL SALVADOR

"2. En segundo lugar es de indicar, como se señaló en el considerando I de esta resolución, que todas las desapariciones forzadas sometidas a examen en este proceso constitucional, supuestamente han acontecido durante el conflicto armado en El Salvador y, específicamente, en el desarrollo de un operativo militar llevado a cabo en los meses de mayo y junio de 1982, en Chalatenango, que se denominó Operación Limpieza –también conocido como Guinda de Mayo–.

De acuerdo con el informe de la PDDH arriba citado, dicho operativo militar se efectuó en los municipios de Las Vueltas, San Antonio Los Ranchos, San José Cancasque, San Isidro Labrador, San Antonio La Cruz, Nombre de Jesús, Arcatao, Nueva Trinidad y San José Las Flores, todos del departamento de Chalatenango y fue ejecutado por los Batallones de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl y Belloso, así como por la Cuarta Brigada de Infantería, Brigada de Artillería y Fuerza Aérea, entre otras unidades militares de la Fuerza Armada, habiendo sido dirigido por el teniente coronel […] y en el cual participaron alrededor de 3,500 hombres.

El entonces Ministro de la Defensa Nacional, general […], tenía conocimiento del desarrollo de las operaciones y debió participar en la dirección del despliegue militar.

Las fuerzas militares del Ejército Salvadoreño forzaron el desplazamiento de los pobladores del sureste de Chalatenango hacia el rumbo norte y centenares de familias fueron sometidas a persecuciones prolongadas y angustiosas, "en condiciones de existencia infrahumanas".

Dentro del mismo se llevó a cabo el asesinato de más de un centenar de personas, mayoritariamente de la población civil, y se destruyeron viviendas, cultivos y enseres domésticos.

También se produjo la desaparición forzada de decenas de niños y niñas por parte de miembros del Ejército, los cuales fueron transportados en helicópteros y trasladados a diversos lugares, para luego ser entregados a la Cruz Roja o permanecer en manos de militares.

En informe pericial presentado por la perito […] también se afirma la existencia del operativo militar denominado Operación Limpieza o Guinda de Mayo y se señalan diversas características del mismo: se desarrolló en diversos puntos de Chalatenango, entre el 30 de mayo y el 8 de junio de 1982, por los Batallones de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl y Ramón Belloso, apoyados por la Cuarta Brigada de Infantería de El Paraíso, la Brigada de Artillería de San Juan Opico y la Fuerza Aérea Salvadoreña.

Se llevó a cabo en dos fases que incluían "campamentos subersivos": Rama Caída, Peñas el Alto, Peña Caída, Patamera, Cerro Iramón, El Almendrito y Santa Anita. Luego en Chichilco, El Conacaste, El Coyolar y El Gallinero; habiendo participado alrededor de 14,000 militares.

En este se efectuó la desaparición forzada de niños y niñas en diferentes cantones y puntos de los municipios de Arcatao, San Antonio La Cruz, Las Vueltas, El Carrizal, Ojos de Agua, Nueva Trinidad, San Isidro y Nombre de Jesús; algunos de los cuales no han sido localizados.

La Asociación Pro-búsqueda ha registrado al menos 53 casos de niños desaparecidos forzosamente en dicho operativo, 23 de los cuales fueron localizados; 4 estaban fallecidos y 3 fueron asesinados en el mismo lugar de su desaparición. Para llegar a dicha conclusión la perito ha realizado 60 entrevistas a familiares de niños y niñas desaparecidos, testigos anónimos, exmilitares y miembros de organizaciones públicas y privadas. "De estas, 40 entrevistas dan fe de que la Fuerza Armada fue la responsable de la captura y desaparición de niños y niñas".

Estos en su mayoría tenían entre 0 y 10 años de edad, eran privados de su libertad, durante el operativo militar y llevados a "La Sierpe" –también se ha denominado en documentación incorporada a este proceso como "La Cierpe"– y al Destacamento Militar número 1, Chalatenango. Algunos luego eran trasladados a orfanatos.

Con dicha información este tribunal tiene por establecido que durante el conflicto armado en El Salvador existieron desapariciones forzadas de personas y, específicamente de niños y niñas. Estas no fueron aisladas sino que formaron parte de un patrón sistemático y se llevaron a cabo, entre otros, en diversos operativos militares, algunos de gran escala. Dentro de estos se realizó uno denominado Operación Limpieza, también conocido como Guinda de Mayo, durante algunos días de mayo y junio de 1982, en varios municipios y cantones del departamento de Chalatenango, en el cual los miembros de la Fuerza Armada – específicamente los Batallones de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl y Ramón Belloso, apoyados por la Cuarta Brigada de Infantería de El Paraíso, la Brigada de Artillería de San Juan Opico y la Fuerza Aérea Salvadoreña– llevaron

a cabo desapariciones forzadas de personas y de varios niños y niñas, algunos de los cuales, hasta la fecha no han sido encontrados.

Algunos datos no coincidentes en la documentación de la PDDH y la proporcionada por la perito son, a criterio del tribunal, irrelevantes, al menos para tener por establecida su ocurrencia y lo relativo al patrón de desapariciones forzadas. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el número de militares que participaron.

Y es que la falta de información proporcionada por las autoridades correspondientes respecto a dicho operativo, tanto en el momento de su realización como en la actualidad, representa un obstáculo real para proponer datos exactos al respecto.

Determinado lo anterior con base en dicha prueba, debe decirse que las notas periodísticas ofrecidas por los demandantes con la misma finalidad, se presenta innecesaria, por constituir elementos sobreabundantes sobre un extremo de la pretensión que ha se ha considerado establecido".

FLEXIBILIDAD PROBATORIA QUE DEBE EXISTIR EN LOS CASOS DE DESAPARICIONES FORZADAS

"De acuerdo con el Código Procesal Civil y Mercantil, normativa supletoria aplicada para el trámite de los procesos constitucionales tal como lo ha sostenido reiteradamente esta sala, la forma para incorporar al proceso la declaración de personas que pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba, es a través de su comparecencia al proceso, debiendo rendir su testimonio ante el tribunal y con la presencia de las partes –artículo 354 y siguientes–.

Sin embargo, en este caso la señora […] no pudo presentarse a declarar por su edad avanzada y encontrarse en un estado de salud física y emocional deteriorada, la cual tiene vinculación directa con lo vivido en el conflicto armado y, concretamente, por haber sido víctima de la desaparición forzada de su hija.

Es así que, debido a la flexibilidad probatoria que debe existir en los casos de desapariciones forzadas, dadas sus propias características se estar seguidas de la ocultación y negativa de proporcionar datos sobre el paradero de las personas y a la dificultad en la obtención de prueba al respecto, este tribunal considera procedente la valoración de declaraciones juradas, tomando en cuenta que en ellas pueden evidenciarse indicios de lo sucedido, pero que deben complementarse necesariamente con otros elementos de prueba.

Así, en análisis de la prueba incorporada en relación con la desaparición de[…], puede establecerse que las divergencias existentes entre los distintos medios de prueba presentados no pueden descartar automáticamente que ella no haya sucedido.

Las diferencias respecto al lugar de nacimiento indicado en la PDDH, en relación con la que consta en el certificado de nacimiento, puede obedecer a una confusión con el lugar en el que la familia de la niña habitaba en el momento de su desaparición. […]

Esta sala, por tanto, habiendo analizado las inconsistencias mencionadas y existiendo explicaciones razonables de tales situaciones, según se indicó, consi-

dera que los datos coincidentes contenidos en la certificación de partida de nacimiento, en la información proporcionada por la PDDH y en la declaración jurada de la madre de la niña, son suficientes para tener por establecido que la niña[….] favorecida en este hábeas corpus, fue desaparecida involuntariamente, a manos de elementos militares que participaron en la Operación Limpieza en los meses de mayo y junio de 1982, cuando huía junto con su familia de la persecución militar, en los alrededores del río Sumpul, Chalatenango.

La última vez que la niña fue vista se encontraba en un lugar donde las personas fueron alcanzadas por militares y luego de ello fue buscada en dicho espacio y sus alrededores y no encontrada, lo cual, tomando en cuenta el patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y niñas en el conflicto armado y, concretamente, en el operativo militar Operación Limpieza, constituye el vínculo entre la sustracción de la beneficiada y la responsabilidad de agentes estatales en la misma. […]

En consecuencia, este tribunal pudo comprobar la existencia de los favorecidos, su desaparición, así como, la existencia de un vínculo entre esta y la práctica de desapariciones forzadas llevada a cabo durante la época del finalizado conflicto armado, específicamente respecto al operativo militar mencionado en el párrafo precedente.

Dicha conexión entre la desaparición de los beneficiados, en el contexto de una práctica sistemática de desapariciones forzadas, viene dado por la comprobación de que los niños, inmediatamente antes de su desaparición se encontraban en el lugar en el que miembros de la Fuerza Armada pertenecientes a distintos batallones y unidades militares, durante los meses de mayo y junio de 1982, provocaron la desaparición de varios menores.

Por lo que a partir de los datos existentes en el procedimiento tramitado por la PDDH, los cuales resultan concordantes entre sí y coincidentes que los datos que constan en los certificados de nacimiento de los niños, es dable sostener que la desaparición de los favorecidos ocurrió en el lugar y fecha indicados por los solicitantes, atribuible a miembros de la Fuerza Armada".

RESPONSABILIDAD ATRIBUIDA A LA FUERZA ARMADA SE MANTIENE VIGENTE, DEBIDO A LA PERMANENCIA EN EL TIEMPO DE LA DESAPARICIÓN Y LA DESINFORMACIÓN AL RESPECTO

"VI. Todas las desapariciones forzadas de los favorecidos son, como se ha venido sosteniendo en esta resolución, responsabilidad de la Fuerza Armada Salvadoreña.

Específicamente el inicio de dichas vulneraciones es posible atribuirse a los Batallones de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl y Ramón Belloso, apoyados por la Cuarta Brigada de Infantería de El Paraíso, la Brigada de Artillería de San Juan Opico y la Fuerza Aérea Salvadoreña, unidades militares identificadas como responsables de la Operación Limpieza, de acuerdo con informe de la PDDH y dictamen pericial de la perito […].

Actualmente, debido a su permanencia en el tiempo y el patrón de desinformación al respecto, estas también son responsabilidad del Ministro de la Defensa Nacional y del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada.

VI. Habiendo determinado que todos los favorecidos desaparecieron forzosamente en el operativo denominado Operación Limpieza, atribuido a la Fuerza Armada de El Salvador, y que ello ha provocado vulneraciones a su derecho de libertad física debe indicarse que, según se señaló con anterioridad, las desapariciones forzadas son comportamientos pluriofensivos que lesionan diversos derechos fundamentales, entre ellos la referida libertad. Pero además, según se ha expuesto en la jurisprudencia de la CoIDH, también transgreden el derecho de integridad personal. Este derecho, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 11 de la Constitución, también es tutelado a través del proceso constitucional de hábeas corpus.

Y es que este tipo de restricciones de libertad caracterizadas por una sustracción involuntaria de la persona y seguidas de su mantenimiento en tal situación, agravado por su separación del lugar y personas en relación con las cuales desarrollaba su vida, representan, por sí, aflicciones evidentes en los desaparecidos; en palabras del tribunal interamericano, el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva constituye un tratamiento cruel e inhumano, contrario al artículo 5 del Pacto de San José.

De manera que, no obstante el enfoque tradicional en los procesos de hábeas corpus en casos de desapariciones forzadas ha puesto énfasis en la vulneración al derecho fundamental de libertad física debido a que es el derecho principalmente afectado en estos casos, con apoyo en la jurisprudencia de la CoIDH y lo señalado en el artículo 11 inciso 2° de la Constitución, que establece que dicho mecanismo también tutela el derecho a la integridad personal de los detenidos, debe declararse también la lesión a este último derecho fundamental de los desaparecidos".

ESTADO DEBE FACILITAR EL ACCESO DE LOS FAMILIARES A LA DOCUMENTACIÓN BAJO CONTROL OFICIAL Y ASUMIR LAS TAREAS DE INVESTIGACIÓN Y CORROBORACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

"VIII. Esta sala también considera pertinente referirse a la actitud de las autoridades demandadas en este proceso constitucional.

1. Reiteradamente, el Ministro de la Defensa Nacional y el Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada, han negado tener información alguna sobre el operativo militar en el cual se llevó a cabo la desaparición de los favorecidos y sobre estos últimos.

Más allá de sus negativas y a pesar de solicitudes expresas de esta sala, no han proporcionado justificación de por qué carecen de cualquier información que pueda resultar útil para determinar lo sucedido en relación con los beneficiados de este hábeas corpus.

2. A través del juez […] esta sede judicial requirió la exhibición de los archivos de la Fuerza Armada. En la resolución respectiva se indicó que en este caso, al ser lo alegado la supuesta desaparición forzada de las personas favorecidas, atribuida al Ministerio de la Defensa Nacional y el Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada, es a estas instituciones a las que se pidió la remisión de datos objetivos sobre la existencia o no del operativo militar referido por los demandan-

tes; y se advertía desde esa decisión que no bastaba con negar su existencia sino que era necesario que se aportaran elementos objetivos que permitieran sostener la veracidad de tal información. Al respecto, las autoridades demandadas, de manera uniforme, se limitaron a expresar que no se tenían datos acerca de las personas favorecidas en este proceso constitucional, en sus archivos institucionales.

Posteriormente, en la resolución mediante la cual se ordenó la etapa probatoria, se hicieron consideraciones en las que se ponía de manifiesto la actitud mostrada por dichas instituciones al omitir el cumplimiento de lo decidido por este tribunal, en cuanto a demostrar de manera objetiva su desvinculación de las actividades relatadas por los pretensores, y se otorgó una nueva oportunidad para rectificar tal conducta; sin embargo, finalizado el plazo, los titulares de tales dependencias del Estado se limitaron a reiterar en términos idénticos a los de su primera intervención, su informe sobre los hechos que se les atribuyen.

Al respecto, se mencionó que el artículo 71 de la Ley de Procedimientos Constitucionales al hacer referencia a la facultad que esta sala posee de solicitar a la autoridad demandada el respectivo proceso o datos relacionados con el reclamo planteado, está otorgando la posibilidad para que este tribunal requiera e incorpore al proceso todos aquellos elementos probatorios que servirán para emitir un pronunciamiento de fondo y para garantizar los efectos materiales de su resolución –ver resolución de HC 39-2007 de fecha 1/10/2010–.

Particularmente, en materia de desapariciones forzadas, ya hay precedentes jurisprudenciales que han dispuesto que la práctica de dichas agresiones a la libertad física de las personas en el marco de un conflicto armado genera dificultades en la obtención y producción de prueba directa para determinar la estimación o no de la solicitud de hábeas corpus –ver resolución de HC 199-2007 de fecha 1/12/2010–.

Sin embargo, se sostuvo, tales dificultades no pueden verse acrecentadas por la postura de las autoridades demandadas al únicamente negar la existencia de datos respecto a los hechos investigados; ya que, se insiste, ello resulta insuficiente para considerar cumplida su obligación de dar respuesta a las peticiones que realice este tribunal.

Y es que la decisión de conocer el fondo de lo planteado en estos casos, tiene como principal propósito viabilizar el acceso a la jurisdicción constitucional e impedir que la protección de un derecho fundamental se vea obstaculizada por este tipo de circunstancias.

Por ello, resultaba imprescindible contar con material documental respecto a los hechos en cuyo contexto se alega ocurrió la desaparición de las personas favorecidas; o, en su defecto, determinar objetivamente la ausencia total de dicho material a partir de una justificación que así lo estableciera.

Sobre este último aspecto se indicó que, contar con los registros o archivos acerca de las actividades que realicen las distintas entidades que conforman el aparato estatal constituye una obligación que deviene precisamente del cumplimiento del principio de legalidad de la administración pública, contenido en el artículo 86 inciso 3° de la Constitución, en tanto que al ser los funcionarios de Gobierno delegados del pueblo, es necesario que para controlar su actividad se

tengan los insumos documentales que permitan la revisión del cumplimiento de tal mandato. Entonces, el ejercicio de ese control solo se explica a propósito de la existencia de datos objetivos que permitan verificar que dichos funcionarios han actuado conforme a sus atribuciones legales o, al contrario, si se han apartado de ellas y por tanto, corresponde establecer las consecuencias que la misma ley señale por tal conducta.

Lo dicho implica que la actividad de las autoridades demandadas en el marco del conflicto armado que vivió nuestro país, y en el que los pretensores han expuesto ocurrió la desaparición forzada de las personas favorecidas, debe contar con archivos que reflejen todos los procedimientos u operaciones militares que tuvieron lugar en ese período, a efecto de verificar qué actividades se desarrollaron y si alguna de ellas coincide o no con las fechas y lugares indicados por los demandantes.

Adicionalmente, se indicó que dentro de la normativa que regía las actividades y funcionamiento de la Fuerza Armada de El Salvador en la época en la que se alega ocurrieron los hechos planteados en este proceso constitucional, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional en su artículo 27 ordinal 8° señalaba que correspondía al Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada "Presentar oportunamente al Ministro de Defensa y Seguridad Pública, un informe de las labores realizadas en la Fuerza Armada, a fin de que le sirva de base para la elaboración de la memoria anual"; en ese sentido, en cumplimiento a dicha disposición debe existir un archivo institucional sobre las actividades castrenses efectuadas en el contexto histórico propuesto por los demandantes.

La obligación de archivo y registro de la documentación que establezca sus actividades continúa vigente en el Reglamento de Normas Técnicas de Control Interno Específicas del Ministerio de la Defensa Nacional, el cual prescribe en su artículo 49 bajo el acápite Archivo Institucional: "Cada Comandante, Director y Jefe de unidades y oficinas militares de la Fuerza Armada, deberá regular toda documentación de soporte que demuestre sus actividades, las que se mantendrán archivadas siguiendo un orden lógico y de fácil acceso y utilización. Deberán procurar además, la seguridad necesaria que la proteja de riesgos tales como: deterioro, robo y extravío ante cualquier siniestro".

Asimismo, a partir de la vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública se tiene un marco regulatorio respecto a la información de las actividades que desarrollan los entes obligados del Estado, entre ellos, los que figuran como autoridades demandadas en este proceso constitucional.

Así, se prescribe que dicho cuerpo normativo tiene como objeto "garantizar el derecho de acceso de toda persona a la información pública, a fin de contribuir con la transparencia de las actuaciones de las instituciones del Estado" –art. 1 -.

Debe destacarse que en esta legislación se prevé una clasificación de la información que debe considerarse reservada –artículo 19–; sin embargo, la misma disposición señala en su inciso final que "No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales...".

En ese sentido, se ha desarrollado un cuerpo normativo tendiente a garantizar el acceso de todas las personas a información estatal y se ha superado

cualquier restricción sobre la misma tratándose de investigaciones encaminadas a determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales, como es el caso del proceso constitucional de hábeas corpus, cuyo fin es precisamente el establecimiento de las vulneraciones a específicos derechos fundamentales que ya la Constitución ha definido.

Esto es consecuente con lo que se ha venido sosteniendo a nivel internacional respecto a la necesidad de contar con herramientas que permitan el acceso a información relativa a presuntas vulneraciones a derechos humanos; por ejemplo, en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el artículo 13° inciso 2° establece que: "los Estados velarán por que la autoridad competente disponga de las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo la investigación, incluidas las facultades necesarias para exigir la comparecencia de testigos y la presentación de pruebas pertinentes, así como para proceder sin demora a visitar lugares". En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, en aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos" visitó el país del 5 al 7 de febrero de 2007, y emitió el informe siguiente en el que expresó "...El Grupo de Trabajo hace un llamado a las autoridades competentes a poner a disposición de los interesados la información y documentación que aún pudiere mantenerse reservada, con el fin de fortalecer los resultados de hallazgo de personas desaparecidas, todo ello en ejercicio del derecho a la información. Sobre este particular, el Grupo de Trabajo insta a la Asamblea Legislativa a que derogue aquellas disposiciones que impidan la realización de la presente recomendación, y emita un marco legal sobre transparencia y acceso a la información, que no sólo la hagan posible, sino también que establezca como, obligatorio que la información que resulte de utilidad para las investigaciones de casos de desapariciones forzadas sea puesta a disposición de las personas interesadas..".

Con base en ello, se consideró necesario requerir a las autoridades demandadas que exhibieran al delegado que este tribunal designó, toda la documentación que relacionada con los hechos descritos en las solicitudes de este proceso constitucional.

Dicha decisión de la sala tuvo como resultado la verificación de algunos libros, relativos a los meses de mayo y junio de 1982, del extinto batallón Ramón Belloso, entre ellos libros de órdenes y de enfermos.

A su vez se expresó al delegado de este tribunal, entre otros asuntos, que: en el Ministerio de la Defensa Nacional solo hay archivos que contienen diarios oficiales, órdenes generales, documentación administrativa sobre licitaciones, contrataciones y otras; no existen libros de "licenciaros, inventario, novedades ni otros que prescribe la Ordenanza del Ejército", debido a la desmovilización rápida de los batallones de infantería de reacción inmediata y los cuerpos de seguridad; no hay información sobre operativos militares, pues estos eran planificados sobre la marcha de los acontecimientos, ciado que se trataba de un "conflicto de movimiento". Específicamente, no se tiene documentación sobre operativos

militares en Chalatenango, de mayo y junio de 1982, pues la información era confidencial, secreta y se transmitía verbalmente.

Tampoco se encuentran las tablas de organización de equipo para el combate (TOE), en las que se indica el personal, armamento y la logística con la que se cuenta.

Información sobre privación de libertad de niñas y niños sobre la Fuerza Armada y, concretamente, de los favorecidos es inexistente.

3. A partir (le lo acontecido en este proceso constitucional, esta sala advierte que existe un comportamiento totalmente displicente del Ministerio de la Defensa Nacional y del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada, en torno a los casos de desaparición forzada reclamados mediante este hábeas corpus.

Esta se evidencia en la negativa, simple, respecto a proporcionar cualquier información relacionada con las desapariciones –que incluye tanto la práctica de las mismas durante el conflicto armado que ha sido reconocida incluso por instancias internacionales; el operativo militar Operación Limpieza, cuya existencia también ha sido afirmada por diversas instituciones como ya se indicó; y, más precisamente, en relación con el caso de cada uno de los favorecidos en este hábeas corpus–; la cual no se acompaña de prueba que justifique, si es que no se cuenta con alguna información al respecto, cuáles son las razones por las cuales no existe a pesar de tener obligación legal, vigente cuando iniciaron las desapariciones y actualmente, de tener ese tipo de registros.

Pero también en su actitud pasiva ante la alegada falta de información sobre comportamientos de graves violaciones a los derechos fundamentales que se atribuyen a esas instituciones y que fueron realizados hace más de treinta años, como lo es la práctica sistemática de desapariciones forzadas llevadas a cabo durante el conflicto armarlo desarrollado en El Salvador; pues aunque se expresa formalmente no contar con datos al respecto, no se advierte ningún esfuerzo por determinar lo sucedido.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha sido citada anteriormente en esta resolución, ha insistido en la necesidad de que las instituciones estatales realicen investigaciones serias sobre este tipo de violaciones a los derechos humanos, debiendo garantizar el mismo Estado que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables; especialmente si se tiene en consideración que la prohibición de las desapariciones forzadas tiene, desde hace mucho, carácter de *jus cogens.* Caso *Gómez Lund y otros ("Guerrilla do Araguaia") vs Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24/11/2010. párrafos 109 y 137.

Este deber de investigar, por supuesto, vincula a todas las instituciones estatales relacionadas, directa o indirectamente, con las vulneraciones y no solo se limita a la que, por mandato constitucional, tiene el deber de indagar hechos delictivos, en nuestro caso la Fiscalía General de la República.

Y es por ello que la Fuerza Armada, uno de los principales actores en el conflicto armado de El Salvador y que, por tanto, tiene información privilegiada respecto a lo acontecido en este, no puede sustraerse de su deber de proporcionar

información y de indagar los hechos y los responsables de graves violaciones a derechos humanos atribuidos a miembros de esa institución.

Esta obligación institucional debe exceder las simples negativas respecto a cualquier dato en relación con dichas violaciones –lo cual, por sí, no puede considerarse razonable, dado el rol principal de la Fuerza Armada en el conflicto, su deber de documentación y el reconocimiento público de diversas instituciones nacionales e internacionales respecto a diferentes hechos acaecidos durante el mismo que no puede justificarse que sigan siendo desconocidos– y representar investigaciones serias, imparciales y efectivas, *ex officio* y sin dilaciones para dejar de constituir simples formalidades destinadas desde el principio a ser infructuosas. *Caso Gómez Lund y otros vs Brasil* ya citado, párrafo 138.

Finalmente, en dicha sentencia se ha adicionado que "el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial (...) Alegar ante un requerimiento judicial (...) la falta de prueba sobre la existencia de cierta información, sin haber indicado, al menos, cuáles fueron las diligencias que realizó para confirmar o no su existencia, posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho" –párrafo 211–.

Esta sala ya ha señalado también, teniendo en cuenta las resoluciones del tribunal regional mencionado, que existen obligaciones específicas del Estado que no solo consisten en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Además, dado que el Estado tiene el deber de prevenir y hacer cesar las vulneraciones de los derechos fundamentales, la prevalencia del derecho a conocer la verdad es esencial para el combate a la impunidad y la garantía de no repetición de aquellas lesiones (sentencia de amparo 665-2010, de fecha 5/2/2014).

5. En conclusión, el comportamiento de las autoridades demandadas, evidenciado en este hábeas corpus, por tanto, contraría, no solo sus obligaciones legales, sino también los propios estándares construidos por la CoIDH y retomados por este tribunal, en materia de graves violaciones a derechos fundamentales y obstaculiza la labor de determinar qué sucedió con los favorecidos de este hábeas corpus.

Esta sala, por tanto, debe ordenar, para coadyuvar con la reparación de la vulneración a los derechos fundamentales de los beneficiados, que el Ministro de la Defensa Nacional y el Jefe del Estado Mayor Conjunto realicen indagaciones internas sobre las desapariciones forzadas de estos, llevadas a cabo en el contexto del patrón sistemático de desapariciones durante el conflicto armado vivido

en El Salvador, con el objeto de determinar lo sucedido con dichas personas y los responsables concretos desde el inicio de su desaparición hasta el momento actual en que se desconoce su paradero, para localizarlos y hacer cesar la lesión a sus derechos constitucionales. Tal actividad debe efectuarse, en sus archivos y registros o por cualquier medio legal que estimen procedente, debe tener las características señaladas en párrafos precedentes y sus resultados serán comunicados tanto a esta sala como a la Fiscalía General de la República".

FISCALÍA DEBE REALIZAR ACCIONES PERTINENTES PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN MATERIAL DE LOS FAVORECIDOS

"IX. Corresponde ahora referirse a los siguientes aspectos: 1) el efecto restitutorio de la sentencia estimatoria de hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas; 2) lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios públicos en el cumplimiento de la Constitución; y 3) la ejecución de las sentencias de hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas; aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Al respecto, debe decirse que ya este tribunal ha desarrollado cada uno de los temas indicados en las resoluciones de HC 197-2007 de fecha, 26/06/2009 y 198-2007 de fecha 25/11/2009, entre otras, así:

1. En términos generales, el efecto restitutorio de la sentencia estimatoria en materia de hábeas corpus es la puesta en libertad del favorecido o la orden del cese de restricciones a su derecho de libertad personal o integridad personal.

El artículo 72 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece: "Si la resolución fuese concediendo la libertad del favorecido, librará inmediatamente orden al Juez de la causa, o a la autoridad que hubiese restringido la libertad de aquél, para que cumpla lo ordenado, sin perjuicio de ordenar lo procedente conforme a la ley según el caso.".

Sin embargo, en casos relacionados con desapariciones forzadas, específicamente cuando estas acaecieron durante el finalizado conflicto armado, la sentencia estimatoria dictada en un proceso de hábeas corpus no puede tener un efecto restitutorio inmediato, no solo por el transcurso del tiempo, sino también por desconocerse, precisamente, el lugar donde la persona vulnerada en su derecho de libertad personal, se encuentra restringida del mismo, así como la autoridad o particular que al momento está ejerciendo la restricción.

2. En atención a la imposibilidad material de hacer cesar, en los hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas, la restricción ilegal o arbitraria al derecho de libertad personal, este tribunal no puede soslayar que para lograr el efecto restitutorio de la sentencia dictada, se requiere de la actuación de otras instituciones del Estado, ya que no es la Sala de lo Constitucional la que de forma exclusiva debe tutelar los derechos fundamentales.

Por ello, dada la existencia de un mandato constitucional para el Estado y sus diferentes instituciones, consistente en la promoción y respeto de los derechos fundamentales, en casos como el presente, se requiere de aquellas otras instituciones que cuentan con los instrumentos legales y técnicos para realizar una efectiva investigación de campo y científica, a efecto que sean estas las

que coadyuven a otorgar una tutela de carácter material y así establecer el paradero de personas desaparecidas, para el caso de todos los desaparecidos. Así, se tiene:

A. La Fiscalía General de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 193 ordinal 1°, 3° y 7° de la Constitución, le corresponde "Defender los intereses del Estado y de la sociedad; (...) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; (...) Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones..".

El artículo 18 literal m) de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República establece que son atribuciones del Fiscal General: "...nombrar comisiones o fiscales especiales para el ejercicio de sus atribuciones, oyendo al Consejo Fiscal".

Por tanto, es dable aseverar que la Fiscalía General de la República, cuenta de forma directa e indirecta con medios técnicos o científicos para coordinar investigaciones y entre sus atribuciones constitucionales y legales se encuentra representar a las víctimas para garantizar el goce de sus derechos –Art. 18 letra g) de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República–; por lo que tiene encomendada la función de llevar a cabo todas las acciones necesarias a efecto de establecer la situación material en este momento de los favorecidos.

Adicionalmente debe señalarse que la Fiscalía General de la República debe considerar la jurisprudencia de la CrIDH referida a las características de la investigación que debe efectuarse, en relación con violaciones de derechos humanos, a las que se hizo referencia en el considerando precedente.

Pero además, a los criterios de dicho tribunal que establecen, por un lado, que, "[e]n aras de garantizar su efectividad, la investigación debe ser conducida tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos, que ocurrieron en el marco de operativos de contrainsurgencia de las Fuerzas Armadas, y la estructura en la cual se ubicaban las personas probablemente involucradas en los mismos, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación" (caso Contreras y otros vs. El Salvador, párr. 146), y, por el otro, que "... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos..." (caso Hermanas Serrano Cruz vrs. El Salvador, párr. 172). Aunado a ello, este tribunal sostuvo en la sentencia del 26/9/2000, Inc. 24-97, que "...la amnistía [...] es aplicable únicamente en aquellos casos en los que el mencionado ocurso de gracia no impida la protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas, es decir cuando se trata de delitos cuya investigación no persigue la reparación de un derecho fundamental".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, entre las Unidades Técnicas y de Asesoría que dependen directamente del Fiscal General de la República, se encuentra el *Fiscal de Derechos Humanos* (arts. 6 y 34 del Reglamento Especial de la Fiscalía General de la República). Dicho funcionario, según información oficial alojada en el sitio web http://www.fiscalia.gob.sv y que, por lo tanto, es de libre acceso al público, es el responsable de apoyar la gestión del Fiscal General de la

República en lo que concierne a la efectiva aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en esa temática. Entre sus funciones, se encuentran las de asesorar al Fiscal General en materia de derechos humanos y de apoyar esfuerzos o mecanismos para defender los intereses del Estado en dicha materia. En ese sentido, el Fiscal General de la República cuenta con un funcionario idóneo para coadyuvar en la investigación y tramitación de casos complejos en los que se ven afectados gravemente los derechos fundamentales de las personas (sentencia de Amparo 665-2010 ya citada)".

CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA SUJETO A CONTROL POSTERIOR

"B. Es importante aludir que el contenido de la potestad jurisdiccional de esta sala no se agota con el dictamen de la decisión que reconoce la violación constitucional y que insta a la institución relacionada para que realice todas las acciones necesarias para encontrar a los favorecidos, ya que en casos como el ahora conocido, ello resulta insuficiente para dar entera satisfacción al derecho que se pretende tutelar.

Por dicha razón, a efecto de lograr la efectividad de las resoluciones de hábeas corpus, es indispensable mantener una intervención posterior a fin de dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la presente, sólo así se evitará que la misma se convierta en una mera declaración de violación al derecho de libertad física de los perjudicados; y, considerando que según lo dispone el artículo 172 de la Constitución a los tribunales que integran el Órgano Judicial corresponde la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esta sala se halla facultada para dar seguimiento al cumplimiento de su resolución, estableciendo los mecanismos de control que considere pertinentes, a efecto de garantizar que las instituciones llamadas a colaborar en la determinación de la situación material en que se encuentran los beneficiados, cumplan con ello.

Dicha investigación también contará con los insumos que remitan oportunamente el Ministro de la Defensa Nacional y el Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada, tal como se indicó en el considerando precedente".

PUBLICACIÓN CON RESTRICCIÓN RESPECTO A LOS DATOS PERSONALES

"X. Como aspecto final este tribunal advierte que, por medio de resolución de fecha 7/2/2014, se determinó que, para garantizar el resultado de este proceso y fundamentalmente para salvaguardar los derechos de las víctimas, sus representantes y quienes han sido ofrecidos para aportar elementos de convicción que permitan emitir la decisión definitiva de la pretensión planteada, era necesario ordenar la restricción de publicidad de las actuaciones de este proceso constitucional, incluidos sus datos personales que ya consten en el proceso o se incorporen con posterioridad al mismo, dado que, de conformidad con el artículo 6 letra a) de la Ley de Acceso a la Información Pública, estos constituyen información privada que puede ser objeto de protección para que únicamente tengan acceso a los mismos las partes acreditadas, salvo alguna excepción justificada.

Tomando en cuenta ello y que, a su vez, el conocimiento de las consideraciones plasmadas en esta sentencia por parte de la sociedad salvadoreña se considera importante por la relevancia de los temas aquí tratados, deberá autorizarse su publicación pero con restricción respecto a los datos que pueden servir para identificar a aquellos cuyos derechos se ha ordenado proteger a través de la reserva decretada".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 323-2012AC, fecha de la resolución: 10/07/2015.

Relaciones:

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 488-2014, fecha de la resolución: 11/12/2015.

DETENCIÓN PROVISIONAL EN CASO DEL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

AUTORIDAD JUDICIAL DEMANDADA, AL NO SUSTITUIR LA MEDIDA CAUTELAR DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL, CUANDO SE IMPUGNÓ LA RESOLUCIÓN DE SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL, ACTUÓ DE FORMA CONTRARIA A LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 354 PR.PN

"De modo que, en el presente caso, lo expuesto por el peticionario podría referirse a una probable inobservancia del principio de legalidad con incidencia en el derecho de libertad, pues se afirma que la autoridad judicial demandada ha mantenido en ejecución la medida cautelar de la detención provisional en contravención a lo dispuesto en la ley secundaria –cuando se dicta un sobreseimiento provisional a favor del procesado– por lo cual esta sala es competente para conocer del caso propuesto, pues todas las autoridades públicas deben someterse en sus actos al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable que rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley (v.gr. resolución HC 215-2010, de fecha 23/9/2011).

2. En cuanto al sobreseimiento provisional el Código Procesal Penal establece en el artículo 354 incisos primero y segundo, lo siguiente: *"El sobreseimiento definitivo o el provisional serán apelables (...) Si el delito tuviere un máximo de pena de prisión superior a tres años y se interpusiere apelación del auto de sobreseimiento, el juez deberá sustituir la detención provisional u otra medida cautelar, por una o varias de la medidas cautelares sustitutivas establecidas en este Código..".*

De tal forma que el legislador en la disposición relacionada señaló que al dictarse un sobreseimiento provisional sobre el cual se ha apelado, no es posible mantener la medida cautelar de la detención provisional más allá del plazo dispuesto para la interposición del recurso, pues expresamente ha indicado que esta debe sustituirse en el caso de delitos con pena superior a tres años, ello sin hacer referencia a ninguna excepción.

3. En el caso en estudio, según la certificación de los pasajes pertinentes del proceso penal agregadas a las presentes diligencias, se tiene el acta de fecha

7/9/2015, en la cual se hizo constar lo acontecido en la audiencia preliminar celebrada por el Juzgado de Primera Instancia de La Libertad en contra del encartado por atribuírsele el delito de "violación en menor o incapaz continuada".

En dicha acta, la autoridad mencionada refiere que a su criterio: "con los elementos de convicción obtenidos hasta la conclusión de la instrucción no se puede tener por establecido la existencia del delito así como tampoco no son suficientes para sostener razonablemente la probabilidad de la participación del imputado en el mismo (...) resuelve (...) sobreséase provisionalmente el procedimiento (...) decrétese el efecto suspensivo de la presente resolución a la espera que transcurra el termino para la interposición del correspondiente recurso..".

De dicho pronunciamiento consta que se recurrió en apelación por parte de la entidad fiscal, según escrito de fecha 11/79/2015; y las diligencias fueron remitidas a la cámara respectiva para dirimir dicho medio impugnativo, el cual se encuentra aún pendiente de resolución, según lo informó el juez ejecutor a esta sala.

A partir de los datos anteriores, por una parte se tiene, que en la audiencia preliminar la autoridad demandada decretó un sobreseimiento provisional a favor del procesado por el delito atribuido, pero no hizo cesar la referida medida restrictiva como lo ordena la ley, aun en caso de verificarse la impugnación de la decisión, refiriendo para ello el efecto suspensivo dispuesto para los recursos.

En primer lugar es de indicar, que el citado precepto legal que refiere el juzgador es una regla dispuesta de manera general para cualquier recurso, pero que en este caso debe verse en armonía con el ya citado artículo 354, que dispone que si el sobreseimiento dictado ha sido apelado, debe procederse a sustituir la aludida medida cautelar; es decir, la ley en el supuesto del sobreseimiento ha señalado que, la restricción únicamente puede mantenerse durante el tiempo dispuesto para la interposición de los medios impugnativos, y una vez recurrida tal decisión, mientras se tramita el recurso, a la persona cuya acusación no pudo ser sostenida, debe aplicársele una medida o medidas sustitutivas. Lo anterior, tiene sentido, precisamente, pues la razón del sobreseimiento, en estos casos, es porque el juez penal que conoce de la causa ha determinado la imposibilidad, por el motivo que él advierta, a ese momento, de continuar con la tramitación del proceso dada la insuficiencia de elementos que fundamenten la persecución penal; de ahí que el legislador disponga el cambio a una medida de menos intensidad en la afectación al derecho de libertad.

De tal forma que, la autoridad demandada, pese haberse determinado el cumplimiento del supuesto señalado en la norma –apelar la resolución la entidad fiscal en este caso– mantuvo la detención provisional decretada en contra del favorecido, como así lo informó el juez ejecutor, lo cual se corrobora en la resolución objeto de análisis.

Por tanto, esta sala ha determinado que la autoridad judicial demandada al no sustituir la medida cautelar de la detención provisional cuando se impugnó la resolución de sobreseimiento provisional, actuó de forma contraria a lo regulado en el artículo 354 Pr.Pn, y al haber fundamentado la continuidad de la restricción del procesado en una norma cuya excepción se cumple en el caso del sobreseimiento –como se dijo en párrafos precedentes– inobservó lo dispuesto en el artículo 13 inciso 1º de la Constitución, que precisamente instituye el deber de

las autoridades de dictar órdenes de restricción por escrito de conformidad con lo establecido en la ley; por tanto, con dicho proceder mantuvo sometido al señor C. A. a una privación de libertad que devino en ilegal, al haberse irrespetado el principio de legalidad y transgredido en consecuencia el derecho fundamental de libertad física del ahora beneficiado; y así debe declararse.

V. Como último aspecto es preciso determinar los efectos del presente pronunciamiento.

En primer lugar, debe recordarse que las medidas cautelares persiguen asegurar las resultas del proceso penal. Asimismo que, mientras no exista una decisión definitiva sobre la responsabilidad penal del imputado, la necesidad de resguardar el aludido fin se mantiene, pues el proceso continúa en desarrollo. De manera que, corresponde al juez o tribunal encargado del proceso acordar, a través de los mecanismos dispuestos en la ley, las medidas necesarias para asegurar las resultas del mismo, siempre que tal labor se efectúe tomando en cuenta los parámetros constitucionales dispuestos en esta decisión, en consideración de los elementos que consten en el proceso.

En ese sentido, es atribución del juez penal –y no de este tribunal, con competencia constitucional– emitir, a partir de la valoración de los elementos que obran en el proceso, las decisiones correspondientes que aseguren las resultas del mismo y la vinculación del imputado al proceso. Lo anterior, a través de las medidas coercitivas permitidas por el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, el reconocimiento realizado por esta sala únicamente puede generar la cesación de la actual restricción al derecho de libertad física derivada de la medida cautelar decretada, la cual como se dijo, una vez se ha apelado el sobreseimiento provisional esta ya no puede seguir surtiendo efectos en tanto la cámara respectiva resuelva, así que es obligación de la autoridad demandada al recibir la presente sentencia, que en procura de los otros intereses en juego en el proceso penal, se pronuncie de forma inmediata, de conformidad al procedimiento dispuesto en la ley, sobre la adopción de otras medidas señaladas en la ley –que permitan proteger el eficaz resultado del proceso correspondiente– hasta que dicha decisión no sea definida en la instancia superior".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 282-2015, fecha de la resolución: 30/11/2015.

DETENCIÓN PROVISIONAL

CUMPLIMIENTO EN UN LUGAR QUE NO TIENE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU INTEGRIDAD PERSONAL, VULNERA DERECHOS CONSTITUCIONALES

"*B.* Según la documentación incorporada a este proceso constitucional, el señor [...] […] fue capturado el 6/12/2011, desde esa fecha ha permanecido en las bartolinas de la delegación policial de San Vicente, cumpliendo la medida cautelar de detención provisional. El día 18/3/2014 se presentó la solicitud de este hábeas corpus, es decir más de veintisiete meses después de su captura, el señor […] aún permanecía en dicho lugar de reclusión, a ese tiempo debe agre-

garse el transcurrido hasta esta fecha, ya que si bien consta que la corporación policial informó mediante oficio 53/2014 del 8/9/2014 al Juzgado Especializado de Sentencia B de esta ciudad, que es factible el internamiento de dicha persona en el Centro Penal de San Vicente, no se tiene constancia que dicho traslado se haya realizado.

C. Ahora bien, sobre las condiciones en que el señor […] estuvo en dichas bartolinas policiales, debe decirse que, según las manifestaciones del pretensor, este no tenía un lugar apropiado donde dormir ni se le proporcionaba alimentación.

La Policía Nacional Civil ha reconocido, a través del jefe de la Delegación de San Vicente que dicha institución no cuenta con un presupuesto para dar alimentación a las personas que se encuentran recluidas en sus bartolinas y que el hacinamiento que existe es responsabilidad de los tribunales de justicia, ya que al ordenarse la detención provisional de los imputados omiten remitirlos a centros penitenciarios, no obstante que dichos tribunales son los encargados de velar porque los detenidos se encuentren en recintos adecuados para su internamiento y alimentación.

Si bien es cierto no se ha pronunciado específicamente en relación con cada uno de los aspectos que, según el peticionario, vulneraron la integridad personal del detenido, al manifestar, en general, no contar con las condiciones para que se mantengan personas en dichas bartolinas cuando fue cuestionado respecto a lo que se le atribuye en este hábeas corpus, ha reconocido a su vez las carencias señaladas por la abogada Esperanza Romero. Y es que la autoridad ha insistido en que los imputados deberían ser trasladados inmediatamente a un centro penitenciario cuando se les decreta la detención provisional o se les condena, ya que las bartolinas funcionan como un lugar para tenerlos de manera temporal “en depósito”.

Con las manifestaciones de la autoridad demandada se tiene por establecido que, durante su estadía en las bartolinas de la delegación policial de San Vicente, el señor Carlos Alberto […] no contó con un lugar para dormir ni se le proporcionó alimentación.

Este tribunal debe determinar si ello generó una lesión en el derecho a la integridad personal del favorecido. Para tal efecto, debe tomarse en cuenta tanto las características de las carencias reclamadas como el tiempo durante el cual el favorecido se mantuvo en tales condiciones.

Respecto al primer asunto debe decirse que el detenido ha enfrentado, durante su reclusión, la imposibilidad contar con un espacio e implementos para su descanso y tener garantizada su alimentación.

En relación con el segundo punto, desde el día en que se le capturó hasta la fecha de solicitud de este hábeas corpus, transcurrieron un poco más de veintisiete meses en los cuales enfrentó su reclusión en tales condiciones. Ello se ha prolongado hasta esta fecha ya que no consta que se haya hecho efectivo su traslado a un centro penitenciario.

Tomando en cuenta que el favorecido no tuvo acceso a prestaciones humanitarias básicas para garantizarla conservación de su estado de salud y su integridad personal, durante varios meses, esta sala considera que la restricción

a su libertad física en tales condiciones vulneró su derecho a la integridad física y psíquica.

Es innegable, entonces, que tales circunstancias acontecidas en el caso en examen, con las características señaladas, por sí mismas tienen la capacidad de repercutir en el desenvolvimiento normal de una persona en cuanto a su salud e integridad, no solo del señor […], sino, en general, de cualquier detenido que permanezca en tal situación, no pudiendo oponerse justificación alguna para negar la satisfacción de necesidades primarias como las denunciadas ante esta sala.

No debe dejarse de lado que, cuando una persona es sometida a reclusión por parte del Estado, se entabla una relación particular entre aquella y este, en la jurisprudencia constitucional se ha denominado relación de sujeción especial, en la cual debe asegurarse el disfrute de los derechos fundamentales del privado de libertad. Ella supone la existencia de deberes tanto de detenidos como de autoridades y, en relación con el tema de decisión, implica que estas últimas están obligadas a brindarles a los internos las condiciones mínimas para preservar su integridad personal, es decir, su integridad física, psíquica y moral; debiendo abstenerse de practicar medidas que vayan en detrimento de la dignidad de la persona reclusa (ver al respecto resolución HC 67-2005, de 5/3/2007).

Esta garantía de los derechos de las personas detenidas no tiene vigencia únicamente cuando estas ingresan en un centro penal, sino también cuando el Estado decide mantenerlas durante algún tiempo en lugares no destinados originalmente para la reclusión permanente de privados de libertad –como las bartolinas policiales o judiciales–, lo cual, aunque materialmente dificulte a las autoridades proporcionar todos los servicios básicos con los que se cuenta en un centro penitenciario –por no estar habitualmente creados para dicha función– no los exime de realizarlo, pues lo contrario implicaría hacer recaer en los privados de libertad las consecuencias de las carencias de las instituciones del Estado que solo a este corresponde solventar.

Ahora bien, lo anterior no implica avalar que los detenidos provisionalmente o las personas condenadas a penas de prisión cumplan dichas restricciones en instalaciones no destinadas por ley para ello. Respecto a los primeros, el Código Procesal Penal señala en su artículo 340 que el detenido provisional será alojado en establecimientos especiales, diferentes a los que se utiliza para condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados. A su vez, en la Ley Penitenciaria –en la cual, según su artículo 1, se regula, entre otras cuestiones, la aplicación de la detención provisional– se establece que los centros penitenciarios preventivos están “destinados exclusivamente a la retención y custodia de detenidos provisionalmente por orden judicial” (artículo 72). Es así que, quienes cumplen dicha medida cautelar, deben hacerlo en dichos recintos.

Esto último no constituye una formalidad regulada en la ley, sino que, en definitiva, permite de mejor manera el ejercicio y la satisfacción de los derechos fundamentales de aquellos, como su integridad personal, debido a que se trata de centros acondicionados para que los privados de libertad desarrollen su vida sin más limitaciones que las propias de su situación de restricción. Es así que, las personas en contra de quienes se ha decretado la aludida medida cautelar,

deben ser trasladadas inmediatamente a uno de los lugares que según la legislación han sido creados para tal fin: los centros penitenciarios de prevención, entendido esto por lugares destinados exclusivamente para detenidos provisionalmente o aquellos donde existen condenados y detenidos, con la debida separación entre ellos.

De manera que, no obstante ser inaceptable que el señor […] haya permanecido hasta esta fecha en una bartolina policial, pues legalmente correspondía su ingreso a un centro penal, esto no implica que deben desconocerse los derechos que como persona privada de libertad le reconoce la Constitución y las leyes y que por lo tanto debían garantizársele, aún estando en un lugar no destinado para albergar permanentemente a detenidos –ver resolución de HC 155-2012 del 2/10/2013–.

D. Este tribunal debe referirse específicamente a la autoridad o autoridades responsables de la vulneración constitucional acontecida.

En primer lugar es preciso aludir a la sede judicial encargada del procesamiento penal del imputado al momento de la promoción de este proceso constitucional era el Tribunal de Sentencia de San Vicente y, en la actualidad, el Juzgado Especializado de Instrucción B de San Salvador.

Si bien consta que esta última autoridad judicial solicitó el 23/9/2014 al Inspector General de Centros Penales que autorizara el ingreso del favorecido a un centro penitenciario, a esta fecha, no se ha informado si tal gestión ha permitido el traslado del favorecido.

Por lo tanto, las autoridades judiciales encargadas del procesamiento penal del favorecido, no realizaron gestiones oportunas que permitieran evitar que el favorecido cumpliera la medida cautelar impuesta en un lugar que no tiene las condiciones necesarias para garantizar su integridad personal y, en consecuencia, incurrieron en la vulneración constitucional aludida.

B. En segundo lugar, se hará alusión a la responsabilidad de la Policía Nacional Civil, en cuyas bartolinas se encuentra el señor […] en las condiciones ya descritas.

Este tribunal ya indicó que las bartolinas policiales no son lugares en los cuales deba mantenerse recluidas a las personas detenidas provisionalmente ni en cumplimiento de la pena de prisión. Se trata de instalaciones que deben ser utilizadas solo transitoriamente para el resguardo de personas detenidas, mientras se realizan las gestiones para su presentación ante un juez, o en casos extraordinarios donde los imputados no puedan ser trasladados inmediatamente a un centro penal.

Por tales razones, es comprensible que las mismas no cuenten con todas las condiciones materiales para que una persona se encuentre por muchos días o meses en ellas, ni con la capacidad para solventar todas las necesidades de los detenidos durante tiempos prolongados.

Sin embargo, como se indicó en el apartado 3. C. de este considerando, las limitaciones que enfrentó el favorecido en detención se refieren a necesidades esenciales de un ser humano.

De modo que tampoco puede desvincularse por completo a la autoridad policial de su responsabilidad en la vulneración constitucional acontecida pues,

estando bajo su custodia el señor […], es injustificable que no haya atendido aspectos esenciales para preservar su salud e integridad personal.

No basta con que la Policía Nacional Civil, como lo ha hecho en este proceso de hábeas corpus, manifieste que los detenidos provisionalmente no deben estar en las bartolinas policiales para justificar su omisión de garantizar la satisfacción de necesidades esenciales de los privados de libertad, pues de cualquier manera el favorecido permaneció en la mencionada delegación y resulta contrario a la Constitución que no se hayan atendido aspectos esenciales para asegurar su salud e integridad.

Es importante añadir que, como se ha sostenido en esta resolución, la autoridad policial se ha limitado a exponer las razones por las cuales no le corresponde mantener en sus instalaciones a personas detenidas provisionalmente, y si bien ha remitido un oficio dirigido a la autoridad judicial a cargo del proceso en el que le pide el traslado del favorecido al Centro Penal de San Vicente, esto fue en septiembre del año recién pasado, es decir con posterioridad a la fecha de promoción de este hábeas corpus y más de treinta y tres meses después de que inició su internamiento en las bartolinas policiales.

Y es que, si la autoridad aludida insiste en que no le corresponde la custodia de las personas detenidas provisionalmente, no debe permanecer pasiva ante la orden judicial de que aquellas se mantengan en las bartolinas policiales, sino que inmediatamente después de recibirlas gestionar ante la autoridad judicial competente que se ordene su traslado a un centro penitenciario. Lo anterior abona a la responsabilidad de la Policía Nacional Civil respecto a la situación en la que se encontró el favorecido y que ha sido reconocida inconstitucional en esta sentencia".

EFECTO RESTITUTORIO: ORDENAR EL INMEDIATO TRASLADO A UN CENTRO PENITENCIARIO Y MODIFICAR LA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA

"**V.** En cuanto a los efectos de esta sentencia, en relación con las vulneraciones reconocidas en esta decisión, se tiene:

1. La detención provisional objeto de control en este proceso, una vez superado el término máximo determinado en la ley, se volvió inconstitucional, en tales condiciones no puede continuar surtiendo efectos.

En este caso, el juzgado Especializado de Sentencia B de San Salvador como autoridad a cargo del proceso penal, según lo que consta dentro de los pasajes del proceso penal remitidos a esta sala, deberá pronunciarse respecto a la condición en la que el beneficiado enfrentará dicho proceso instruido en su contra, en tanto adquiera firmeza la sentencia emitida, a través de cualquiera de las otras medidas cautelares distintas a la detención provisional dispuestas en el ordenamiento jurídico, una vez establecidas las razones que las justifiquen, con base en los parámetros dispuestos en este pronunciamiento.

Lo anterior, en caso que en cumplimiento de su obligación de verificar la legitimidad de la condición en que se encuentra el imputado respecto de su libertad, no haya modificado ya la restricción impuesta, en razón del vencimiento del plazo máximo legal para su mantenimiento.

Ahora bien, a pesar de existir una decisión sobre este aspecto, se supeditó al cumplimiento de una caución económica; sin embargo, tal como se ha dicho, no existe ninguna razón que habilite prolongar más allá del plazo legal máximo la detención provisional, por lo que la autoridad judicial deberá hacer uso de los mecanismos que la ley establece para vincular al imputado al proceso penal en su contra, sin que exista causa alguna que justifique el mantenimiento de la detención provisional impuesta.

Por otra parte, de no tener ya a su orden al favorecido, deberá hacer las gestiones correspondientes para que se cumpla esta decisión ante la autoridad responsable del proceso penal, siempre que aquel se encuentre en condición de procesado respecto a la imputación relacionada.

En referencia a ello, debe indicarse que, como está determinado en la legislación procesal penal aplicable y se ha reconocido en jurisprudencia de este tribunal, es atribución de las autoridades penales –y no de este tribunal, con competencia constitucional– emitir, a partir de la valoración de los elementos que obran en el proceso que está a su cargo, las decisiones correspondientes que aseguren las resultas del mismo y la vinculación del imputado a dicho proceso.

Además debe señalarse que cualquier otra restricción al derecho de libertad personal que enfrente la persona beneficiada no deberá verse modificada por esta decisión, en tanto lo controlado en esta sede y reconocido inconstitucional es la medida cautelar de detención provisional decretada por los delitos de tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de arma de fuego, tenencia y uso de traje o uniformes y agrupaciones ilícitas.

Finalmente es de manifestar que, en virtud de que la promoción y trámite del proceso constitucional de hábeas corpus no suspende el proceso penal en el cual se alega ha acontecido la vulneración constitucional reclamada, es inevitable el avance de este último y con ello la emisión de diversas resoluciones, algunas de las cuales pueden haber incidido modificando la condición jurídica del imputado en cuanto a su libertad. De tal forma que, es obligación de la autoridad a cuyo cargo se encuentre el proceso penal determinar si el acto de restricción declarado inconstitucional y que por lo tanto debe cesar –la medida cautelar de detención provisional– es el mismo que se encuentra cumpliendo el favorecido, pues de lo contrario su situación no podrá verse modificada por esta decisión.

2. En relación con la denegatoria de la audiencia de revisión de medidas, dado que en esta decisión se ordenará la modificación de la detención provisional por haberse agotado el plazo máximo dispuesto para su mantenimiento, el efecto que se genera ante este tipo de vulneraciones –la celebración de la audiencia aludida–, se suple con la orden contenida en el número precedente.

3. Respecto a la vulneración a los derechos del favorecido producto de su internamiento en una bartolina policial, se ordenará su traslado inmediato a un centro penitenciario destinado para el internamiento de personas que se encuentren cumpliendo la medida de detención provisional, que de acuerdo a lo contenido en este proceso, es la condición que tiene el señor […]"

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 138-2014, fecha de la resolución: 14/01/2015.

VULNERACIÓN AL NO DECRETAR MEDIANTE ORDEN LEGAL LA PRÓRROGA DE DICHA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

"V. Queda por referirse al reclamo restante, relativo a la ilegalidad de la detención provisional en la que afirma encontrarse la favorecida, por haberse superado el límite legal máximo dispuesto para el mantenimiento de dicha medida cautelar.

1. *A.* Existen parámetros generales que orientan la determinación de la duración de la detención provisional, por tanto esta: a) no puede permanecer más allá del tiempo que sea necesario para alcanzar los fines que con ella se pretenden; b) no puede mantenerse cuando el proceso penal para el que se pronunció ha finalizado y c) nunca podrá sobrepasar la duración de la pena de prisión señalada por el legislador para el delito atribuido al imputado y que se estima, en principio, es la que podría imponerse a este; d) tampoco es posible que se mantenga una vez superado el límite máximo temporal que regula la ley, que en el caso del ordenamiento jurídico salvadoreño es además improrrogable, por así haberlo decidido el legislador al no establecer posibilidad alguna de prolongación (ver resoluciones HC 145-2008R, 75-2010 y 7-2010, de fechas 28/10/2009, 27/7/2011 y 18/5/2011, entre otras).

B. También es de hacer referencia a los aspectos que sirven para determinar la duración de la medida cautelar de detención provisional y para ello hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Procesal Penal, que señala los límites temporales máximos de la misma: 12 y 24 meses, para delitos menos graves y graves, respectivamente. Lo anterior sin perjuicio de la excepción consignada en el inciso 3° de tal disposición legal, que permite la posibilidad de ampliar el plazo de la detención provisional para los delitos graves por un período de doce meses más, durante o como efecto del trámite de los recursos de la sentencia condenatoria y mediante resolución debidamente fundada.

Por otra parte, la superación del límite máximo de detención dispuesto en la ley, en inobservancia del principio de legalidad reconocido en el artículo 15 y, específicamente en relación con las restricciones de libertad, en el artículo 13, genera una vulneración a la presunción de inocencia, artículo 12, y a la libertad física, artículo 2 en relación con el 11, todas disposiciones de la Constitución. Dicho criterio jurisprudencial ha sido reiterado en diversas resoluciones emitidas por esta sala, entre ellas la sentencia HC 59-2009 de 13/4/2011.

C. Los parámetros que debe atender la autoridad correspondiente para enjuiciar la constitucionalidad de la duración de la medida cautelar más grave que reconoce la legislación, no solamente están dispuestos en nuestra Constitución y en la ley, sino también son exigencias derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional suscrito y ratificado por El Salvador, a las cuales se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha ido construyendo paulatinamente un estándar al que se asimila el que ha tenido desarrollo en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, en materia de hábeas corpus.

Dicho tribunal regional ha establecido, en síntesis, que: a) existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites

estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia; b) nadie puede ser privado de libertad sino de acuerdo a lo dispuesto en la ley; c) debe garantizarse el derecho de la persona a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, en cuyo caso el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación mediante encarcelamiento —derecho que a su vez obliga a los tribunales a tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en lo que el acusado esté detenido—; y finalmente, que d) cuando la ley establece un límite máximo legal de detención provisional, luego de él no puede continuar privándose de libertad al imputado —sentencias de los casos Suárez Rosero contra Ecuador, de 12/11/1997, Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay, de 2/9/2004, y Bayarri contra Argentina, de 30/10/2008—.

D. Es preciso también señalar que, no obstante el mantenimiento de una medida cautelar privativa de libertad como la detención provisional resulte en contra de lo dispuesto en la Constitución, por haberse excedido el límite máximo regulado en la legislación aplicable, ello no implica —como la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha reconocido expresamente según se indicó en el apartado precedente— que haya imposibilidad de decretar, de así estimarse procedente, cualquier otra medida diferente a la objetada, que permita asegurar los fines del proceso penal, pues el juzgamiento debe continuar y con ello es indudable que subsiste la necesidad de seguir garantizando la resolución del mismo y el efectivo cumplimiento de la decisión final que se dicte.

Por ello, aunque la detención provisional se vuelva inconstitucional, la autoridad judicial sigue encargada de garantizar a través de un mecanismo diferente, es decir de otro u otros de los medios de coerción dispuestos en la ley, el debido equilibrio que debe existir entre los intereses contrapuestos que se generan en el seno de un proceso penal —es decir, entre la libertad del imputado y la necesidad de garantizar el éxito del procesamiento -.

2. A partir de la certificación del expediente pelad remitida a esta sala, se puede constatar lo siguiente:

Que a la señora […], en audiencia celebrada el día 16/12/2011 por el Juzgado Especializado de Instrucción de Santa Ana, se le decretó detención provisional, situación que se mantuvo en las siguientes fases del proceso penal instruido en su contra hasta la celebración de vista pública en el Juzgado Especializado de Sentencia de la misma ciudad en la que se le encontró culpable por el delito de homicidio agravado y se ordenó que continuara en la detención en que se encontraba hasta la firmeza de dicho fallo.

El día 16/10/2013 la defensora particular de la favorecida, entre otros, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, habiendo remitido el proceso penal a la Cámara Especializada de lo Penal el día 6/11/2013; estando en dicho tribunal el día 4/3/2014 en que se promovió en este hábeas corpus, aún detenida provisionalmente, pues dicha medida cautelar no se había hecho cesar, así como tampoco se había extendido su plazo.

Relacionado lo que precede y tomando en cuenta lo establecido en el artículo 8 del Código Procesal Penal, se tiene que el límite máximo de detención provisio-

nal para el caso concreto ha debido ser de veinticuatro meses en razón del delito atribuido a la favorecida —homicidio agravado—, los cuales podían ser prorrogados hasta doce meses más, lo cual no se había realizado cuando se solicitó hábeas corpus. De manera que, desde la fecha en que inició el cumplimiento de la detención provisional decretada —16/12/2011— hasta el momento en que se presentó la solicitud de este hábeas corpus —4/3/2014— la beneficiada cumplía en detención provisional *más de veintiséis meses.* Es decir, cuando se promovió el presente proceso, la favorecida había permanecido detenida provisionalmente un tiempo superior al límite máximo legal al que se ha hecho alusión, pues a pesar de que la normativa correspondiente permite la prórroga por doce meses más, esta no se había decretado, no existiendo una orden válida que sustentara en ese momento la privación de libertad.

Así, al haberse establecido el exceso temporal de la medida cautelar mencionada, a partir de los criterios fijados por esta sala en atención a la norma que los regula —artículo 8 del Código Procesal Penal—, se colige que la orden de restricción devino ilegal, habiendo transgredido en consecuencia el derecho fundamental de libertad física de […]*".*

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 113-2014, fecha de la resolución: 25/03/2015.

INTERVENCIÓN DE TELECOMUNICACIONES

VALORACIÓN CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL JUEZ PENAL COMPETENTE

"La valoración del resultado de esas intervenciones telefónicas autorizadas judicialmente, en las que se vieron involucrados los señores […], […] y […], en orden a imponer una medida cautelar, independientemente de la que se trate, corresponde exclusivamente al juez penal competente, a quien le fue presentada la solicitud de imposición antes aludida; es este quien debe precisar, bajo las reglas de la sana crítica, si el resultado de la diligencia de investigación es suficiente para acreditar la apariencia de buen derecho que le posibilite imponer la medida más gravosa.

De modo que, el descubrimiento casual de personas involucradas en conversaciones con otras contra quienes se ha autorizado judicialmente una intervención de telecomunicaciones, debe ser valorado de acuerdo a los parámetros estipulados en la LEIT, es decir, es el juez a cargo del proceso penal en que se vierte el resultado de la diligencia, quien deberá estimar si el resultado es suficiente y coherente con los principios contemplados en ese marco normativo, para decretar la detención provisional.

En ese contexto, la pretensión en los términos relacionados plantea un tema de estricta legalidad, en tanto los peticionarios requieren que este Tribunal realice un análisis de suficiencia del resultado de las .intervenciones a las telecomunicaciones ejecutadas y determine que la valoración del descubrimiento casual de las personas que participaron en las conversaciones con otras contra quienes se habilitó legalmente la intervención, hacen ilegal la diligencia y como consecuencia la detención provisional decretada con base en ella; cuestionamiento

que, se reitera, forma parte del ámbito de atribuciones conferidas a los jueces penales encargados de la valoración de elementos probatorios que sustentan una imputación.

Y es que, la apreciación del descubrimiento casual de participes y hechos delictivos dentro de la conversación por telecomunicación intervenida judicialmente, que sirva para decretar cualquier medida cautelar, debe llevarse a cabo en los términos expuestos por el Art. 12 LEIT, es decir, *la prueba obtenida debe ser valorada de conformidad a las reglas de la sana crítica.* De acuerdo con ello, este Tribunal se encuentra imposibilitado para enjuiciar constitucionalmente la valoración hecha por la autoridad demandada del resultado de las intervenciones telefónicas que lo llevaron a decretar la detención provisional, sobre todo cuando no se evidencia de lo planteado un quebrantamiento de trascendencia constitucional.

Cabe señalar que la ampliación de la intervención de la telecomunicación a otras personas ajenas a aquellas por las que se originó, es factible cuando, tal como lo establece el Art. 10 inc. final LEIT, resulta necesario incidir en esa esfera contra quien se tiene fundada sospecha de participación en actividades delictivas; sin embargo, ello automáticamente no supone que, cuando determinada persona se encuentra involucrada en una conversación con otra cuya comunicación esta judicialmente intervenida, deberá solicitarse la misma decisión judicial para la primera, dado que podrá resultar suficiente lo obtenido mediante esa conversación para iniciar una investigación en su contra, y por tanto, será el juez respectivo quien valore esa información de acuerdo a las reglas de la sana crítica como se ha dicho.

Asimismo, respecto a este punto propuesto, los peticionarios mencionan que esencialmente el resultado de las intervenciones telefónicas fue lo que sustentó la decisión de la adopción de la detención provisional; tal afirmación implica, a su vez, que si bien ese aspecto motivó esa medida cautelar, no fue el único, y por tanto, la detención provisional que sufren […], […] y […], , además atiende a otras razones.

Si bien es cierto, el quebrantamiento a los principios contemplados tanto en la Constitución como en la LIT, relacionados a intervenir en el derecho al secreto de las telecomunicaciones y a la intimidad de determinada persona, representaría un tema de vulneración constitucional; en este caso, los pretensores han expuesto argumentos de mera legalidad que permiten determinar que el cuestionamiento corresponde al ámbito de juzgamiento de las autoridades judiciales destacadas en materia penal, y no que se trate de un tema de posible vulneración constitucional.

En definitiva, el relacionado aspecto de la pretensión no propone aspecto que deba ser analizado de fondo por este Tribunal y que permita continuar con su trámite, debiendo rechazarse mediante su declaratoria de improcedencia".

PRUEBAS OBTENIDAS EN UNA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA, EN LA QUE SE DESCUBRE O SE ORIGINA LA COMISIÓN DE DELITOS CONEXOS A LOS DELITOS INVESTIGADOS, SE VALORARÁN DE CONFORMIDAD A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"2. Por otro lado, también se arguyó que en el caso de la intervención telefónica autorizada contra la señora […], su resultado contiene infracciones cons-

titucionales, ya que esta diligencia fue autorizada y orientada a la investigación del delito de cohecho propio, cohecho activo y agrupaciones ilícitas, y no a la averiguación del resto de acciones delictivas que le son atribuidas por las que también se encuentra en detención provisional —divulgación de la imagen o revelación de datos depersonas protegidas y actos preparatorios, proposición, conspiración y agrupaciones ilícitas—.

A ese respecto es necesario traer a colación lo dispuesto en el Art. 22 inc. 1° LEIT, que establece: "Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubre la comisión de delitos conexos a los delitos investigados que le dieron origen, la prueba obtenida será valorada de conformidad a las reglas de la sana crítica".

En este orden, a pesar de que los solicitantes insisten en señalar que al no haberse emitido autorización de intervención telefónica respecto a otros delitos que no fueran los de cohecho propio, cohecho activo y agrupaciones ilícitas, se vulnera el principio de especialidad del hecho, debiéndose haber extendido otra autorización respecto de aquellos; esta Sala estima que ante esa postura no es posible obviar la regla anteriormente expuesta —Art. 22 LEIT—, significa que es la autoridad judicial la encargada de valorar el resultado de la diligencia en mención y de determinar la conexidad que existe entre los delitos por los que se autorizó y las acciones delictivas surgidas de conversaciones intervenidas a raíz de la primera habilitación judicial.

Sin embargo, los demandantes al no exponer si la Jueza Especializada de Instrucción "A" de San Salvador, en omisión de lo dispuesto en la norma citada o al no haber advertido conexidad de delitos alguna, decidió otorgar valor al resultado de la intervención de telecomunicación con base en las reglas de la sana crítica, entonces lo planteado no revela un terna de posible vulneración constitucional, pues se limitan a explicar que la autorización al haberse otorgado para determinados delitos no podría operar para otros y debió ampliarse, pero obvian que la misma legislación especial prescribe la opción de conectar un delito con otro y la posibilidad de que el juez así lo valore.

En otras palabras, la pretensión carece de un cuestionamiento constitucional preciso contra la decisión judicial de imposición de medida cautelar de la detención provisional decretada a la señora […], en virtud de que no señala que la misma haya sido emitida contraviniendo de manera sistemática las reglas contempladas en la LEIT, específicamente respecto a la validez en caso de delitos conexos y descubrimiento casual de otros delitos objeto de la ley especial.

Por tanto, este aspecto de la pretensión, en el sentido antes relacionado, no contiene un tema de trascendencia constitucional que amerite su trámite y posterior análisis del fondo, pues ello se traduce en un vicio en el elemento objetivo de la pretensión y produce como consecuencia su rechazo liminar por medio de su declaratoria de improcedencia, y así debe pronunciarse".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 56-2015, fecha de la resolución: 08/05/2015.

JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y DE EJECUCIÓN DE LA PENA

DEBEN DETERMINAR LA FECHA EN QUE SE COMPLETARÁ LA TOTALIDAD DE LA PENA

"En consecuencia, una vez determinado por el juez sentenciador el título de restricción –en este caso, pena de prisión– dentro de los parámetros establecidos por el legislador, en sujeción al principio de reserva de ley; el juez encargado de verificar el cumplimiento de la pena impuesta debe asimismo, en atención al principio de legalidad y al derecho a la seguridad jurídica del condenado, determinar la fecha en que se completará la totalidad de la pena y consecuentemente, constatar que no se sobrepase dicho plazo; porque de lo contrario, la restricción de libertad en exceso devendría en inconstitucional.

De modo que, en el presente caso, lo expuesto por el peticionario podría referirse a una probable inobservancia del principio de legalidad y seguridad jurídica con incidencia en el derecho de libertad, pues el señor [...] manifiesta que ya cumplió la totalidad de la pena de catorce años de prisión pues la última vez que le notificaron el cómputo tenía señalado como cumplimiento de pena total el día veintinueve de julio de dos mil trece y que aún se encuentra recluido; por lo cual, esta Sala es competente para conocer del caso propuesto, pues todas las autoridades públicas deben someterse en sus actos al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable que rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley (v. gr. resolución HC 215-2010, de fecha 23/9/2011)".

POR LA FUGA DEL PRIVADO DE LIBERTAD, JUECES SE ENCUENTRAN FACULTADOS PARA REALIZAR RECTIFICACIÓN DE CÓMPUTO DE LA PENA

"**3.** De la relación fáctica de la pretensión, se tiene, que el solicitante reclama que ya cumplió la totalidad de la pena pero que aún se encuentra recluido en el centro penal cumpliendo una pena de catorce años de prisión que ya finalizó.

En los pasajes del expediente de ejecución remitidos consta que el señor [...] se encontraba en fase de confianza, por lo que se le otorgó un permiso especial de salida por doce horas para que visitara a su familia el día 23/08/2009 debiendo retornar al Centro Penal el mismo día a las dieciocho horas; no obstante ello, el favorecido no regresó al reclusorio, razón por la cual el Director de la Penitenciaria Oriental de San Vicente informó a las autoridades correspondientes de la fuga del señor [...], siendo que la Jueza Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Salvador giró la orden de captura del señor [...].

Posteriormente, consta en el acta de cómputo de pena que el beneficiado fue capturado el día 29/09/2013, habiéndose encontrado fugado del Centro Penal por un período de tres años, once meses con tres días, por lo que haciendo el nuevo cómputo de pena del señor [...] se determinó que este cumplirá la condena total el día *once de julio de dos mil diecisiete.*

Al respecto, esta Sala advierte que contrario a lo alegado por el favorecido no consta que se haya dado el cumplimiento de la pena total, tal como él lo

afirma; sino que al fugarse el señor [...] del centro penal interrumpió el conteo de su pena por lo que al ser capturado nuevamente se procedió a fijar un nuevo plazo para completar su condena. En ese sentido, la autoridad demandada tenía la facultad legal para proceder a la rectificación del cómputo practicado pues el artículo 44 inciso final de la Ley Penitenciaria, faculta a los Jueces de Vigilancia Penitenciara y de Ejecución de la Pena a realizar la rectificación del cómputo de la pena "en cualquier tiempo" a solicitud de parte e inclusive de oficio. Debe aclararse que cuando la ley hace referencia a "cualquier tiempo" debe entenderse que antes de que se declare fenecida la ejecución de la pena, es decir, antes de que se pronuncie extinguida la responsabilidad penal del condenado.

Es por ello que, en el presente caso, la Jueza Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena procedió a rectificar el cómputo inicial dictado con fecha 16/11/2000 y a descontar del referido plazo el tiempo que el señor [...] estuvo fugado de su centro de reclusión, haciendo un nuevo cómputo de cumplimiento de pena total, siendo este hasta el once de julio de dos mil diecisiete.

Por tanto, contrario a lo afirmado por el peticionario, esta Sala ha podido verificar que el proceso de ejecución de la pena del señor [...] aún no había finalizado, por lo que la actuación de la autoridad demandada en la rectificación del cómputo se encontraba dentro de sus facultades legalmente atribuidas, siendo que la orden de detención emitida por el Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Salvador para el cumplimiento de la pena total no infringió el principio de legalidad, ni el derecho a la seguridad jurídica y libertad física del señor [...].

En consecuencia, dada la inexistencia de la violación constitucional alegada con incidencia en el derecho de libertad física del beneficiado resulta procedente desestimar la pretensión planteada, debiendo continuar el señor [...] en la situación jurídica en que se encuentra".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 229-2015, fecha de la resolución: 27/11/2015.

LIBERTAD CONDICIONAL

REQUISITOS DISPUESTOS POR LA LEY PARA OTORGAR LA LIBERTAD CONDICIONAL

"2. En cuanto a la figura de la libertad condicional, se ha indicado que en el Código Penal, específicamente en el Capítulo IV Título III del Libro 1, se regulan las denominadas "formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad", entre las que se establecen la "libertad condicional" y "la libertad condicional anticipada"; estas constituyen paliativos que pueden ser aplicados durante la fase de ejecución penitenciaria, con lo cual se pretende propiciar regularmente que las condenas no se cumplan en su totalidad, bajo el cumplimiento estricto de ciertos requisitos dispuestos por ley.

Sobre la libertad condicional, el artículo 85 del Código Penal señala: *"El juez de vigilancia correspondiente podrá otorgar la libertad condicional en los delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años, siempre que el condenado reúna los requisitos siguientes: 1) Que se hayan cumplido las dos terceras partes*

de la condena impuesta; 2) Que merezca dicho beneficio por haber observado buena conducta, previo informe favorable del Consejo Criminológico Regional; y, 3) Que haya satisfecho las obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar. Cuando se tratare de concurso real de delitos, además de los requisitos establecidos, procederá la libertad condicional si el condenado hubiere cumplido las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas".

De lo anterior se desprende, que para otorgar la libertad condicional, se observa, entre otros aspectos, el desenvolvimiento del privado de libertad mientras se encuentra cumpliendo su pena dentro del sistema penitenciario, en cuanto a su dirección conductual y previsión de resocialización; aspectos sobre los cuales tiene posibilidad de emitir sus consideraciones el Consejo Criminológico Regional, pero la decisión de otorgar o no dichas libertades, la ley se la adjudica al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena –véase resolución de HC 212-2006 del 18/3/2009–.

Precisamente, se ha sostenido que la libertad condicional aparece como etapa final de este sistema progresivo, que consiste en la excarcelación del condenado otorgada por el juez de vigilancia penitenciaria, para el cumplimiento del resto del tiempo de la pena señalada en la sentencia fuera del establecimiento penitenciario y que se condiciona mediante una serie de obligaciones, entre ellas, la de no delinquir durante el tiempo que falta de la condena. Es decir que se trata de una medida que abrevia la duración de las penas de prisión cuando su continuación es innecesaria, al existir un pronóstico positivo de reinserción del penado".

REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

"A ello se refiere el n° 2 del art. 60 de la *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955), que prescribe: "…[e]s conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz".

Entonces, la libertad condicional implica que la finalidad de resocialización se persigue tomando en cuenta la realidad de la cárcel, ya que esta impone al recluso nuevas reglas de conducta, debilita la memoria sobre las pautas sociales y los recursos de la vida cotidiana en libertad y crea hábitos de pensamiento y de acción que son disfuncionales fuera de la prisión. En otras palabras, *para el éxito de cualquier política de reinserción es imprescindible el máximo contacto de los internos con el exterior durante el cumplimiento de la pena; pues, junto con otras medidas, esa es precisamente la .función de la libertad condicional.* Con ella se pretende suavizar la institucionalización de la prisión y facilitar la reincorporación

normalizada del recluso a la sociedad y a la libertad, acercándolo a esta de forma gradual, mediante un período de preparación o adaptación al medio al que retornará cuando finalice su pena".

LIBERTAD CONDICIONAL COMO FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA

"Aunque legalmente se caracteriza como un "beneficio", hay que recordar que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, pues el condenado sigue sujeto al control y a la vigilancia de las autoridades encargadas de su ejecución y continúa afectado por intensas limitaciones sobre sus derechos fundamentales. *La libertad condicional no es una gracia discrecional o una concesión piadosa de la administración penitenciaria, sino la etapa final del proceso de resocialización que* debe *ser cumplida, de acuerdo con la situación individual del recluso y la superación de los requisitos legales conformes con la Constitución.* Esto, para que el penado tenga una oportunidad genuina de desarrollar un comportamiento responsable y respetuoso de la legalidad penal, que le ayude a mantenerse alejado de la delincuencia, al extinguirse la condena.

Finalmente, con relación a dichos requisitos legales para acceder a la libertad condicional, esta Sala ha reconocido que la Asamblea Legislativa dispone de un amplio margen de regulación que "no se limita a la definición de las consecuencias punitivas de un comportamiento delictivo, sino también a las condiciones bajo las cuales dichas penas serán ejecutadas o a cómo estas deberán ser cumplidas, siempre que se respeten los derechos fundamentales de las personas". A esta última frase limitadora o restrictiva debe agregarse el respeto al llamado "programa penal de la Constitución", es decir, el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar y que resulta vinculante, tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa, como en la aplicación judicial –ver resolución de inconstitucionalidad 63-2010 indicada–".

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

"3. Esta sala, de manera consistente, se ha referido a la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales, por su vinculación con el derecho fundamental de defensa, en tanto la consignación de las razones que llevaron a una autoridad judicial a emitir una decisión en determinado sentido permite examinar su razonabilidad, controlarla mediante los mecanismos de impugnación y hacer evidente la sumisión del juez o cualquier autoridad a la Constitución -resolución de HC 152-2008 de 6/10/2010, entre otras-.

En efecto, bajo el esquema de decisión judicial que la Constitución plantea desde los principios de independencia e imparcialidad judicial, juzgar implica una serie concatenada de decisiones previas y necesarias: la determinación del material normativo susceptible de ser aplicado (verificación, depuración e interpretación normativa); la comprobación inductiva del material fáctico que objetiva las alegaciones de las partes (depuración del material fáctico probado); la conno-

tación misma de los hechos al ser encauzados en la estructura normativa depurada, y finalmente, la aplicación de las consecuencias jurídicas de la disposición hacia los hechos establecidos.

Con la motivación se cumplen dos funciones esenciales, que no son privativas únicamente de la actividad judicial, sino también de la administración, a saber: (i) por medio de tal exigencia se intenta eliminar cualquier viso de arbitrariedad o voluntarismo que pueda introducirse en la toma de decisiones públicas, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la sujeción al derecho de los poderes estatales; y (ii) desde un punto de vista individual, permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales resulta privado o restringido de un derecho fundamental o de alguna facultad, posibilitando de esa forma el adecuado ejercicio de los medios de impugnación.

Así, con la motivación de las resoluciones –sean judiciales o administrativas–, se hace factible para las partes procesales conocer que una determinada decisión tiene como base un irrestricto apego al ordenamiento jurídico vigente y que igualmente tiene como base una interpretación racional del mismo. Con ello se descarta entonces, que su génesis devenga en una voluntad antojadiza o caprichosa.

Pero de forma más trascendental a la esfera procesal, con la exigencia de motivación se busca que el proceso de aplicación al derecho no permanezca en el secreto o en el arcano inconsciente del funcionario estatal que resuelve, sino que reciba la necesaria y suficiente publicidad como medio de aminorar cualquier arbitrariedad de los poderes públicos, en la medida que su convencimiento quede debidamente explicitado —ver resolución de proceso de inconstitucionalidad 37-2007 del 14/9/2011—".

LEGISLADOR ESTÁ HABILITADO PARA CONSTITUIR PROHIBICIONES A LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

"VII**.** Según los términos de la propuesta planteada en este hábeas corpus, el inciso 2° del artículo 27 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos que textualmente señala*"Los condenados por el delito de lavado de dinero y de activos no gozarán del beneficio de la libertad condicional, ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena";* no es compatible con el artículo 27 de la Constitución porque al prohibir aquella norma la concesión de la libertad condicional a personas condenadas por el delito de lavado de dinero y de activos, se limita el adecuado proceso de resocialización de las personas condenadas por dicho ilícito, que garantiza la disposición constitucional indicada. Entonces, para el favorecido E. A. la aplicación de dicha disposición legal por parte de las autoridades demandadas le impide restablecer su libertad.

1. Tal como se relacionó en el apartado relativo a la jurisprudencia de este tribunal, la pena de prisión no solo pretende imponer un castigo a una persona a quien se haya demostrado su culpabilidad por la comisión de un delito, sino también lograr que luego del tratamiento penitenciario, la misma logre reintegrarse adecuadamente a la sociedad. En ese sentido, se ha dispuesto un sistema progresivo de cumplimiento de la pena, dentro del cual se encuentra la libertad

condicional, que implica una modalidad de ejecución distinta al internamiento pero con obligaciones que pretenden garantizar que el fin resocializador aludido se cumple en los casos en que este beneficio se ha otorgado.

Ahora bien, el legislador ha dispuesto para el caso que nos ocupa una prohibición para conceder la libertad condicional a aquellas personas que hayan sido condenadas por el delito de lavado de dinero y de activos; prohibición que ha servido de fundamento para que las autoridades demandadas denieguen, en el caso del favorecido, este beneficio, a pesar de indicar que este cumple con los requisitos que de manera general se encuentran dispuestos para su otorgamiento. La prohibición aludida responde al amplio margen de configuración concedido al legislador para que defina la forma en que se regularan este tipo de figuras.

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

Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador no es una amenaza para los derechos fundamentales, sino más bien, una garantía de los mismos a través de la reserva de ley y la determinación normativa.

Frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.

Esta vinculación positiva al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por el legislador —ver resolución de proceso de inconstitucionalidad 17-2006 del 13/10/2010—.

Con fundamento en ello, es posible afirmar que el legislador está habilitado para constituir prohibiciones a la concesión de beneficios penitenciarios como el tratado en esta decisión, a partir de ciertos riesgos que se pretendan contrarrestar; es decir, si el legislador considera que una persona condenada por el delito de lavado de dinero y de activos, en principio, no debe optar a este tipo de beneficios, es posible disponer normativamente tal situación siempre que esto, a su entender, tenga una finalidad legítima respecto a la protección de otros derechos fundamentales".

OTORGAMIENTO SUJETO AL CUMPLIMIENTO DE LOS SUPUESTOS LEGALES

"2. La conclusión indicada debe vincularse ineludiblemente con otro aspecto relevante en el análisis de un beneficio de este tipo, que se refiere al ejercicio de la atribución dada para tal efecto al juez competente.

De la manera como se ha relacionado, el Código Penal dispone que el juez de vigilancia penitenciaria sea el encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente dispuestos para otorgar o no este beneficio, para lo cual se auxilia de otras instancias administrativas encargadas de dar un dictamen sobre ello. En ese sentido, el juez cuenta con un margen de decisión sobre este aspecto, por lo que frente a solicitudes para otorgar la libertad condicional, la autoridad judicial debe analizar si a partir de las circunstancias particulares del caso, es procedente o no la aplicación de dicha figura para el cumplimiento de la pena.

Esto es relevante porque toda la actividad jurisdiccional requiere el cumplimiento del deber de motivación, es decir, los jueces en el ejercicio de tal atribución deben indicar de manera suficiente las razones por las que se opta por una de las distintas posibilidades que puedan presentarse en la decisión de una solicitud para acceder a un beneficio como el relacionado. Entonces, para este tipo de decisiones el juez debe analizar si con los datos que se obtengan respecto a una persona se cumplen o no los requisitos legalmente dispuestos para conceder la libertad condicional y, además, si en el caso particular resulta indispensable aplicar o no la prohibición prescrita para las personas condenadas por el delito de lavado de dinero y de activos, en razón de la necesidad de salvaguardar otros derechos que pudieran verse en riesgo al decidir que la pena se ejecute en libertad.

De otra manera, la libertad condicional es una medida que abrevia la duración de las penas de prisión cuando su continuación es innecesaria, al existir un pronóstico positivo de reinserción del penado, por lo que al no tenerse este elemento que permita colegir que el fin resocializador de la pena de prisión se ha cumplido, existe una habilitación legal en la disposición que se reclama inconstitucional que permite negar su otorgamiento.

En ese orden, debe entenderse que si la prisión ha cumplido con el fin de prevención especial positiva en el condenado —resocialización— y además concurren los presupuestos dispuestos en el art. 85 Pn., el juez de vigilancia penitenciaria, de conformidad con dichos parámetros y de manera motivada, podrá otorgar el beneficio de libertad condicional.

De acuerdo a los cánones interpretativos señalados en esta sentencia, la regulación impugnada no elimina el deber de motivación judicial en la decisión de otorgamiento o no de la libertad condicional; al contrario, potencia el análisis judicial, en la medida que la concesión o no de dicho beneficio, más allá del mero *datum legis,* debe fundamentarse adrede por la jurisdicción.

De tal modo que el art. 27 inc. 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, se entenderá conforme a la Constitución, siempre que el juez de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena competente al haber evaluado que el condenado cumple con los requisitos contemplados en el art. 85 Pn., estima procedente el otorgamiento del beneficio de libertad condicional de forma razonada y motivada, caso contrario, deberá justificar la decisión de negar el mismo, aun y cuando se cumplan dichos parámetros o por no concurrir a su cabalidad, y no aplicando de manera automática la prohibición del citado artículo.

Entonces la constitucionalidad de la norma en discusión subsiste y se sostiene en la función del juez de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena

respecto a la decisión de otorgar el beneficio de libertad condicional en garantía del deber de motivación, el cual al mismo tiempo implica el derecho de protección jurisdiccional del condenado, en tanto le concede la posibilidad de tener conocimiento de las razones fundadas que llevan a otorgarle o negarle esa prerrogativa, para tener a su vez la oportunidad de impugnar la decisión en caso que considere le genera agravio.

En conclusión, en sí misma la prohibición estipulada en el art. 27 inc. 2° de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, no trasgrede la finalidad preventiva especial positiva contemplada en el art. 27 de la Constitución, cuando la decisión judicial orientada a esa negativa se encuentre debidamente fundada fáctica y jurídicamente. No obstante, acceder a otorgar la libertad condicional en caso de los delitos contemplados en la aludida ley pese a esa prohibición, tampoco implica una infracción legal, en el entendido que la disposición debe interpretarse en coherencia con el deber de motivación de la autoridad judicial que concede el beneficio y el cumplimiento de los requisitos del art. 85 Pn.

Por ende, corresponde descartar la inconstitucionalidad de la disposición controvertida, porque no representa una limitante al principio de resocialización de la pena contemplado en el art. 27 de la Constitución, al no generar un límite al ámbito de conocimiento y decisión de los jueces penales en orden al examen de su aplicación".

VULNERACIÓN CONSTITUCIONAL AL APLICAR LA NORMATIVA IMPUGNADA SIN EJERCER LA DEBIDA MOTIVACIÓN QUE JUSTIFIQUE NEGAR EL BENEFICIO

"VIII**.** Descartada la inconstitucionalidad de la disposición reclamada por la peticionaria, al permitir una interpretación conforme con los postulados constitucionales, es preciso referirse a la actuación de las autoridades demandadas con respecto a la utilización de dicha disposición, con el objeto de determinar si se han cumplido con los parámetros señalados en esta decisión para tal efecto.

De acuerdo con los pasajes de la certificación del proceso de ejecución de sentencia remitidos a este tribunal, se tiene que el Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Salvador celebró audiencia para determinar la concesión de la libertad condicional a favor del señor Escobar Alvarenga el 7/3/2013, en la que resolvió denegar dicho beneficio ya que "...de los argumentos aportados por la defensa se infiere que lo que pretenden es que este juzgador haga uso de la inaplicabilidad del artículo veintisiete de la referida Ley [Contra el Lavado de Dinero y de Activos], sin embargo, no se puede obviar que existe un impedimento para el presente caso, la prohibición aún está vigente y desconoce el suscrito que hayan precedentes jurisprudenciales al respecto, es decir, que existan otras resoluciones de otras sedes judiciales en las cuales hayan inaplicado lo dispuesto en la referida ley (...) este juzgador ve que en el fondo los informes están bien, tanto el del Consejo Criminológico Regional como el del Equipo Técnico Criminológico, ambos son positivos, pero lo que detiene el otorgamiento del beneficio que hoy se discute es la prohibición expresa que existe en la Ley (...) Entonces, en la medida que exista esa prohibición expresa para otorgar el beneficio de la Libertad Condicional, no queda más que hacer

valer lo que la ley prescribe, *contrario sensu,* sería ir en contra del mandato del legislador, siendo procedente entonces denegar el beneficio de la Libertad. Condicional Ordinaria que se pretendía a favor del interno...".

Posteriormente, y ante el recurso de apelación interpuesto por la defensa del favorecido de dicha decisión, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro resolvió el 20/8/2013 confirmar la decisión impugnada con base en las siguientes razones: "...no obstante que en autos se establezca de que el peticionario ha cumplido con los requisitos establecidos por el. Art. 85 Pn., como con los diferentes cursos o programas que se le impartes de acuerdo con el tipo de delito que han cometido, sino por el contrario todos esos méritos logrados por parte del interno son los que le han impulsado a gozar de las diferentes etapas y beneficios que el sistema penitenciario ofrece, como de los que actualmente se encuentra gozando o sea., que ha hecho un buen uso de las herramientas que el mismo sistema le ha proporcionado, y con el hecho de no otorgársele la libertad Condicional solicitada no es porque no ha hecho mérito, sino que es por la clase de delito cometido y que por disposición legal expresa le está prohibido, y que por política criminal es que nuestro legislador consideró oportuno sacar del mundo de la generalidad de delitos a esta clase, y que las personas que los cometan no pueden gozar de este beneficio y con ello desde ningún punto de vista, se está vulnerando derechos o garantías como las enunciadas por la parte defensora o que la misma disposición sea inconstitucional y contrariar el Art. 27 de la Constitución, puesto que en ningún momento se le ha impedido al interno a que escale las diferentes etapas del Régimen Penitenciario, y solo por el hecho de no concederse un beneficio como lo es la Libertad Condicional no quiere decir, que no se le está dando cumplimiento a la referida norma, a través de la reinserción social y preparando al interno para que pueda gozar de una verdadera readaptación para cuando regrese definitivamente a la sociedad..".

Con fundamento en ello, esta sala considera que las autoridades demandadas no han ejercicio de manera adecuada su potestad jurisdiccional porque han indicado que a pesar que el favorecido cumple con los requisitos para ser beneficiario de la libertad condicional, por la sola existencia de una prohibición contenida en el artículo 27 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, no era procedente su otorgamiento.

En ese sentido, tal como se ha señalado en este pronunciamiento, no basta con aplicar de manera automática una prescripción legal como la indicada sin relacionar cómo, para el caso concreto, la prohibición contenida en la misma se adecua a las circunstancias personales de quien a su favor se solicita. Es decir, es necesario que se haga un análisis del cumplimiento o no de los requisitos para otorgar dicho beneficio y si estos se encuentran cumplidos será posible aplicar la prohibición aludida solo si la autoridad judicial competente expone los motivos que a su entender, generan que la pena se deba cumplir en su totalidad dentro de un centro penitenciario para dotar de contenido, en el caso examinado, a dicha prohibición.

De manera que, tanto el juez de vigilancia penitenciaria como la cámara de lo penal demandadas se limitaron a trasladar al caso concreto del favorecido una

negativa para dar un beneficio, sin identificar cómo se podía aplicar en su caso, con base en razones que así lo justificaran.

Por tanto, a pesar de que la disposición legal indicada admite una interpretación conforme con la Constitución, su aplicación sí se alejó de los parámetros constitucionales requeridos para cumplir con el deber de motivación judicial exigible para la decisión que resuelva lo relativo a la concesión de la libertad condicional, lo que permite estimar la pretensión de la peticionaria".

EFECTO RESTITUTORIO: REALIZAR UNA NUEVA AUDIENCIA EN LA QUE SE DECIDA LA PROCEDENCIA DEL BENEFICIO DE LIBERTAD CONDICIONAL

"IX. Admitida la existencia de una vulneración constitucional en perjuicio del señor E. A., es necesario determinar los efectos de dicha decisión.

Tal como se ha insistido en este pronunciamiento, la autoridad judicial encargada de decidir lo relativo a la concesión de la libertad condicional es el juez de vigilancia penitenciaria competente, por lo que es este al que se le ordenará que realice una nueva audiencia en la que decida tal circunstancia, con base en el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para ello, y tomando en cuenta los fundamentos dispuestos en esta sentencia para la correcta aplicación de las normas legales aplicables para este tipo de casos, entre ellas, la analizada en este habeas corpus".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 355-2013, fecha de la resolución: 10/04/2015.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

DEFINICIÓN

"Por su parte, la prescripción de la acción penal es entendida como la imposibilidad de realizar el juzgamiento penal de un hecho delictivo por el transcurso de determinados plazos señalados en la ley a partir de su comisión, durante los cuales el procedimiento no se ha seguido contra el culpable o, cuando dirigido contra una persona determinada, se ha paralizado por el tiempo igualmente señalado en la ley.

Según el criterio sostenido por esta sala –en sentencias HC 174-2003, de fecha 16/6/2004 y 68-2011, del 4/9/2013– las disposiciones reguladoras de la prescripción de la acción penal se encuentran incluidas en "la materia penal" a que hace referencia la Constitución en el inciso 1° del artículo 21 ya citado. Por lo tanto, si respecto a dicho asunto se plantea un conflicto de leyes en el tiempo, debe aplicarse la más favorable al imputado.

VI. Ahora bien, el pretensor reclama que, de acuerdo con el efecto retroactivo de la ley penal, establecido en el artículo 21 de la Constitución de la República, se deben aplicar al imputado las reglas relativas a la prescripción de la acción reguladas en el Código Procesal Penal vigente, en relación con personas que han sido declaradas rebeldes, por determinar aspectos más favorables. Ello a pesar de que el juzgamiento del favorecido ha iniciado con la normativa derogada.

1. Según la documentación incorporada a este hábeas corpus, se inició proceso penal en contra del señor […] por el delito de estafa, de conformidad con el Código Procesal Penal aprobado en el año de 1996.

El día 30/10/2003 fue declarado rebelde y se ordenó su captura, según se informó.

Con posterioridad, el día 1/1/2011 entró en vigencia el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo No. 733, de fecha 22/10/2008, el cual derogó a esa legislación de 1996, aludida en líneas precedentes.

El procesado […], con fecha 9/7/2012 solicitó ante el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad la excepción perentoria de la prescripción de la acción penal.

Al respecto, mediante resolución de fecha 12/7/2012, la referida autoridad declaró "no ha lugar lo solicitado" aludiendo que al imputado se le inició proceso penal con la anterior normativa y en ella se regulaba que la declaratoria de rebeldía interrumpía la prescripción; considerando que el articulo 505inciso final del Código Procesal Penal Vigente dispone de qué forma se tramitarían los procesos iniciados con esa normativa, por lo que era necesario que compareciera al proceso para interrumpir la rebeldía".

CÓMPUTO DEL PLAZO EN CASO DE REBELDÍA DEL IMPUTADO, DETERMINADO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE

"Debe señalarse que el Código Procesal Penal derogado establecía en su artículo 38: "La prescripción se interrumpirá: 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado..".

En la normativa actual se establecen reglas diferentes en cuanto a la interrupción de la prescripción en virtud de la declaratoria de rebeldía, específicamente el artículo 36, que dispone: "La prescripción se interrumpirá: 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado (...) En el caso de rebeldía, el período de interrupción no excederá de tres años y después de éste comenzará a correr íntegramente el plazo respectivo de la prescripción de la acción penal, aumentado en un tercio. En los demás casos, desaparecida la causa de interrupción, el plazo de prescripción durante el procedimiento comenzará a correr íntegramente".

Por su parte, el artículo 34 establece que: "La inactividad en el proceso tendrá como consecuencia la declaratoria de la prescripción de la persecución, la que será declarada de oficio o a petición de parte y el cómputo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante en los términos siguientes: (...) 1) Después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años..".

Respecto de las dos normativas mencionadas es de señalar que, efectivamente, en la vigente se regulan aspectos procedimentales referidos al cómputo para el plazo de la prescripción de la acción penal que antes no estaban fijados, resultando ser dicha regulación menos gravosa para el procesado, pues mientras en la normativa derogada se interrumpía indefinidamente el plazo de la prescripción con la rebeldía, en la actual legislación se estipula un periodo de in-

terrupción de la prescripción y superado este comienza a computarse el plazo de aquella; lo anterior se manifiesta como una favorabilidad al imputado en cuanto a que, según las regulaciones del nuevo código, le permite tener la certeza de que la persecución penal ejercida en su contra por parte del Estado no se mantendrá vigente de forma indefinida, sino que, transcurrido el tiempo señalado en la ley con las reglas que le determinan, esta deberá prescribir.

Por tanto, para determinar el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal deberá aplicarse retroactivamente el Código Procesal Penal vigente, por constituir la ley favorable al imputado, al potenciar los principios de seguridad jurídica y de legalidad que en la regulación del código anterior se desconocían respecto al tema en análisis.

2. Es de reiterar que el favorecido fue declarado rebelde y se giró la respectiva orden de captura en su contra el día 30/10/2003.

De modo que se coloca en el supuesto del artículo 34 que regula lo relativo a "la prescripción durante el procedimiento" y dispone, en lo pertinente, que en casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad, la acción penal prescribirá después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto para el ilícito, contados a partir de la última actuación relevante, pero en ningún caso el plazo podrá ser inferior a tres años.

En relación con ello, como ya se mencionó en párrafos precedentes, el artículo 36 de la citada normativa establece un periodo de interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal que deviene de la declaratoria de rebeldía, plazo que, según la ley, no debe de exceder de tres años y, transcurrido este, se contabiliza el plazo dispuesto para la prescripción de la acción penal; que para el caso en estudio haría alusión al cumplimiento del tiempo determinado en el artículo 34 ya mencionado.

A partir de esas reglas, aplicables al caso concreto, se tiene que el delito atribuido al señor […] –en la etapa del proceso en que se declaró rebelde– es el de estafa. Dicho ilícito está sancionado por el legislador con una pena máxima de cinco años de prisión.

En ese sentido, desde el último hecho relevante en el proceso penal, el cual es "la declaratoria de rebeldía" que aconteció el 30/10/2003, hasta la promoción de este proceso – 6/5/2015– han transcurrido más de diez años, tiempo que cumple con las reglas antes relacionadas.

En consecuencia, tomando en consideración la legislación apuntada, la acción penal en el caso en particular prescribió para el delito de estafa, por lo que resulta improcedente que sea en razón de ese proceso penal que continúe vigente una restricción al derecho fundamental de libertad del señor […].

En virtud de lo anterior, se ha determinado que no existe fundamento, en este momento, para restringir el derecho de libertad del favorecido, a través de la orden de capturada girada en el proceso penal con referencia 254-1-2002 por el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad; pues dicha orden tiene sustento, como ya se indicó, en una acción penal prescrita".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 126-2015, fecha de la resolución: 20/07/2015.

SALA NO ESTÁ HABILITADA PARA DECLARAR PRESCRITA UNA ACCIÓN PENAL, PERO SI LA LICITUD DE UN ACTO DE RESTRICCIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD FÍSICA

"1. Inicialmente debe aclararse que, en lo concerniente a la prescripción de la acción penal, esta sala-ha sostenido que su determinación corresponde a los jueces competentes en materia penal; sin embargo, cuando la restricción al derecho de libertad ha sido dictada en el contexto de un proceso que tiene como base una acción prescrita, es decir, en el que no se han respetado las condiciones procesales legales para el ejercicio de la acción penal, la jurisdicción constitucional está habilitada para examinar el asunto a efecto de determinar si dicha decisión efectivamente provoca alguna vulneración en relación con el mencionado derecho. Así se ha sostenido, por ejemplo, en la sentencia HC 161-2010, de fecha 11/2/2011.

3. Por su parte, la prescripción de la acción penal es entendida como la imposibilidad de realizar el juzgamiento penal de un hecho delictivo por el transcurso de determinados plazos señalados en la ley a partir de su comisión, durante los cuales el procedimiento no se ha seguido contra el culpable o, cuando dirigido contra una persona determinada, se ha paralizado por el tiempo igualmente señalado en la ley.

Según el criterio sostenido por esta sala –en sentencias HC 174-2003, de fecha 16/6/2004, 68-2011, de 4/9/2013 y 126-2015 de 20/7/2015– las disposiciones reguladoras de la prescripción de la acción penal se encuentran incluidas en "la materia penal" a que hace referencia la Constitución en el inciso 1° del artículo 21 ya citado. Por lo tanto, si respecto a dicho asunto se plantea un conflicto de leyes en el tiempo, debe aplicarse la más favorable al imputado".

1. También es necesario referirse a la irretroactividad de la ley establecida en el inciso 1° del artículo 21 de la Constitución de la República, el cual prescribe: *"Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".*

Es así que la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad" absoluto o total, sino que sujeta la excepción a dicho principio a los casos de leyes favorables en materia penal y en materias de orden público, este último, declarado expresamente en la ley y avalado por la jurisdicción constitucional (ver sentencia Inc. 11-2005, de fecha 29/4/2011)".

"2. Ahora bien, como ya se señaló esta Sala no está habilitada para declarar prescrita una acción penal pero si la licitud de un acto de restricción al derecho de libertad física se disputa en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución, este tribunal es competente para examinar en la decisión judicial sometida a análisis, si a la luz del precepto constitucional citado, han concurrido las condiciones para determinar la prescripción de la acción penal y en consecuencia el cese o no de la orden de restricción que pese sobre el derecho de libertad".

REGLAS EN CUANTO A LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN VIRTUD DE LA DECLARATORIA DE REBELDÍA

"En la normativa actual se establecen reglas diferentes en cuanto a la interrupción de la prescripción en virtud de la declaratoria de rebeldía, específica-

mente el artículo 36, .que dispone: “La prescripción se interrumpirá: 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado (...) En el caso de rebeldía, el período de interrupción no excederá de tres años y después de éste comenzará a correr íntegramente el plazo respectivo de la prescripción de la acción penal, aumentado en un tercio. En los demás casos, desaparecida la causa de interrupción, el plazo de prescripción durante el procedimiento comenzará a correr íntegramente”.

Por su parte, el artículo 34 establece que: “La inactividad en el proceso tendrá como consecuencia la declaratoria de la prescripción de la persecución, la que será declarada de oficio o a petición de parte y el cómputo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante en los términos siguientes: (...) 1) Después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años..”.

Respecto de las dos normativas mencionadas es de señalar que, efectivamente, en la vigente se regulan aspectos procedimentales referidos al cómputo para el plazo de la prescripción de la acción penal que antes no estaban fijados, resultando ser dicha regulación menos gravosa para el procesado, pues mientras en la normativa derogada se interrumpía indefinidamente el plazo de la prescripción con la rebeldía, en la actual legislación se estipula un período de interrupción de la prescripción y superado este comienza a computarse el plazo de aquella; lo anterior se manifiesta como una favorabilidad al imputado en cuanto a que, según las regulaciones del nuevo código, le permite tener la certeza de que la persecución penal ejercida en su contra por parte del Estado no se mantendrá vigente de forma indefinida, sino que, transcurrido el tiempo señalado en la ley con las reglas que le determinan, esta deberá prescribir.

Por tanto, al amparo del artículo 21 de la Constitución para determinar el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal –en el caso en estudio– deberá aplicarse retroactivamente el Código Procesal Penal vigente, por constituir la ley favorable al imputado, al potenciar los principios de seguridad jurídica y de legalidad que en la regulación del código anterior se desconocían respecto al tema en análisis”.

INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL, AL FUNDAMENTAR LAS ÓRDENES DE CAPTURA EN CONTRA DEL INCOADO EN UN PROCESO CUYA ACCIÓN PENAL SE ENCUENTRA PRESCRITA

“3**.** Es de reiterar que el favorecido fue declarado rebelde y se giró la respectiva orden de captura en su contra el día 10/01/2003.

De modo que se coloca en el supuesto del artículo 34 que regula lo relativo a “la prescripción durante el procedimiento” y dispone, en lo pertinente, que en casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad, la acción penal prescribirá después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto para el ilícito, contados a partir de la última actuación relevante, pero en ningún caso el plazo podrá ser inferior a tres años.

En relación con ello, como ya se mencionó en párrafos precedentes, el artículo 36 de la citada normativa establece un período de interrupción del plazo

de la prescripción de la acción penal que deviene de la declaratoria de rebeldía, plazo que, según la ley, no debe de exceder de tres años y, transcurrido este, se contabiliza el plazo dispuesto para la prescripción de la acción penal; que para el caso en estudio haría alusión al cumplimiento del tiempo determinado en el artículo 34 ya mencionado.

A partir de esas reglas, aplicables al caso concreto, se tiene que el delito atribuido al señor […] –en la etapa del proceso en que se declaró rebelde– es el de lesiones culposas. Dicho ilícito está sancionado por el legislador con una pena máxima de dos años de prisión.

En ese sentido, desde el último hecho relevante en el proceso penal, el cual es "la declaratoria de rebeldía" que aconteció el 10/01/2003, hasta la promoción de este proceso – 24/07/2015– han transcurrido más de doce años, tiempo que cumple con las reglas antes relacionadas.

En consecuencia, tomando en consideración la legislación apuntada y lo prescrito en el artículo 21 de la Constitución, la acción penal en el caso en particular prescribió para el delito de lesiones culposas, por lo que resulta improcedente que sea en razón de ese proceso penal que continúe vigente una restricción al derecho fundamental de libertad del señor […].

Finalmente, cabe aclarar que al momento en que la autoridad demandada dictó la orden de captura en contra del favorecido, esta era legal pero se ha determinado que el transcurso del tiempo y la emisión de leyes favorables al imputado ha traído como consecuencia que prescribiera la acción penal del proceso del cual dependía aquella; por lo que no resulta posible que dentro del proceso penal en el que concurre tal condición –acción penal prescrita- la autoridad judicial pueda sostener válidamente algún tipo de restricción al derecho de libertad del señor […], como la orden de captura a la que se ha hecho referencia, pues a la fecha dicha orden tiene sustento en una acción penal ya prescrita.

Por tanto, a partir de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución se establece que el Juzgado Primero de Tránsito de San Salvador al aplicar la normativa procesal derogada en el proceso penal seguido en contra del señor […]. ha inobservado el principio de retroactividad de la ley penal cuando esta es favorable al reo en perjuicio del derecho de libertad del favorecido, al fundamentar las órdenes de captura en contra del incoado en un proceso cuya acción penal se encuentra prescrita, por lo que es procedente estimar la pretensión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 219-2015, fecha de la resolución: 02/10/2015.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

INOBSERVANCIA GENERA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL

"Ahora bien, la tramitación de la impugnación planteada habrá de realizarse de conformidad con el procedimiento diseñado por el legislador, dando a las partes las oportunidades de intervención que este prevé. Así, si una autoridad judicial tramita los recursos de manera contraria a lo especificado legalmente ello implicaría soslayar el principio de legalidad y vulneraría el derecho a recurrir,

pudiendo generar lesiones al derecho fundamental de libertad física si como consecuencia del desarrollo no acorde con la normativa correspondiente se ordenan restricciones al mismo".

Este tribunal también ha considerado, cabe añadir, que el principio de congruencia busca que la sentencia, y en general toda resolución judicial, guarde una identidad jurídica entre lo resuelto por el juez, sea o no estimatorio, y las peticiones planteadas por las partes en el proceso, con lo cual se delimita el contenido de las resoluciones que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las solicitudes formuladas por los involucrados en el proceso –verbigracia, resolución HC 244-2009R de fecha 29/6/2010–.

1. De acuerdo con la documentación incorporada a este proceso constitucional, el condenado [...] presentó, el 5/3/2014, escrito mediante el cual solicitó al aludido tribunal de sentencia la revisión de la sentencia condenatoria emitida en su contra.

En este señaló, en lo pertinente: "...el agravio en este caso propiamente estriba en primer lugar, por no haberse juzgado dos veces por la misma causa y en segundo lugar, por no haberme juzgado conforme a las leyes con lo que el agravio es claro..." (sic).

Bajo el epígrafe "concreta referencia de los motivos en que se funda la revisión y disposiciones aplicables" manifestó: ".... como tanto el hecho de haber calificado el ilícito que se atribuye, con la base de la sanción no existente en la ley penal, el hecho de haberlos así apreciado e incluido en la sentencia en el hipotético caso de que fuera legal, como en la misma tienen incidencia decisiva y determinante en la misma sentencia, violentando de manera directa y manifiesta la garantía constitucional de la seguridad jurídica art. 1 cn, ya que no existe seguridad jurídica cuando la determinación o calificación de un ilícito penal y de su sanción quedan al arbitrio del juzgador. Esta es otra causa con la que la sentencia se violentan garantías constitucionales..." (sic).

Luego de ello ofreció pruebas e indicó que la solución pretendida consiste en "...que el tribunal de sentencia respectivo declare que en la sentencia impugnada se han violado las garantías constitucionales de ser juzgado con arreglo a las leyes, de haber sido juzgado dos veces por la misma causa en el mismo proceso, la garantía del debido proceso; de la seguridad jurídica y del derecho de defensa; asimismo haber sido condenado, por un delito que no existe en el ordenamiento jurídico de nuestro país, y por consiguiente haberme puesto una condena ilegal, que declare nula la sentencia impugnada; pronunciando directamente la sentencia del caso, resolviendo de oficio sobre la reparación de los daños y perjuicios causados por la sentencia que se anule..." (sic).

Después de haberse realizado diligencias de recusación, por medio de resolución de 8/7/2014, la autoridad demandada recibió el escrito arriba mencionado y, entre otros, admitió el recurso de revisión y señaló "...se fija el debate en la presente causa atingente a la aplicación o no del nebis in ídem, como garantía constitucional de la prohibición de doble persecución penal, y sobre este punto deberán versar las alegaciones de las partes..." (sic). En resolución posterior, fijó como fecha para la audiencia el día 21/7/2014.

La audiencia fue celebrada el día indicado y consta en el acta respectiva que el tribunal resolvió declarar no ha lugar a anular la sentencia condenatoria.

En resolución de fecha 22/7/2014 se consignan las argumentaciones de los intervinientes y las razones de la decisión judicial.

Así, se indica que el condenado reiteró los reclamos planteados en su escrito recursivo y adicionó otros.

El tribunal, por su parte, hizo referencia a la doble persecución reclamada por el condenado y descartó su existencia, por las razones expresadas en la mencionada resolución. A su vez se refirió a otros aspectos, que también rechazó: valoración de prueba supuestamente declarada nula por el Tribunal de Sentencia de Sonsonate, falta de identificación de un testigo y la pena decretada por la sede que emitió sentencia condenatoria; sobre esto último indicó no poderse pronunciar respecto a la motivación que tuvieron los jueces para imponer la pena seleccionada.

El favorecido planteó revocatoria de dicha resolución, en la cual manifestó, entre otros aspectos, que no se había decidido lo referente a que, según su consideración, ha sido condenado por un delito que no está descrito en el Código Penal y que el rango de la pena de prisión considerado por el tribunal sentenciador para la imposición de la sanción respectiva tampoco existe para los delitos que aluden a la falsificación de documentos. Este recurso fue declarado inadmisible.

2. Es así que, según la información que consta en el proceso, en escrito de revisión presentado por el favorecido y que fue resuelto por el Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana, expuso algunos argumentos por los que, a su criterio, procedía la aludida impugnación que no fueron contestados por la mencionada sede judicial, ello a pesar de que el imputado los reiteró en audiencia y en recurso de revocatoria.

De esta manera, al inobservar el principio de congruencia también vulneró los derechos a recurrir y de libertad física del señor [...], en tanto, al no haber sido respondidos todos sus planteamientos, desconoce si alguno de ellos es capaz de desvirtuar, en los términos dispuestos en la normativa correspondiente, la condena emitida en su contra.

3. Finalmente debe indicarse que el cese de la restricción a la libertad física del beneficiado no puede constituir el efecto de esta decisión en tanto aquella depende exclusivamente de la sentencia condenatoria dictada en su contra, la cual fue pronunciada antes de ocurrir el comportamiento que se ha determinado inconstitucional. De esa manera, la vulneración a la Constitución llevadas a cabo durante la decisión de la revisión cuestionada, no se extiende a la referida sentencia condenatoria.

La consecuencia, por tanto, de la decisión de este tribunal consiste en que la autoridad demandada de respuesta a los planteamientos del señor A. que no abordó en sus decisiones, los cuales, según llegase a decidirse en la sede penal, podrían generar que se deje sin efecto la restricción a la libertad física decretada en contra del favorecido.

Lo anterior no implica que la sede aludida deba emitir una resolución en un sentido determinado, sino que debe hacer el examen liminar del recurso, de

conformidad con los parámetros del Código Procesal Penal y, si lo considera procedente, seguir el trámite también dispuesto en dicha normativa. No significa, por tanto, que con base en esta sentencia deba admitirse la revisión de la condena, sino que el análisis del recurso debe efectuarse dentro de los límites de las facultades y los trámites dispuestos por el legislador".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 103-2015, fecha de la resolución: 28/10/2015.

RECURSO DE APELACIÓN

ASPECTOS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN PARA DETERMINAR SI LA TARDANZA EN LA EMISIÓN DE UNA RESPUESTA ES CAPAZ DE GENERAR AFECTACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES

"Para determinar si la tardanza en un proceso genera afectaciones con trascendencia constitucional, se deben de tener en consideración los siguientes aspectos: (i) la complejidad del asunto: ya sea la complejidad fáctica del litigio, la jurídica o las propias deficiencias técnicas del ordenamiento; (ii) el comportamiento del recurrente: puesto que no merece el carácter de indebida una dilación que haya sido provocada por el propio litigante y; (iii) la actitud del juez o tribunal, referida a si las dilaciones en el proceso obedecen a la inactividad del órgano judicial, que sin causa de justificación, dejó transcurrir el tiempo sin emitir la decisión correspondiente para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes (ver resolución HC 99-2010, de fecha 20/8/2010).

2. Establecida la habilitación constitucional para conocer del caso concreto, a partir de la certificación del expediente penal remitida a esta sala, se puede constatar lo siguiente:

Al señor [...] se le condenó por el delito de extorsión, en audiencia de vista pública celebrada el 20/08/2014 por el Juzgado Especializado de Sentencia de San Miguel, la sentencia condenatoria fue notificada el día 03/09/2014. Posteriormente, el abogado defensor del favorecido interpuso recurso de apelación ante la Cámara Especializada de lo Penal, quien recibió el expediente judicial el 07/10/2014; la que resolvió confirmar la sentencia condenatoria mediante resolución del 31/07/2015".

LA DEMORA EN LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONSTITUYE UN "PLAZO MUERTO"

"De conformidad con la normativa correspondiente, el plazo máximo para la resolución del recurso promovido consiste en 30 días, el cual, excepcionalmente, en caso de que se ordene audiencia pública, podrá extenderse hasta 40 días –artículo 473 del Código Procesal Penal–.

A partir de lo reseñado se ha determinado, que desde el día en que la cámara especializada recibió el proceso penal –07/10/2014– hasta la fecha en que se presentó este hábeas corpus –26/06/2015– transcurrieron más de ocho meses durante los cuales se le impidió obtener un pronunciamiento que definiera su

situación jurídica con mayor celeridad y con la virtualidad de lograr, entre otros efectos, el posible restablecimiento de su libertad personal.

La autoridad demandada manifestó como razones para justificar la falta de emisión de la resolución del recurso de apelación: la carga laboral, los aspectos cualitativos de los procesos de su conocimiento pues existen causas complicadas y voluminosas con pluralidad de imputados y de delitos que hace difícil cumplir con los plazos señalados por el legislador, esto según informe de defensa emitido por dicha autoridad.

Dichas razones no son aptas para argumentar el retardo en la emisión de la decisión que resuelve el recurso de apelación, pues no coinciden con los supuestos reconocidos por la jurisprudencia de esta sala que podrían justificar una dilación: i) la complejidad del asunto, referida a la complejidad fáctica o jurídica del litigio, dado que este aspecto si bien fue retomado por la autoridad demandada lo hizo de forma generalizada y no del proceso penal específico seguido en contra del señor [...], ya que en este caso sólo se trataba de un imputado, una víctima y un delito; ii) el comportamiento del recurrente, ya esta sala ha sostenido que no merece el carácter de indebida una dilación que haya sido provocada por el propio litigante que luego reclama de ella, lo cual no se ha indicado que haya ocurrido en el supuesto en estudio; iii) la actitud del tribunal, es decir, a si las dilaciones en el proceso obedecen a la inactividad del órgano judicial, que sin causa de justificación, dejó transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir una resolución de fondo, u omitió adoptar medidas adecuadas para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes (sentencia HC 185-2008, de 10/02/2010).

En relación con el último aspecto aludido este tribunal ha indicado, de forma reiterada, que el señalamiento de la carga laboral como sustento de la dilación en el proceso, no es apto para tener por justificado el retardo en la emisión de la resolución respectiva (ver, por ejemplo sentencias HC 185-2008, de 10/2/2010 y HC 154-2009 de 16/6/2010). Lo anterior no significa que esta sala desconozca las circunstancias que puedan suscitarse y que incidan negativamente en el funcionamiento de los tribunales, como la existencia de una gran cantidad de procesos, algunos de ellos con cierto grado de complejidad, que superen los recursos personales y materiales con los que cuentan los juzgados para hacer frente a su tramitación; sin embargo el escenario planteado, que debe ser objeto de estudio por parte de las autoridades competentes con la finalidad de ordenar y llevar a cabo las medidas necesarias para su mejoramiento, no puede justificar la aceptación de la lesión al derecho de los imputados a ser juzgados en plazos razonables, mucho menos cuando superan en demasía y sin que las características particulares del específico proceso penal lo admitan, los límites temporales que el legislador estableció para la realización de las diversas actuaciones en el proceso penal.

Por otra parte, la autoridad demandada señala que tienen una alta carga laboral al ser la única cámara especializada a nivel nacional, tales argumentos deben ser analizadas por las autoridades correspondientes para, en caso de comprobarse, realizar las acciones pertinentes; mas su propuesta en el proceso constitucional de hábeas corpus para sustentar tales retrasos en el juzgamiento

de los imputados y así descartar la vulneración a sus derechos fundamentales, no puede ser aceptada por esta sala, ya que ello implicaría trasladar a los incoados las consecuencias de las alegadas disfunciones generadas en el sistema penal, tomando en cuenta, además, que dichas disfunciones tampoco han sido acreditadas en este hábeas corpus.

En esa línea argumental es manifiesto que la demora en la emisión de la resolución del recurso de apelación constituye un "plazo muerto"; es decir, de inactividad judicial en el proceso respectivo carente de justificación por varios meses, en detrimento de los derechos fundamentales de libertad personal y defensa del procesado. Por tanto, se ha vulnerado el derecho del beneficiado a ser juzgado en un plazo razonable.

4. Como último aspecto es preciso determinar los efectos del presente pronunciamiento. Tomando en cuenta la naturaleza del reclamo planteado referido a las dilaciones indebidas y reconocida la vulneración constitucional por este tribunal, la restitución al derecho de libertad personal del beneficiado no puede constituir el efecto de lo decidido; sin embargo, tampoco lo puede ser posibilitar que la autoridad demandada emita la decisión que resuelva el recurso de apelación, en virtud que –como quedó establecido– esto último ya fue realizado por la Cámara Especializada de lo Penal de San Salvador durante la tramitación de este proceso constitucional, razón por la cual los efectos de esta sentencia son meramente declarativos".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 179-2015, fecha de la resolución: 23/09/2015.

RECURSO DE REVISIÓN

INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y VULNERADO EL DERECHO A RECURRIR, CON INCIDENCIA EN LA LIBERTAD FÍSICA DEL FAVORECIDO, AL REALIZAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL PRESENTADA, EN UNA ETAPA PREVIA A LA DISPUESTA EN LA NORMATIVA

"3. De acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, se ha sostenido que el recurso de revisión, regulado a partir del artículo 489 del Código Procesal Penal, comprende una serie de supuestos frente a los cuales la misma autoridad judicial que emite la sentencia condenatoria debe revisar la procedencia de modificar tal decisión en beneficio de la persona declarada culpable penalmente. Dicha regulación no habilita una revisión plena de lo decidido, en tanto solamente permite el análisis de los aspectos específicos señalados en la ley, para lo cual el tribunal sentenciador, ante la presentación de este medio de impugnación, debe verificar el cumplimiento de alguno de ellos para dar trámite al mismo.

Y es que, en los artículos 491 y 492 de la normativa mencionada, se establece la obligación del recurrente de expresar, en el escrito de interposición del recurso en mención y bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda, las disposiciones legales aplicables y el ofrecimiento de la prueba pertinente; asimismo, la autoridad judicial que conoce del aludido medio de impugnación,

si llegara a admitirlo, debe celebrar audiencia, durante la cual recibirá la prueba pertinente ofrecida por el solicitante.

Por tanto, una vez admitida la revisión, habrá de tramitarse de conformidad con el procedimiento diseñado por el legislador, dando a las partes las oportunidades de intervención que la ley prevé. Así, si una autoridad judicial tramita la revisión de manera contraria a lo especificado en la normativa ello implicaría soslayar el principio de legalidad, y vulneraría el derecho a recurrir, el cual se encuentra vinculado con el que se protege a través del hábeas corpus dado que el fin del recurso planteado es la revocatoria de la condena impuesta y como consecuencia, la posibilidad de emitir una sentencia absolutoria que permita la puesta en libertad del favorecido, por lo que la inobservancia del trámite en los términos legalmente establecidos, impide que la decisión judicial sobre el recurso interpuesto sea acorde con la Constitución (tal como esta sala sostuvo en la sentencia HC 226-2009, de 23/3/2010).

Ahora bien, no obstante este tribunal ha sostenido que, con fundamento en el principio de legalidad que debe regir la tramitación del denominado recurso de revisión, el juzgador no puede realizar la valoración de la prueba presentada en una etapa previa a la dispuesta en la normativa correspondiente; también ha indicado que sí se encuentra autorizado para realizar un análisis de admisibilidad de la solicitud presentada por el imputado o su defensor.

Este examen liminar implica, entre otros aspectos, determinar si el planteamiento efectuado por el impugnante se encuentra comprendido dentro de los supuestos señalados en la ley. En relación con ello, esta sala ha manifestado que en el análisis de admisibilidad el juzgador está facultado para determinar si lo propuesto por el recurrente como “nuevos hechos o elementos de prueba” se trata o no de eso, es decir si efectivamente el solicitante se refiere a la existencia de hechos y elementos de prueba sobrevenidos o descubiertos después de la sentencia o no. Tal actividad, en esos términos, no significa que la autoridad, judicial se pronuncie sobre el fondo de la impugnación o que valore la prueba presentada, sino que analiza si la propuesta del recurrente se corresponde con alguno de los motivos descritos en el Código Procesal Penal.

En ese sentido, en diversas resoluciones esta sala ha sostenido la imposibilidad de pronunciarse sobre la divergencia entre lo que el pretensor y el tribunal interpretan que significa la existencia de “nuevos hechos o elementos de prueba”, pues de realizarse ese tipo de valoraciones se estaría conociendo sobre los conceptos que sustentan la pretensión del recurso interpuesto, lo que convertiría a este tribunal constitucional en una instancia más dentro del proceso penal, desnaturalizando de tal manera la función que le ha sido encomendada (improcedencia HC 172-2010, de 9/2/2011 y sentencia HC 13-2009, de fecha 8/4/2011).

4. Como se indicó en apartados posteriores, el Tribunal de Sentencia de La Unión fundamentó el rechazo del recurso de revisión en que no se había justificado la existencia de elementos nuevos en relación con el planteamiento propuesto –es decir con el supuesto estado de embriaguez en el que se encontraba el acusado en el momento de cometer el delito–, lo cual sustentó de la siguiente manera:

Respecto a los testigos ofrecidos la autoridad expresó que en la vista pública el imputado declaró y no hizo mención de ellos, por lo que “el recurrente no puede estar aseverando que los testigos conocieran respecto a los hechos que se ventilaron en aquel momento procesal oportuno”.

Sobre la prueba restante –análisis elaborados por laboratorista clínica y por psicólogo– adicionó que no es la adecuada para establecer lo pretendido por el recurrente, es decir el grado de embriaguez en que se encontraba el acusado, pues fue-realizada sin control fiscal ni judicial y sin determinarse con base en qué aspectos se ha llegado a las conclusiones plasmadas en los documentos presentados.

En cuanto a lo anterior es de señalar, en primer lugar que el análisis relativo a la idoneidad, legalidad, utilidad y pertinencia de la prueba no implica que se adelante conclusiones propias de la valoración de los medios probatorios ofrecidos, sino que forma parte del estudio que está facultado a realizar el juez o tribunal, según corresponda, para determinar si procede el trámite del recurso aludido; ello ocurrió en el caso de los dictámenes emitidos por laboratorista clínica y por psicólogo que el juzgador consideró no reunían los requisitos mínimos para su admisión, decisión emitida, por tanto, en el marco de sus atribuciones.

En segundo lugar, en referencia a la consideración de que el ofrecimiento de testigos no revela elementos de prueba novedosos, cabe señalar que ello se sostiene en que el imputado declaró en el juicio y no mencionó que dichos testigos estuvieran presentes, por lo cual no se puede “estar aseverando que (...) conocieran respecto a los hechos que se ventilaron en aquel momento procesal oportuno”.

No obstante el tribunal demandado indicó que la razón generadora del rechazo del recurso fue no proponerse elementos de prueba nuevos, en sus argumentaciones reconoce que se trata de personas que antes eran desconocidas por la defensa, según el recurrente; que no fueron mencionadas por el imputado en su declaración; y que, en consecuencia, no pueden conocer de los hechos sobre los cuales rendirían declaración. Es decir, más que sostener la falta de proposición de elementos nuevos, la decisión de no tramitar el recurso se apoya en su consideración de que, si no fueron mencionados en la vista pública por el imputado, no pudieron conocer cómo se desarrollaron los hechos, lo cual implica presentar una apreciación adelantada sobre el valor –negativo– que le merecen dichos testimonios.

Cabe aclarar que esta sala no puede establecer –porque excedería sus competencias– si el defensor ha propuesto hechos o elementos de prueba nuevos, en los términos que regula la normativa procesal penal, pues ello corresponde al juez que conoce en materia penal; pero si puede determinar, como en el presente caso, que no obstante el rechazo del recurso se basó en no proponerse elementos de prueba nuevos, ello es incongruente con las argumentaciones que respaldan dicha postura judicial y, naturalmente, permite concluir que se ha emitido, de forma adelantada, opinión sobre el valor negativo que para el juez tienen dichos testimonios.

Esta sede, por tanto, coincide solo parcialmente con lo decidido por la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente, pues, no obstante con-

sidera que examinar la idoneidad y legalidad de la prueba ofrecida forma parte de la competencia del juez en materia de revisión de la condena para determinar si se ordena el trámite del recurso; emitir opinión sobre el valor de testimonios ofrecidos, sin haberlos producido, revela un apartamiento del trámite dispuesto por el legislador, ya que esto solo puede ser el resultado del examen de los testigos en audiencia –en similar sentido, sentencia HC 255-2014, de 27/2/2015–.

Por tanto, con su actuar, el juez demandado ha inobservado el principio de legalidad y vulnerado el derecho a recurrir, con incidencia en la libertad física del favorecido, al haber realizado la valoración de la prueba testimonial presentada, en una etapa previa a la dispuesta en la normativa correspondiente.

V**.** Como consecuencia de lo dispuesto en el considerando precedente, la actuación del juez del Tribunal de Sentencia de La Unión que vulneró los derechos fundamentales del favorecido debe dejarse sin efecto y por lo tanto corresponde a la autoridad demandada emitir, en sustitución de la declarada inconstitucional, la resolución compatible con la Constitución y la ley.

El cese de la restricción a la libertad física del beneficiado no puede constituir el efecto de esta decisión en tanto aquella depende exclusivamente de la sentencia condenatoria dictada en su contra, la cual fue pronunciada antes de ocurrir el acto que se ha determinado inconstitucional. De esa manera, las vulneraciones a la Constitución llevadas a cabo durante la interposición de la revisión cuestionada, no se extienden a la referida sentencia condenatoria.

Por consiguiente, al no encontrarse un vínculo entre el acto del que penden las violaciones a la Constitución aquí establecidas y el acto en virtud del cual se ejerce la restricción de libertad en que se encuentra el condenado, esta sala no puede hacer cesar esta última.

Finalmente también debe decirse que la decisión de este tribunal constitucional no implica que el juez aludido deba emitir una resolución en un sentido determinado, sino que debe hacer el examen liminar del recurso, de conformidad con los parámetros del Código Procesal Penal y, si lo considera procedente, seguir el trámite también dispuesto en dicha normativa. No significa, por tanto, que con base en esta sentencia deba admitirse la revisión de la condena, sino que el análisis del recurso debe efectuarse dentro de los límites de las facultades y los trámites dispuestos por el legislador".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 164-2015-R, fecha de la resolución: 22/07/2015.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

EN CASO DE CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO, POR DEROGATORIA O MODIFICACIÓN DE UNA O VARIAS NORMAS, LAS AUTORIDADES DEBERÁN DE APLICAR LA NORMA VIGENTE AL MOMENTO DE RESOLVER EL ASUNTO CONCRETO

"1. El artículo 21 de la Constitución expresa que *"...Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo cuando la ley es de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente..."*. Para el presenté análisis

interesa la segunda excepción antes indicada -materia penal cuando la nueva ley sea favorable-.

Entonces, la retroactividad de la ley significa una extensión de su vigencia hacia el pasado, pues subsume situaciones de hecho pretéritas -reguladas por normas en vigor al tiempo de su existencia-dentro del ámbito de nuevas normas creadas con posterioridad al evento sometido a control. Así, la posibilidad de aplicar retroactivamente las leyes tiene o un carácter excepcional, delimitado expresamente por el artículo 21 de la Constitución.

Ahora bien, el desarrollo de un proceso supone el transcurso de determinado espacio temporal, en el cual las leyes pueden cambiar por decisión del legislador; de manera que el control constitucional efectuado por esta Sala, debe ejercerse sin constreñir indebidamente la función del legislador, quien está habilitado para modificar la normativa vigente, y optar por la que mejor estime, debiendo acatarse de inmediato los mandatos legales establecidos por la norma creada conforme a la Constitución.

Sin embargo, la derogación o modificación de una ley puede suscitar un conflicto en cuanto a su aplicación en el tiempo. En tal caso, ha de determinarse hasta dónde llegan los efectos de la norma derogada:

Por otro lado, bajo ciertas circunstancias, la derogatoria de un precepto normativo podría reñir con la seguridad jurídica, que desde la perspectiva del derecho constitucional implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona, y a la vez una limitación a la arbitrariedad del poder público, en el sentido de que el destinatario del Derecho tenga la certeza de que su estatus jurídico podrá ser modificado exclusivamente a través de procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Así vista, la seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro, que permite anticipar las consecuencias jurídicas de las acciones del ser humano, y las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos.

Consecuentemente, la regla general es la aplicación inmediata de las normas y sus efectos serán desplegados hacia futuro; sin embargo, en algunos casos surgen circunstancias que precisan efectuar, en aras de garantizar de manera óptima los derechos fundamentales de los justiciables, un análisis particular en cuanto a la norma que ha de aplicarse para resolver la cuestión, pues en algunos supuestos la aplicación de una nueva norma puede reñir con otros intereses constitucionales, cuya preservación requiere de una ponderación específica, a efecto de escoger la norma que resguarde de mejor manera todos los intereses constitucionales concernidos.

De lo anterior se colige que si bien el legislador posee facultad de configuración normativa, y por tal razón cada supuesto de hecho a resolverse por las autoridades respectivas, ha de dirimirse conforme a la normativa vigente al momento de su ocurrencia. Los dictados legislativos no pueden afectar situaciones de hecho consumadas con anterioridad a la modificación de la norma; e incluso tampoco pueden extenderse a aquellas situaciones jurídicas no consolidadas pero que objetivamente estén prontas o inmediatas a consumarse; pues la seguridad jurídica se ve afectada cuando la nueva ley incide en la adquisición de

un derecho cuya situación jurídica presentaba un razonable nivel de proximidad o inminencia.

En caso de suscitarse un conflicto de leyes en el tiempo debido a la derogatoria o modificación de una o varias normas las autoridades correspondientes deberán de aplicar la norma vigente al momento de resolver el asunto concreto, siempre que, a partir de los términos acotados arriba, ello no afecte la seguridad jurídica de los involucrados.

A ese respecto, ha de insistirse en que la afectación derivada de la derogatoria o modificación de una norma podría colisionar con la seguridad jurídica, únicamente en caso de haberse consumado materialmente el supuesto contemplado por la norma que pierde vigencia, o bien, cuando se esté muy próximo a su acaecimiento; pues en materia de protección constitucional, se salvaguardan aquellas situaciones jurídicas definidas y no aquellas que tan solo configuran meras expectativas -ver resolución de HC 152-2009 de fecha 7/5/2010-".

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, AL OMITIR EL ANÁLISIS RESPECTO A LA LEGISLACIÓN APLICABLE PARA DETERMINAR LA PENA QUE DEBE CUMPLIR EL IMPUTADO

"VII. A partir de tales datos debe señalarse que dentro de las atribuciones conferidas a los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Penitenciaria es la de efectuar el cómputo para determinar la fecha en que se cumplirá la media, las dos terceras partes y la totalidad de la condena impuesta. Asimismo a solicitud de parte o de oficio se podrá rectificar este cómputo "en cualquier tiempo".

En los pasajes del expediente de ejecución remitidos consta que inicialmente se hicieron dos distintos cómputos en razón de las sentencias condenatorias emitidas en contra del favorecido; posteriormente, al advertirse la existencia de ambas condenas, se dejó en suspenso en cumplimiento de la segunda hasta la terminación de la primera; finalmente, y en aplicación del actual Código Procesal Penal, se unificaron las penas de prisión impuestas sumando un total de sesenta años.

Así las cosas, el planteamiento del favorecido se fundamenta en la existencia de una regla dentro del Código Penal que limita el cumplimiento de las penas de prisión a un máximo de treinta años, al tratarse del concurso real. El monto indicado, sostiene, era el vigente en el momento en que se dieron los hechos por los que fue condenado en los dos procesos penales seguidos en su contra, por lo que es el que debe aplicársele.

El Código Penal en su artículo 45 determina las penas principales y respecto al rango de las de prisión ha variado desde considerarse como máximo treinta años hasta la actual determinación de sesenta años. De acuerdo a las sentencias emitidas en contra del favorecido en de fechas 12/3/1999 y 16/8/1999, los hechos por los cuales fue condenado sucedieron el 23/8/1998 y el 3/1/1999 respectivamente; de dichas sentencias se efectuaron los cómputos en fechas 5/5/1999 y 9/12/1999 respectivamente; y el 3/10/2000 al advertir la existencia de las dos condenas se pronunció respecto a la forma en que se ejecutarían.

El artículo 45 aludido fue reformado mediante Decreto Legislativo número 703 del 9/9/1999 publicado en el Diario Oficial número 183 del 4/10/1999 en el que se modificó el máximo de la duración de la pena de prisión de treinta a treinta y cinco años.

Es así que en el momento en que se dieron los hechos por los cuales fue condenado el favorecido en los dos procesos penales seguidos en su contra en el Tribunal de Sentencia de La Unión, el máximo de la pena de prisión que debía cumplir era de treinta años, porque la reforma aludida se produjo con posterioridad a la comisión de la actividad delictiva de la que resultó responsable, por lo que este monto es el que debía tornarse en cuenta para determinar el cómputo al que hace alusión el artículo 44 de la Ley Penitenciaria.

En el Código Penal no existe una regla que permita identificar la forma en que se deberá efectuar el cómputo de la pena cuando se trate de dos sentencias emitidas en contra de una persona cuyo cumplimiento pueda llegar a ser simultáneo ya que la emisión de la segunda se da cuando se está en cumplimiento de la primera; sin embargo, sí existe una regla que analógicamente es susceptible de ser aplicada para resolver esta situación, y es la contenida en el artículo 71 del Código Penal que se refiere a la penalidad del concurso real.

En esta disposición se indica: “En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor..”.

Si bien la disposición se refiere a la imposición de todas las penas que correspondan por los delitos que se cometan, la existencia de penas ya impuestas cuyo cumplimiento se efectúe de manera sucesiva sin que exista una posibilidad de restringido conforme al límite máximo indicado para su cumplimiento, llevaría al riesgo de que se establezcan penas perpetuas prohibido por mandato constitucional -art. 27 inc. 2°-

De manera que el principio de proporcionalidad de las penas es uno de los fundamentos directos del concurso real, dado que estas no pueden volverse irrazonables. Ello se puede concluir, como se ha dicho, por la prohibición constitucional de penas perpetuas, puesto que la multiplicidad de penas por acumulación, sin una regla que permita limitar temporalmente su cumplimiento constituye un grave riesgo para la infracción de tal prohibición; y por otro lado, para salvaguardar el principio de resocialización de la pena, el que implica una oportunidad real de inserción social, el cual solo se puede garantizar frente a la existencia de penas que por su extensión no anulen esa posibilidad.

La unificación de penas contenida en el artículo 62 del Código Procesal Penal, a la que hizo alusión la autoridad demandada como la única atribución que podía efectuar ante la existencia de dos condenas firmes emitidas en contra de una persona, no es contraria al análisis sobre el monto máximo de pena de prisión dispuesto legalmente y, si bien, en el caso del favorecido la actual normativa penal dispone sesenta años, lo que es coincidente con la sumatoria de las penas por los delitos por los que fue condenado, en el momento de la comisión de los hechos delictivos -23/8/1998 y el 3/1/1999- el máximo de pena era de treinta años de prisión, según lo dispuesto en la redacción del artículo 45 del Código

Penal vigente en esa fecha, por lo que es con base en él que debía practicarse el respectivo cómputo.

Y es que, tal como se ha referido en la jurisprudencia de este tribunal, es el momento en que surge el supuesto habilitante para la aplicación de una determinada actividad judicial -en este caso, la comisión del delito- el que define la legislación penal que deberá regir respecto a los montos máximos de pena a cumplir, ya sea por una o por la imposición simultánea de dos o más penas de prisión.

Cabe aclarar que si producto de una nueva legislación o la reforma de la ya existente se modifica el monto máximo de pena y resulta menor al que en principio corresponde aplicarle a una persona conforme a lo dicho en el párrafo precedente, debe aplicarse la retroactividad de la ley penal por ser más beneficiosa para el condenado, que es una de las excepciones dispuestas a la prohibición contenida en el artículo 21 de la Constitución; sin embargo, se insiste, en este caso, la aplicación de la regla actual sobre máximo de pena de prisión resultaría lesiva para el favorecido ya que implicaría que cumpla la suma total de las dos penas de prisión que le fueron impuestas, por la coincidencia que tienen con dicho máximo -sesenta años-.

Por lo dicho, la autoridad demandada ha infringido el principio de legalidad en perjuicio del derecho de libertad del favorecido, al omitir el análisis respecto a la legislación aplicable para determinar la pena que debe cumplir el señor Cruz Reyes, por lo que es procedente estimar su pretensión".

EFECTO RESTITUTORIO: PROCEDER DE INMEDIATO A RECTIFICAR EL CÓMPUTO DE LA PENA TOMANDO EN CUENTA LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS

"VIII. Una vez reconocida la vulneración constitucional atribuida a la autoridad demandada, es necesario determinar los efectos de este pronunciamiento.

Tal como se ha referido, en este caso la modalidad de hábeas corpus que ha servido de base para efectuar el análisis constitucional requerido es la preventiva, al no existir aún una restricción ilegal. En ese sentido, al haberse determinado que la orden de cumplir las penas de prisión que le fueron impuestas más allá del límite legal aplicable para el caso del favorecido, resulta contraria a la Constitución, es necesario dejarla sin efecto.

Ahora bien, debe indicarse que es atribución del juez de vigilancia penitenciaria competente efectuar el cómputo de la pena, a efecto determinar los distintos momentos en los que se puede acceder a beneficios penitenciarios, o se culmina por completo la pena de prisión impuesta.

Por tanto, al ser la rectificación del cómputo una actividad que puede efectuarse en cualquier momento de la ejecución de la pena, se ordenará al Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Miguel que proceda de inmediato a llevar a cabo dicha diligencia tomando en cuenta los parámetros dados en este pronunciamiento".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 380-2014, fecha de la resolución: 14/01/2015.

INCONSTITUCIONALIDADES

ACTOS DE TERRORISMO

LAS REGULACIONES ACTUALES A NIVEL GLOBAL Y REGIONAL SE ENFOCAN PRIMORDIALMENTE EN REGULAR ASPECTOS ESPECÍFICOS

"III. *1.* De acuerdo con los demandantes, el art. 1 LECAT define lo que debe entenderse por "terrorismo" –aun y cuando no se estipule como tal y requiera ponerse en relación con el nombre de la ley, así como con los arts. 5 letra m y 13 del referido cuerpo especial–; esto es cuando se trata de delitos que "…por su forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional".

Sin embargo, a criterio de los demandantes, tal descripción se muestra sumamente imprecisa y goza de tal vaguedad que pudieran dar lugar a una libre y extensa interpretación judicial de los hechos comprendidos en la definición apuntada, afectando con ello el principio de taxatividad penal así como la seguridad jurídica.

A. De inicio, conviene afirmar que, en la actualidad y dentro del marco del Derecho Internacional, no existe consenso acerca de qué debe entenderse por este tipo de criminalidad –*terrorismo*–, y ello es debido a su compleja naturaleza.

Por ello, las regulaciones actuales a nivel global y regional, se enfocan primordialmente en regular aspectos específicos del fenómeno como suelen ser la pertenencia, colaboración o financiación de las organizaciones terroristas así como a configurar mecanismos de cooperación policial y judicial como los relativos a la extradición. Y aún, a uniformar a nivel internacional, la consideración de ciertos actos como terroristas.

Dentro de este último rubro, a nivel internacional existen los siguientes tratados o convenios internacionales: la Convención de Tokio sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de Aeronaves (1963); el Convenio de La Haya sobre apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); la Convención de la ONU sobre protección del personal diplomático (1973); Convención sobre la prevención y castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas (1973); Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988) y el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988), entre otros.

B. A nivel doctrinario –por ejemplo–, es posible encontrar definiciones que realzan de forma particular el medio utilizado (explosivos, armas de destrucción masiva, etc.), el efecto causado (terror), las motivaciones (políticas, ideológicas, etc.), o de forma sincrética a todos estos elementos.

Al efecto, basta estudiar las definiciones brindadas por un amplio sector doctrinario como: *(a)* todo acto cometido como parte de un método de lucha política que comporta el uso de violencia extrema contra personas inocentes; *(b)* el recurso a medios extremadamente violentos e ilegales en la lucha política;*(c)* utilización de medios que pueden causar estragos con el propósito de aterrorizar a un sector de la población con la finalidad de cambiar el sistema político imperante; o *(d)* actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas que, verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad y el orden públicos con fines políticos.

C. Así, tanto las dificultades teóricas suscitadas en el Derecho Internacional como en las encontradas divergencias sobre el tema, permiten concluir que *es en el Derecho interno donde caben más posibilidades de establecer una definición normativa del terrorismo que tome en cuenta sus actuales niveles organizativos, tácticos, armamentísticos y de financiación; de manera que su regulación en un Código Penal o en una Ley Especial no es* per se *inconstitucional*.

Por ende, la definición legal interna responde a una exigencia de los organismos internacionales en orden a su eficaz combate, como lo estableció la resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 3034 (XXVII), y que en su apartado 6 invitó a los Estados miembros "[a] tomar todas las medidas apropiadas a nivel nacional en vista de la eliminación rápida y definitiva del problema".

En igual sentido, en el informe sobre *Terrorismo y Derechos Humanos* de 22-X-2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "…[l] a falta de una definición del terrorismo aceptada a escala internacional no significa que el terrorismo sea una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para que los Estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia". Asimismo, la Comisión ha observado que el terrorismo puede ser perpetrado, a escala individual o colectiva, por una variedad de actores, incluyendo particulares o grupos, así como gobiernos, puede recurrir a distintos medios y grados de violencia, desde las meras amenazas concebidas para sembrar el pánico entre el público hasta las armas de destrucción masiva, y puede influir negativamente en una variedad de personas a quienes el derecho internacional acuerda protecciones particulares, como las mujeres, los niños y los refugiados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha elaborado una definición práctica del terrorismo a los efectos de sus distintas resoluciones y declaraciones sobre medidas tendientes a la eliminación del terrorismo, a saber constituyen acciones terroristas: "los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en

un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos". Éstas y otras autoridades sugieren que los incidentes terroristas pueden describirse en términos de a) la naturaleza e identidad de quienes perpetran el terrorismo; b) la naturaleza e identidad de las víctimas del terrorismo; c) los objetivos del terrorismo y d) los medios empleados para perpetrar la violencia del terror" (*Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, documento A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995, artículo 3).

D. En efecto, la regulación normativa del terrorismo resulta obligada y necesaria en cualquier país, pues este tipo de criminalidad recurre a formas extremas de violencia con un fin de intimidación social, pretendiendo legitimar con ello determinadas concepciones ideológicas, religiosas o políticas.

Se recalca entonces que, *prima facie*, la criminalización del terrorismo en cualquier estatuto penal se muestra legítima desde la óptica constitucional. Por ello, es *el legislador interno quien debe dictaminar normativamente los alcances básicos y últimos del término "terrorismo" de acuerdo con los lineamientos temporales y especiales que rigen en su nación y a sus circunstancias históricas –consideración del tiempo y lugar en que se da la regulación–, con una adecuada técnica legislativa y de forma respetuosa del marco constitucional e internacional.* Desde tales directrices, y de acuerdo a su multiformidad criminológica, debe tenerse en cuenta sus diversas modalidades, métodos, objetivos y estructura asociativa, entre otros aspectos, para su correcta formulación legal y efectiva aplicación judicial.

E. Empero, como se advierte, *tal formulación técnica* –que puede ser efectuada en un Código Penal o en una ley especial–*debe respetar el estándar fijado en la Constitución, e inspirarse en los principios fundamentales que ella recoge*; *ya que, al ser un fenómeno criminal, el terrorismo debe sujetarse a los mismos cánones de regulación penal que cualquier otra figura delictiva; eso sí, tomando en cuenta –a efectos penológicos– su indiscutible lesividad social y la clara tendencia subjetivaque acompaña al realizador de esta particular conducta delictiva –el móvil–.*

Es así que en este tema, las directrices informadoras del principio constitucional de legalidad en material penal –mandato de taxatividad, prohibición de la retroactividad desfavorable al encartado, reserva de ley y exclusión de la analogía como fuente creadora de delitos y de consecuencias jurídicas– ejercen su proyección, tanto en la fase de elaboración legislativa como de aplicación judicial; y de igual manera, los principios de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización son de estricta observancia en ambas sedes. Tampoco puede desconocerse que las garantías consustanciales a un proceso penal de configuración constitucional –juicio previo y legalidad procesal, presunción de inocencia, ejercicio de la defensa técnica y material, prohibición del *ne bis in idem*, entre otras–, resultan igualmente aplicables en el tema en análisis –v. gr.: sentencias de 1-IV-2004 y 23-XII-2010, Incs. 52-2003 y 5-2001, respectivamente–.

F. No cabe duda entonces que esta grave forma de delincuencia Estado debe ser contrarrestada por el Estado mediante la utilización el Derecho Penal –entendido en un sentido amplio–; sin embargo, también cuenta con una obligación de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, para asegurar que su combate se encuentre sujeto a cánones de legalidad, racionalidad y proporcionalidad.

En suma, el Estado debe prevenir y combatir el terrorismo utilizando, entre otros medios, las conminaciones penales y buscar mediante el proceso penal su efectiva aplicación; pero también debe proteger a cada uno de los miembros en general, asegurándoles a todos los ciudadanos que su combate se librará por medios estrictamente legítimos, jurídicos y controlables.

A ello hace referencia el informe de la Comisión Interamericana anteriormente citado, cuando estipula en sus conclusiones, que los Estados miembros deberán tener en cuenta los compromisos pertinentes en virtud de todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos al aplicar sus iniciativas antiterroristas.

2. A. Hechas las anteriores consideraciones, conviene analizar la pretensión *supra* relatada. Así, en varios artículos de la LECAT se sancionan expresamente conductas relativas al *terrorismo*; por ejemplo en sus artículos 8, 11, 13 y 29. Sin embargo, ninguno de estos artículos brinda una alguna definición –de manera detallada–.

Por el contrario, únicamente existe definición con respecto a las organizaciones terroristas de acuerdo con la letra m del art. 4: "*aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad o alarma entre la población de uno o varios países*"

B. Anotada tal salvedad, el demandante del proceso con referencia 22-2007 impugna específicamente el artículo 1 LECAT por considerar que constituye la definición legal del terrorismo, y sobre él funda sus argumentos, aún y cuando tal disposición en realidad, solamente especifica el *objeto de la normativa*. En ese sentido, considera que su dicción violenta claramente el principio de legalidad y la seguridad jurídica, pues para que "…exista una sanción la conducta debe adecuarse a una tipología y que esta (sic) debe poner en peligro bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación".

Adicionalmente, subrayó que "el castigo y sanción debe estar bien explícito en lo que se quiere proteger y definirse con claridad que (sic) es el delito que se castiga no generando en ningún momento espacio para la ambigüedad y la analogía, pues estos están totalmente prohibidos".

C. Al respecto, conviene afirmar que en el presente caso, nos encontramos ante una disposición que no constituye un *tipo penal*, pues no posee consecuencia jurídica alguna; únicamente enuncia la finalidad y el alcance general que el instrumento normativo ahora controvertido ha de tener al momento de su vigencia. Desde tal consideración, el art. 1 LECAT se interpreta como un simple enunciado normativo.

D. No obstante lo anterior, *cabe también la posibilidad de entenderlo como una norma complementaria a todos los tipos penales contemplados a partir del artículo 5 y siguientes de la LECAT, en especial a todos aquellos que hagan mención del término* terrorismo.

En este último caso, y al cual parece referirse el demandante, los términos expresados en el art. 1 LECAT adquieren un sentido interpretativo decisivo cuando son puestos en integración con algunas figuras delictivas, las cuales requieren ineludiblemente la concreción del término *terrorismo* para su aplicación, y *ello sí habilita el examen constitucional conforme a los parámetros expresados en la demanda".*

ALCANCE APLICATIVO DE LA LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO

"E. Desde esta perspectiva, puede entenderse que *el art. 1 LECAT establece una noción legal de terrorismo, que pretende determinar el alcance aplicativo de la ley y complementa de igual manera cada uno de los tipos y demás disposiciones a los cuales necesariamente haya de remitirse tal término*. Desde esta óptica, terrorismo implica aquellos "*delitos* (…) *que por la forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional*".

3. De la anterior noción legal, se pueden observar tres elementos que ha tenido en cuenta el Legislativo para considerar una conducta como terrorismo: *(a)* la utilización de medios y métodos con amplia idoneidad para generar un *terror colectivo*; *(b)* que lesionen o pongan en peligro *bienes jurídicos* personales o materiales –estos últimos de significativa consideración–; y *(c)* que resulte o pueda resultar afectado *el sistema democrático, la seguridad del Estado o la paz internacional*.

Partiendo de tales elementos, conviene efectuar un estudio sobre la compatibilidad constitucional de la anterior formulación.

A. Inicialmente, la definición del art. 1 LECAT muestra su relación con aquellas formulaciones históricas que tomaron como criterio principal la utilización de medios susceptibles de provocar pánico en la población, como la brindada por la IV Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (convocada por la Sociedad de Naciones) celebrada en Paris en 1931: "…*Cualquiera que, con el fin de aterrorizar a la población, haya hecho uso contra las personas o los bienes, de bombas, minas, máquinas o productos explosivos o incendiarios, armas de fuego u otros instrumentos mortales o destructivos o haya provocado o intentado provocar una epidemia, una epizootia u otra calamidad, interrumpido o intentado interrumpir un servicio público o de utilidad pública*". Adicionalmente, se muestra coincidente con otras caracterizaciones doctrinarias, que hacen hincapié en el uso de medios que produzcan estragos –terror colectivo– o en el ejercicio de la violencia indiscriminada contra las personas.

B. Tales ideas deben ser complementadas con aquellas postulaciones que realzan *la importancia del móvil o la finalidad*, y que permiten distinguirlo de otras formas de criminalidad convencional –v. gr. la criminalidad organizada mafiosa que persigue primordialmente una motivación netamente lucrativa–.

En efecto, lo relevante en esta materia, además del uso sistemático, generalizado, organizado e indiscriminado de la violencia, *es la consecución de una finalidad que puede ser intimidar a grandes sectores de la población, tomar el control de diversas partes del territorio, incidir en las decisiones que pueda efectuar los diferentes entes gubernamentales, paralizar la estructura económica de la nación, poner en riesgo el sistema de libertades comprendidos en la Constitución y afectar sensiblemente el sistema democrático, poniendo en riesgo o afectando todo ello los derechos fundamentales de la población*.

Así por ejemplo, lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 16-XII-1987 –ref. 199-1987–, en la que ha señalado "…lo característico de la actividad terrorista resulta ser el propósito, o en todo caso, el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no queda excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública".

Con base en lo anterior, *la disposición impugnada debe ser entendida conforme a tales elementos, en tanto que el terrorismo constituye el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, afectar el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución*".

USO DE MECANISMOS PARA-JURÍDICOS QUE IMPLIQUEN NEGOCIACIONES CON CRIMINALES, SON INADMISIBLES CONSTITUCIONALMENTE

"Como se sostuvo en la sentencia de 19-XII-2012, Inc. 6-2009, "esta Sala es consciente que en los últimos años se ha producido un serio agravamiento en el ámbito de la criminalidad en el país y en la región. Así, frente a las actividades clásicas llevadas a cabo de forma individual, se observa el progresivo desarrollo de una criminalidad organizada, que en la actualidad representa un grave peligro para la seguridad de los derechos de la población".

Dicha criminalidad, se dijo, "está compuesta de grupos de personas que se encuentran en condiciones de actuar en los ámbitos políticos, institucionales y económicos del país, llegando su poder hasta condicionar negativamente a sectores enteros de la vida productiva. Tal situación es la que ha dado lugar a hablar de 'crimen organizado', 'crimen organizado global', 'asociaciones criminales internacionales' y otros términos para relacionar tal fenómeno".

Ante ello, “la potestad exclusiva del Estado de ejercer el uso de la fuerza conforme al marco constitucional, es desafiada por esos actores que intentan disputar el poder del Estado, logrando de forma progresiva mantener una presencia territorial en el país. Y es que, la aspiración de estos grupos llega hasta el control de las mismas instituciones que han sido encargadas de su combate mediante la corrupción y el soborno”.

En la referida sentencia se dijo que “la creación y mantenimiento de una estructura organizada criminal, supone un incremento significativo del peligro para los bienes jurídicos de los habitantes de una nación y de la misma configuración democrática de los Estados modernos. Por ende, su combate – principalmente mediante el Derecho penal– está más que justificado”.

En tal sentido, es procedente señalar que la misión tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal dentro de este ámbito, parten de la base de asegurar los valores fundamentales consensuados dentro del marco de la Constitución y el afianzamiento de la identidad normativa de la sociedad conforme la aplicación de la pena en aquellos casos en que se ha realizado un delito.

Desde tal perspectiva, no resulta aceptable dentro del marco del respeto de la Constitución y la ley, la formulación de acuerdos de no persecución criminal o el establecimiento de alguna prerrogativa para dispensar la aplicación de las disposiciones jurídicas para quien las viole, pues ello pone en entredicho el mismo ordenamiento jurídico y el ejercicio de fidelidad al Derecho que todo funcionario y ciudadano debe tener en relación con este último.

“En otras palabras, no resulta admisible desde las bases del Estado Constitucional de Derecho, el uso de mecanismos para-jurídicos que impliquen negociaciones con el crimen en general, y menos con el crimen organizado, bajo las condiciones de reducir los índices delincuenciales a cambio de beneficios que no encajan en el marco normativo penitenciario que informa la finalidad de la pena –art. 27 Cn.–; o a cambio de dejar sin efecto la vigencia y aplicación de la legislación penal””.

PANDILLAS SON GRUPOS TERRORISTAS

“El ordenamiento jurídico vigente ha proscrito por ley distintas organizaciones criminales, independientemente de la denominación que adopten, e incluso cuando éstas no asumieren ningún tipo de identidad. El art. 1 de la “Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”, al respecto establece que: “Son ilegales y quedan proscritas las llamadas pandillas o maras, tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla 18, Mara Máquina, Mara Mao Mao, y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra; por lo que se prohíbe la existencia, legalización, financiamiento y apoyo de las mismas”.

Sin embargo, es un hecho notorio que las organizaciones criminales antes mencionadas, realizan dentro de su accionar, atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, incluidos contra las autoridades civiles, militares, policiales y penitenciarias; contra la propiedad, mediante la eje-

cución de delitos de extorsión a personas naturales o jurídicas; vulneraciones al derecho de todo ciudadano de residir en cualquier lugar del territorio, obligándoles a abandonar sus residencias mediante amenazas; en contra del derecho a la educación, puesto que se obliga a la deserción de estudiantes, debido al temor de ser víctimas de aquellas organizaciones; contra el libre tránsito, debido a que hay zonas específicas donde ciertas personas no pueden circular, bajo riesgos de sufrir atentados a su vida o integridad; modifican la distribución territorial realizada por el Tribunal Supremo Electoral, máxima autoridad en la materia según el art. 208 Cn., para efectos del voto residencial, y lo adecuan a la distribución de los territorios según es controlada por ellos; paralizan el transporte público de pasajeros, incluso a nivel nacional y con frecuencia atentan contra la vida del personal de los servicios de transporte público; impiden la libre realización de actividades económicas y laborales de amplios sectores de la población; entre tantas acciones realizadas de manera sistemática, planificada y organizada.

Por esto, son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado –v. gr., control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal–, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de "terroristas", en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole".

DIFERENCIA ENTRE GRUPOS TERRORISTAS Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA POLÍTICO-SOCIAL

"*C.* Lo anterior, permite distinguir del concepto de grupos terrorista a aquellas formas *de violencia político-social de carácter espontáneo*, que carecen de un uso sistemático y "racional" del terror como forma de expresión, y que se realizan mediante protestas callejeras, toma de edificios gubernamentales u otras formas de manifestación similares, con un fin netamente reinvindicativo de sus derechos ante el Estado. En tales casos, en aquellas situaciones extremas que constituyan un evidente abuso del ejercicio de las libertades de expresión de asociación y reunión mediante el desarrollo de una violencia ocasional grave contra los bienes jurídicos y derechos fundamentales de terceros, queda comprendido dentro del ámbito de otros tipos penales o infracciones legales diferentes al terrorismo.

En conclusión, y con base en los parámetros expuestos anteriormente, no puede reputarse inconstitucional la definición brindada por el art. 1 LECAT en relación con el terrorismo, ya que puede ser interpretada conforme al marco de valores y principios contemplados en la Constitución y el Derecho Internacional. Y por ende, se desestima la inconstitucionalidad en este punto de los arts. 1, 4 letra m, 8, 11, 13 y 29 LECAT.

4. Lo anteriormente afirmado, no impide que este Tribual efectúe el análisis particularizado de algunos vocablos utilizados en la dicción del art. 1 LECAT, y que complementan los elementos esenciales de la noción legal de terrorismo, los cuales han sido impugnados por la supuesta inobservancia del mandato de certeza o determinación de las disposiciones penales.

2. Luego de las anteriores consideraciones y tomando en cuenta el presupuesto de certeza al que está obligado el legislador especialmente en la formulación de los tipos penales, corresponde precisar si los términos impugnados por los demandantes en este apartado cumplen con dicho presupuesto. Además, si respetan el principio constitucional relativo al Derecho Penal de acto respecto al art. 13 LECAT.

A. Uno de los términos impugnados lo constituye el de organización terrorista comprendido en la letra m del art. 4 LECAT.

a. Resulta evidente que el ejercicio selectivo de la violencia en las actividades terroristas, requiere de la existencia de un colectivo de personas en las que exista una aceptación por parte de cada uno de los intervinientes a formar parte de una organización y que también apresten su anuencia a participar en los delitos ordenados por la cúpula que dirige.

Por ende, la disposición analizada hace referencia a un *delito de organización, es decir, aquellos en los que se castiga la creación de un sistema antijurídico compuesto por una variedad de personas, que da origen a una entidad autónoma y totalmente independiente de la capacidad individual de sus miembros. En otros términos, se crea una organización criminal como una institución o empresa dedicada a la consecución de fines delictivos y que es diferente a la mera suma de las personas físicas que persiguen unos objetivos comunes.*

Esta mera conformación de un *sistema delictivo compuesto por diversas personas que se conciertan para llevar a cabo un fin delictivo*, presenta una autonomía plena e independiente de los delitos que puedan ser cometidos –v. gr. homicidios, extorsiones, secuestros, etc.– Por ende, *la agrupación criminal terrorista es un delito que atenta contra la seguridad del Estado y contra los derechos fundamentales de la población. Por lo tanto, se justifica que sea objeto de sanción penal no solo la consumación de hechos concretos constitutivos de terrorismo, sino también la simple pertenencia a esas organizaciones*".

PUEDE CASTIGARSE LA MERA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN TERRORISTA

"b. Lo expuesto no es absolutamente novedoso, ya que el delito de agrupaciones ilícitas contemplado en el art. 345 del C. Pn., castiga el simple formar parte de la misma. Y por otro lado, establece una regla concursal en el inciso último que dota de autonomía a dicho precepto con relación a otros delitos que puedan ser cometidos a través de la organización –"[e]l presente tipo penal se castigará en concurso con otros delitos".

Sin embargo, la diferencia entre las agrupaciones delictivas comunes contempladas en el art. 345 del C.Pn., con las estipuladas en el art. 13 LECAT, radica en su finalidad.

c. En este sentido, *el castigo penal por la mera pertenencia a una organización* –sea criminalidad organizada o terrorista–*tiene como su fundamento político criminal no la peligrosidad subjetiva del agente* –una variante de un Derecho penal de autor, como postulan los demandantes del proceso 42-2007–;*sino porque el agente, al hacerse miembro de la organización criminal, manifiesta seriamente su disposición de cometer delitos y esa manifestación acumulada junto con las de los demás miembros reporta una perturbación social digna de ser incriminada por el Derecho Penal.*

De acuerdo con esto, el art. 13 de la LECAT cuenta con una justificación criminológica que ha sido tomada en cuenta por el legislador para el castigo de la simple pertenencia activa a una organización terrorista".

"d. En cuanto a la impugnación relativa a que, dentro del precepto en estudio, existen conceptos de relativa precisión tales como "estructura", "vínculos estables y permanentes", "jerarquía y disciplina", conforme lo expuesto en el apartado anterior; esta Sala afirma que los mismos pueden ser precisados conforme a un concepto normativo de organización terrorista.

Así, el concepto de organización terrorista cuenta en su dimensión objetiva de las siguientes características: *(a)* se constituye en un grupo armado; *(b)* existe una vinculación y pertenencia de los integrantes como miembros o colaboradores activos de la organización; *(c)* existe una permanencia en el tiempo de la organización; y *(d)* cuenta con una estructura interna que puede ser, entre otros, de carácter jerárquico-vertical y aún de carácter celular.

Por otra parte, en su dimensión subjetiva debe perseguirse la *finalidad* de ocasionar temor o pánico entre la población, lo cual no necesariamente debe implicar el acceso o toma del poder político.

En conclusión, es posible determinar el significado de los conceptos utilizados en el art. 13 LECAT, de acuerdo con *el contexto gramatical y normativo utilizado, y el estado actual de la dogmática penal relativa a los delitos de organización* (Inc. 5-2001, ya citada).

e. En similar sentido, las expresiones utilizadas en el letra h art. 4 LECAT –"*y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas que estén bajo su mando, control y responsabilidad oficiales*"–; en el letra i del referido artículo –"*tangibles o intangibles*" e igualmente "*con independencia de cómo se hubieran obtenido*"–; en el letra l –"*u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional*"–; art. 6 –"*instalaciones privadas*"– y en el art. 9 –"*simulare*"– son términos normativos que pueden ser precisados conforme los cánones básicos de interpretación y de acuerdo al contexto gramatical y normativo en el cual han sido utilizados. Por tanto, no es posible considerar tales normas como inconstitucionales de acuerdo al parámetro de control propuesto por los demandantes.

f. De igual forma, el término "*urgente necesidad*" que faculta a la Fiscalía General de la República para solicitar la medida cautelar contemplada en el art. 38 LECAT, puede ser claramente comprendido conforme a una simple interpretación gramatical y normativa. Esto es, como una "necesidad" o "falta apremiante" de recolectar elementos importantes en orden a la comprobación del delito y la determinación de los responsables así como para su eventual comiso.

B. De igual manera, podemos encontrarnos con conceptos que requieran una mayor complementación valorativa tales como "*medios idóneos*" o "*métodos violentos o inhumanos*" utilizados en la letra m del art. 4 LECAT. Estos términos*, resultan admisibles constitucionalmente, en la medida que pueden ser concretados por parte de la jurisprudencia penal de acuerdo a una interpretación basada en el interés penalmente protegido, que en este caso son los bienes jurídicos afectados por la actuación terrorista.*

En efecto, tal y como se sostuvo en la sentencia de 23-X-2013 –Inc. 19-2008–, resultan admisibles los conceptos que puedan ser determinables conforme una interpretación finalista del contexto gramatical utilizado y conforme al interés jurídicamente protegido –tradicionalmente denominada *interpretación teleológica*–.

Por ello, los siguientes términos también admiten una interpretación razonable conforme su contexto gramatical y el fin de protección que ha establecido el legislador: *(a)* art. 1 LECAT cuando hace referencia a los "*bienes materiales de significativa consideración o importancia*"; *(b)* art. 3 LECAT al señalar "[n]o se afectan los mencionados principios, cuando se realicen actividades policiales *o de cualquier otro tipo*"; *(c)* art. 4 letra d inciso segundo LECAT, cuando luego de una exhaustiva enumeración de los efectos del artefacto explosivo, estipula dentro del mismo concepto a cualquier "*sustancia similar*"; *(d)*el art. 6 LECAT cuando se castiga la toma de ciudades, poblados o edificios, empleando "armas, explosivos o *artículos similares*"; e igualmente en el art. 7 LECAT cuando señala "*o sustancias de todo tipo*"; *(e)* lo mismo acontece en elart. 14 LECAT cuando establece las frases: "o cualquier otro elemento de cuya investigación, diseño o combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita, *o cualquier otra sustancia similar*"; en el art. 15 LECAT: "utilizare, activare o detonare, un arma, artefacto o sustancia inflamable, asfixiante, tóxica o explosiva, arma de destrucción masiva, agentes químicos, biológicos o radiológicos o *artículos similares*"; en el 19 letra b cuando establece "*perturbare de cualquier manera los servicios que allí se prestan*".

Por ende, al admitir una interpretación conforme a la Constitución, resulta procedente descartar su impugnación".

SOBREABUNDANCIA DE CONCEPTOS NORMATIVOS DE LECAT

"*3.* Adicionalmente, es preciso señalar tres casos que requieren particular interés en el examen que efectúa esta Sala:

A. El primero está relacionado con la posible sobreabundancia de conceptos normativos, que puede expandir el ámbito de la correcta interpretación judicial de la materia de prohibición. En particular, cuando el art. 1 LECAT hace referencia al efecto causado por las acciones terroristas, esto es de "*alarma, temor o terror en la población*", y en relación con el letra m del art. 4 LECAT, que utiliza los términos "*terror, inseguridad y alarma entre la población*".

Puede advertirse en tales conceptos, que el legislador ha tomado en cuenta una característica esencial de la actividad terrorista, y es la situación de infundir un sentimiento colectivo de inseguridad social; lo cual es consecuencia del

carácter sistemático, reiterado, e indiscriminado de esta forma de actividad criminal. Por ello, estamos en presencia de una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y en los que su difusión social lograda a causa del delito implica una forma de reconocimiento de sus pretensiones políticas e ideológicas. Y es a estos efectos de inseguridad colectiva a lo que hacen referencia los términos terror, inseguridad y alarma contra la población.

En consecuencia, y a partir de la lectura de la noción legal de terrorismo efectuada en el romano III de la presente sentencia, conviene desestimar la pretensión de inconstitucionalidad de los términos "alarma" y "temor" utilizadas en el artículo 1 e "inseguridad" y "alarma" utilizadas en el letra m del artículo 4, ambas de la LECAT, ya que se tratan de conceptos que intentan caracterizar un resultado: *la inseguridad colectiva producida por la actividad terrorista*".

DISPOSICIÓN PENAL CON UN ELEMENTO INDETERMINADO, NO DESARROLLADO PLENAMENTE POR EL LEGISLADOR ES INCONSTITUCIONAL

"B. El segundo punto que conviene tratar en esta sede, es el relativo al entendimiento del término "agente de una organización intergubernamental" el cual se utiliza en la letra n, número 2, del artículo 4 LECAT relativo a las *personas internacionalmente protegidas*, y el cual complementa el tipo penal establecido en el art. 5 LECAT.

Tal disposición establece: "[c]ualquier representante o funcionario de un Estado o cualquier funcionario u *otro agente de una organización intergubernamental* que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa".

Es preciso advertir que en este caso, se ha efectuado una transcripción irreflexiva de la letra b del artículo 1.1 de la *Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos* del 14-XII-1973, y el cual utiliza la referida expresión; pero no se ha detallado legalmente, quiénes quedarían comprendidos en ese rubro a efectos de aplicación de la presente normativa, más que una somera referencia a las personas que conforme al Derecho internacional merecen una protección especial.

En realidad, se trata de un *concepto normativo* que necesita obligadamente una ulterior concreción terminológica dentro del marco del Derecho Penal nacional, y es aquí donde el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a precisarlo en virtud de su indefinición, y no sólo plasmarlo irreflexivamente tal cual está en el instrumento internacional.

En efecto, a partir de las exigencias constitucionales de la seguridad jurídica, resulta imprescindible acotar normativamente el amplio marco interpretativo, refiriéndose si podrían ser incluidos, entre otros: *(a)* a los agentes, miembros y personal de los cuerpos diplomáticos y consulares –más allá de una genérica mención del representante o funcionario–; *(b)* a los miembros y representantes

de la Organización de la Naciones Unidas o de cualquiera de sus organismos; *(c)* a los personeros de distintas instituciones internacionales –como acontece con los agentes del Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo–; y por último, con referencia a los diversos grupos y asociaciones internacionales –sean ONG´s o no estos últimos– que prestan asistencia tanto a las actividades del Estado como de la sociedad civil en El Salvador.

En conclusión, al formularse una disposición penal con un elemento indeterminado que no ha sido desarrollado plenamente por el legislador, conviene declarar la inconstitucionalidad del mismo, pero únicamente respecto del la frase "agente de una organización intergubernamental" contenido en el numeral 2 de letra n del art. 4 LECAT.

C. Por último, los postulantes de las diversas pretensiones incluidas en el proceso 42-2007, controvirtieron entre otros motivos las letras a y c del art. 19 LECAT, así como respecto de las letras a y b del art. 26 del mismo cuerpo legal, los cuales utilizan el término "intimidación".

Los actores consideraron que tal término es ambiguo, teniendo una gran amplitud interpretativa que puede generar inseguridad jurídica.

De inicio, resulta oportuno precisar que las normas controvertidas se refieren a los medios comisivos utilizados para atentar contra la seguridad de la aviación civil y aeropuertos o para el apoderamiento o control de una plataforma fija, esto es *la violencia* o *la intimidación*. A los mismos se hace referencia en varios tipos penales de la LECAT –v.gr. art. 20 letra a, art. 18 letra c, art. 17 letra c, entre otros–.

En algunas ocasiones la ley distingue perfectamente entre ambos medios comisivos –violencia o de intimidación–; pero en otros casos –art. 20 letra a LECAT– el primero no es más que una manifestación o modalidad del segundo –violencia, o cualquier otra forma de intimidación–.

La violencia es un concepto sumamente amplio desde un plano normativo y lo suficientemente omnicomprensivo para albergar las diferentes manifestaciones de toda aquella forma de constreñimiento hacia una persona a fin de doblegar su voluntad, sea de carácter físico –golpes, maltratos, etc.– o psíquico –amenazas, etc.– Por ello, es que suele hablarse de violencia física y violencia psíquica como formas esenciales, y aun de la violencia sobre las cosas u objetos como una derivación.

Sin embargo, el ejercicio de la violencia psíquica suele caracterizarse como *intimidación*. En este sentido, el empleo de la intimidación supone necesariamente de la amenaza, lo cual la distingue de la violencia física. En otras palabras, *intimidación equivale a amenazar*. Desde esta óptica, podemos llegar al convencimiento, que el legislador salvadoreño ha querido hacer referencia tanto a la violencia física, esto es a la violencia corporal más o menos asimilable a la fuerza material sobre una persona, como a la intimidación como forma de violencia psíquica.

Por ende, se trata de términos perfectamente precisables conforme al actual grado de desarrollo de los diversos criterios interpretativos y de la dogmática penal, pese a la inadecuada forma de conexión gramatical en que han sido reunidos en cada disposición; sin embargo, esto no constituye mérito suficiente para

tacharlos de inconstitucionales. Al contrario, se trata de formas gramaticales inteligibles para cualquier operador técnico-jurídico del sistema penal.

En consecuencia, la pretensión de inconstitucionalidad de tales términos debe ser desestimada".

DOLO RADICA EN CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD DE PARTICIPAR EN OCUPACIONES ARMADAS

"b. En similares términos, de acuerdo a lo estipulado en el art. 6 de la LECAT, la intervención en tomas y ocupaciones *armadas* –totales o parciales– de ciudades, poblados, edificios o instalaciones públicas o privadas, en razón de los medios empleados –armas y explosivos– reporta *una peligro potencial a quienes en ese momento se reúnen o asisten a tales centros, en suma a una colectividad indeterminada de personas, más allá de la difusa dicción relativa "*al normal desarrollo de las funciones u actividades de los habitantes*".*

Por estas razones, la plasmación efectuada en la LECAT es coherente incluso con lo estipulado en el art 7 de la Constitución, ya que el derecho a la libertad de reunión tiene un límite sumamente claro, el que la reunión o concentración se realice de forma pacífica *y sin armas*. Por tanto, estamos ante un derecho fundamental cuyo ejercicio se encuentra limitado por el mismo texto constitucional por razones obvias: *el mantenimiento de la seguridad de todos los integrantes de la sociedad, del orden público y de los derechos fundamentales de la población, y en particular, de aquellos que se encuentren cercanos o inmersos al evento asociativo.*

c. En relación con la misma figura, los demandantes del proceso 42-2007, han argumentado que ella es también violatoria del principio de culpabilidad, pues "no se establece cual es el móvil o intencionalidad (dolo)".

El dolo en este caso, radica en el conocimiento de que se está tomando parte en la ocupación "*armada"* de una ciudad, poblado, edificio o instalación privada; y que tiene voluntad de participar en la misma. En consecuencia, estamos en presencia de una figura eminentemente dolosa, y adecuada a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad. Por ello, no puede reputarse inconstitucional.

Hechas las anteriores consideraciones, no existen en los arts. 6 y 7 de la LECAT, las inobservancias a los principios constitucionales de lesividad y culpabilidad alegados, haciendo mención que la primera norma citada deberá ser entendida bajo la interpretación restrictiva efectuada anteriormente".

INCLUSIÓN DE ARTÍCULO 5 DE LA LECAT ES ADMISIBLE POR LA MAGNITUD Y REPERCUSIÓN QUE TIENE ACCIÓN SANCIONADA

"*C.* Otro de los puntos relacionados por los demandantes de los procesos 42-2007, 89-2007 y 96-2007, tiene como referencia, la conducta regulada en el art. 5 LECAT, la cual impone una sanción penal al "que ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad de una persona internacionalmente protegida, de los Presidentes de los tres órganos del Estado o quienes hagan sus veces y de los demás funcionarios públicos o autoridades públicas; o contra sus

familiares que habiten en su casa, cuando dichos actos hubieren sido cometidos en razón de las funciones del cargoo actividades que esas personas ejercieren".

En este sentido, señala la argumentación de los postulantes del proceso 42-2007, que no se establecen los criterios de lesividad. Y es así que –afirman– por insignificante que parezca, cualquier conducta merecería una pena proporcionada. En igualdad de términos, los ciudadanos *Cuellar Martínez* y *Morales Sánchez* –demanda 89-2007–, argumentan que la referida disposición no establece los medios o métodos de realización necesarios para que en ese acto se ponga en evidencia la intención de causar terror.

Precisando, se trata en realidad de una disposición que tiene como base una justificación histórica, y cuya relación interpretativa descansa tanto en los elementos esenciales de la noción de terrorismo brindada en el art. 1 LECAT, como en las conductas reguladas en el Código Penal.

Así, en la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluso los Agentes Diplomáticos de 1973 –ya citada– obliga a los Estados suscriptores a incorporar en su legislación penal interna cualquier atentado enumerado en su artículo 2.1. –homicidio, secuestro, u otro atentado contra la integridad física o la libertad– contra un Jefe de Estado, incluso miembros de un órgano colegiado, un jefe de gobierno, un ministro de relaciones exteriores, cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial.

De modo que contemplar estos hechos en el Código Penal o en una ley penal especial resulta justificado, por la magnitud y repercusión que tienen en una nación.

D. Ahora bien, la formulación del art. 5 LECAT debe ponerse en consonancia con la noción de *terrorismo*, es decir, como un acto sistemático y programado que tiene como objetivo, entre otros, la ruptura del sistema democrático y del orden constitucional y la afectación de los derechos fundamentales de las personas. Por ende, no podrían quedar comprendidos dentro de la norma aquellos hechos carentes de tal finalidad.

De igual manera, y en cuanto a la supuesta violación al principio de legalidad esgrimida por los actores del proceso 96-2007, debe entenderse que la interpretación de la disposición impugnada, requerirá su integración con diferentes disposiciones del Código Penal. Así, cuando el art. 5 de la LECAT enuncia un "acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad", se refiere a tipos penales como el homicidio, lesiones, privación de libertad, secuestro, amenazas, coacciones y otros referidos a bienes jurídicos de carácter individual.

Por todo lo anterior, y existiendo razones sistemáticas que brindan un sustrato coherente con la disposición, no es posible declarar la inconstitucionalidad de la disposición relacionada".

FIGURA REGULADA EN INCISO PRIMERO DEL ART. 27 LECAT REQUIERE COMPROBACIÓN JUDICIAL DE LA VIRTUALIDAD O IDONEIDAD DE LAS CONDUCTAS

"*E.* En relación con la figura regulada en el inciso primero del art. 27 LECAT, y al cual se le ha refutado su carencia de bien jurídico así como de lesividad; es

necesario establecer que estamos en presencia de una figura cualificada del delito de amenazas contemplado en el Código Penal en su artículo 154, y del cual son predicables todas las consideraciones efectuadas por la doctrina; en especial, que el bien jurídico tutelado tiene dos facetas: la seguridad, entendida en sentido subjetivo de tranquilidad, así como la incidencia que la amenaza comporta a la libertad individual de actuación. Por ello, la conducta típica en este delito, tiene como base la expresión de un mal futuro, injusto, determinado, posible, y el cual debe ser susceptible de producir intimidación.

En el caso *sub iudice*, tales razonamientos realzan la necesidad de tipificación cuando se trata de hechos que comportan indiscutible gravedad como los estipulados en la LECAT, y cuya expresión de su cometimiento inminente pueden generar un estado de terror e incertidumbre en la ciudadanía, de acuerdo con la definición de *terrorismo* ya apuntada.

Y es que, en realidad, no puede tratarse de un delito de lesión, pues es una clara figura de peligro abstracto, donde lo esencial es analizar su aptitud para generar un desconcierto social, y lograr los fines ya apuntados. Por ello, queda sujeto a examen judicial la comprobación de la virtualidad o idoneidad de las conductas sometidas a su conocimiento a efectos de aplicar el presente tipo, conforme al principio de lesividad; debiendo ser descartados aquellos hechos que ni siquiera supongan peligro alguno para los miembros de la sociedad –principio de insignificancia–.

Por otra parte, y atención a la impugnación de esta norma efectuada por los demandantes del proceso 96-2007, si bien el vocablo“por cualquier medio” utilizado en el contenido de la norma, puede caracterizarse por una relativa indeterminación; esto puede ser solventado por medio de una interpretación finalista y contextual del precepto, esto es, que se haga uso de *algún medio de difusión para expresar la amenaza*, lo cual es consustancial al modo de operar de este tipo de criminalidad no convencional.

Por lo anterior, no puede declararse inconstitucional, el inc. 1° del art. 27 de la LECAT”.

CORRESPONDE AL JUEZ PENAL VALORAR LA RELEVANCIA DEL APORTE DELICTIVO EN EL ÁMBITO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

“*F.* En este apartado, se analizará la pretensión de inconstitucionalidad efectuada al supuesto de hecho contemplado en el art. 29 LECAT, el cual literalmente dice: “[*e*]*l que por cualquier medio, directa o indirectamente, proporcionare, recolectare, transportare, proveyere o tuviere en su poder fondos o tratare de proporcionarlos o recolectarlos, dispensare o tratare de dispensar servicios financieros u otros servicios con la intención de que se utilicen, total o parcialmente para cometer cualquiera de las conductas delictivas comprendidas en la presente ley* (…) *En igual sanción incurrirá el que, directa o indirectamente, pusiere fondos, recursos financieros o materiales u otros serviciosfinancieros o conexos de cualquier otra índole, a disposición de persona o en entidad que los destine a la comisión de alguno de los delitos previstos en esta Ley*”.

Sostienen los demandantes del proceso 42-2007, que en dicha disposición no se establecen criterios de lesividad, pues cualquier conducta –incluso insignificante– enfrentaría la elevada amenaza penal estipulada en el mismo. Además, no se establece el nivel de involucramiento del sujeto activo, bastando su mera participación. Adicionalmente, subrayan que se violenta el principio de culpabilidad, en la medida que se sanciona una conducta que escapa del control del sujeto activo del tipo, y donde existe una total ausencia del dolo por parte de los primeros.

Para solventar tal pretensión, conviene señalar algunos puntos importantes de la teoría de la participación criminal y su necesaria relación con el rigor que la medida sancionatoria debe tener.

a. El concepto base de la participación criminal es el de *autor*, es decir, quien realiza el comportamiento descrito en el tipo; por ello, la mayor parte de los ordenamientos penales se refieren a él de forma expresa y es a quien le estipulan el marco penal anudado al supuesto de hecho, pues su conducta reporta el mayor grado de lesividad al bien jurídico. En un sentido secundario se encuentran los partícipes, quienes ayudan o favorecen la comisión del delito. Dentro de estos resaltan los cómplices, que son aquellos individuos que cooperan con el autor; y los instigadores, quienes favorecen la idea criminal en otra persona. En estos casos, generalmente los cómplices reciben una pena de menor entidad debido a la importancia de su contribución con el hecho, a excepción de los instigadores que por razones político-criminales reciben la misma pena que el autor.

De las anteriores consideraciones, se desprende que la entidad de la aportación brindada por el interviniente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, determina su grado de autoría y participación, así como el grado de pena abstracta y concreta que debe merecer por ello. Esto no es más que una aplicación práctica de los principios de lesividad y proporcionalidad en esta sede mediante la *accesoriedad.*

Empero, cabe también la posibilidad de que legislador opte por considerar conductas de autoría, todas aquellas que se relacionen de forma mediata o inmediata con una concreta actividad delictiva, por ejemplo, las que corresponden al ciclo del narcotráfico, al lavado de activos o a la trata de personas. En tales casos, corresponde al juez penal valorar la relevancia del aporte delictivo en el ámbito de la determinación judicial de la pena. Lo mismo ocurre en el presente tipo penal en examen.

b. En relación con el art. 29 LECAT, los postulantes también la consideran demasiado *ambigua* para que puedan tener lugar las consideraciones anteriormente efectuadas. Empero, la cuestión radica en el sentido interpretativo de los términos "*directa"* e "*indirectamente"* que son utilizados por la disposición examinada. Así, efectuando una interpretación acorde con la dogmática penal, se advierte la intención legislativa de considerar autores y partícipes a todos aquellos que intervengan en los actos de financiación.

Será entonces, en el ámbito de la determinación judicial de la pena, donde el juzgador tendrá que valorar la importancia de la contribución al financiamiento al terrorismo y ajustar la sanción de acuerdo a ello.

En conclusión, debe descartarse la impugnación efectuada al art. 29 LECAT.

b. Establecido lo anterior, conviene estudiar el segundo argumento relativo a la violación del principio de culpabilidad.

Como ha sido advertido *supra*, el principio de culpabilidad en su variante de responsabilidad subjetiva por el hecho, comporta el castigo de todas aquellas consecuencias que han sido queridas (dolosas) o al menos previsibles (culposas) por el autor de un delito. De ahí que resulte absolutamente arbitraria una norma penal que pretenda exigir responsabilidad a las personas por cuestiones que no dependen en absoluto de su voluntad.

Precisamente por ello, la producción de un resultado o la contribución material a un hecho punible, no es suficiente para la imposición de una sanción penal; pues se requiere además, que en el enjuiciamiento penal se compruebe como mínimo que tales efectos hayan sido queridos o al menos previsiblemente advertidos.

Bajo tales consideraciones en el tema que nos ocupa, los comportamientos que en términos genéricos pueden caracterizarse como financiación del terrorismo, deben suponer un favorecimiento doloso o al menos en su forma eventual para su castigo. Y ello excluye, la punición de su forma imprudente al no haber sido regulada expresamente.

Por lo anterior, carece de suficiencia la argumentación expuesta por los demandantes, pues claramente se regula una conducta dolosa, y que requerirá comprobar tal elemento en cualquier acto concreto de financiación que pueda ser subsumido en el art. 29 LECAT. Por tanto, debe desestimarse tal motivo".

INCLUSIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS EN TIPOS PENALES DEBE SER EXCEPCIONAL

"*G.* En la misma línea, debe ser resuelta la pretensión relativa al art. 31 LECAT que castiga los actos preparatorios de cualquiera de las conductas reguladas en la ley.

a. Preliminarmente, debe quedar claro que, en la tarea de elaboración legislativa de los tipos penales, la determinación abstracta de la pena se efectúa tomando en consideración al delito consumado.

Por ello, en los tipos contemplados en la parte especial del Código Penal, se establecen penas para acciones u omisiones que cumplen todos los elementos de la descripción legal. Así, en muchos de ellos se ha logrado un efectivo menoscabo del bien jurídico o una efectiva situación de peligro.

En algunos casos, como en los delitos de resultado, el agente no logra su propósito por causas extrañas a su plan. Sin embargo, él ha ejecutado de forma total o parcial los actos que finalmente darán lugar a la consumación. Cuando ello acontece, nos encontramos en presencia de la *tentativa*.

b. De acuerdo con el art. 24 del C.Pn., existe tentativa cuando el agente: "con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente".

En virtud de que la tentativa antecede a la consumación, y se caracteriza por una frustración del plan que no permitió el efectivo menoscabo al bien jurídico, se castiga en menor grado que el delito consumado. Así, se desprende de la regla

establecida en el art. 68 del C. Pn. "[l]a pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado".

c. Todavía, de forma más alejada de la consumación, se encuentran los actos de preparación del delito o denominados también *actos preparatorios*. Estos son los primeros actos exteriores luego de la ideación criminal y son incalculables *a priori*, pues se encuentran en función del plan o modo de actuación del sujeto. De éstos, la mayor parte de los ordenamientos penales castiga a dos por su particular importancia: la *proposición* y la *conspiración*.

Actualmente, la doctrina penal rechaza el sistema de castigo general de los actos preparatorios, tanto por sus defectos jurídicos y políticos cuanto por su inoperancia real, sin perjuicio de que se admitan ciertas excepciones.

Así, tal reticencia de la doctrina a su uso legislativo se debe entre otras razones a que: (*a*) se encuentran demasiado alejados de la consumación para conmover seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad; (*b*) la voluntad criminal no se manifiesta todavía de modo decidido y existe posibilidad del abandono del proyecto; y, (*c*) si se penalizan en forma general pueden violentar el principio de lesividad.

Por todas estas razones, se conviene que su inclusión en los estatutos penales deba ser excepcional, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido y a la gravedad del ataque a los mismos, salvaguardando en lo posible el principio de mínima intervención".

RÉGIMEN SANCIONATORIO PARA ACTOS PREPARATORIOS CONTENIDO EN ART. 31 DE LECAT DEBE SER REAJUSTADO POR LEGISLADOR

"*d.* De acuerdo con lo anterior, la imposición de la pena contemplada en el art. 31 LECAT que permite castigar "cualquier hecho" que sea preparatorio "de los delitos contemplados en la presente Ley", debe ser entendido como una situación excepcional por la gravedad que reportan las actividades terroristas. En efecto, dejando de lado la orientación *retrospectiva* que informa a la mayor parte del Derecho penal convencional –es decir, lo realizado y enjuiciado–; en esta materia, el legislador ha decidido tomar en cuenta un enfoque *prospectivo* en la incriminación, la cual toma como referencia los hechos probables que se planean cometer con una intención enfocada en la intimidación colectiva.

En estos casos, es necesario que el Estado garantice una determinada seguridad cognitiva en los ciudadanos con relación a la normalidad de sus actuaciones dentro de la sociedad, y frente a grupos y organizaciones criminales cuyas actividades constituyen un peligro latente para la seguridad colectiva en general y cuyos integrantes se han apartado de modo decidido a las pautas generales de la convivencia democrática.

En efecto, aún y cuando los actos de preparación de acciones terroristas puedan encontrarse alejados de una lesión o peligro efectivo a los bienes individuales y colectivos, éstos forman parte de un programa de la organización; que aún y cuando no se ejecuten, pueden considerarse manifestaciones perturbadoras para el orden social y a la misma existencia del Estado.

e. No obstante lo anterior, y acorde con el principio de proporcionalidad, los actos preparatorios, en contraposición de las formas punibles consumadas y tentadas, deben merecer una pena a menor escala. Esto resulta inobservado en el caso del artículo 31 LECAT, que contempla una pena que oscila entre los diez a quince años de prisión, y que es igual a la contemplada en el art. 21 para el "atentado o derribamiento de aeronave" y en el 24 relativo a los "actos que atentan contra la seguridad aérea y marítima".

Lo anterior, además de causar una distorsión en el marco penológico, genera el indeseable efecto criminal de castigar de forma más benévola la tentativa, que los actos consumados y los preparatorios. En particular, cuando estos últimos se encuentran en una fase aún lejana de la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico, que de ninguna forma puede ser comparable a la consumación.

Esta regla de proporcionalidad abstracta en materia sancionatoria y con referencia a los actos preparatorios, ya ha sido señalada por esta Sala en la sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001 –ya citada– en la que se afirmó: "….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 el grado de participación en el delito o en sus grados de ejecución. Esto conlleva repercusiones prácticas para la actividad legislativa".

f. Por consiguiente, conviene declarar la inconstitucionalidad, no del supuesto típico contemplado en el art. 31 de la LECAT acerca de la punición excepcional de los actos preparatorios, sino en lo relativo a su régimen sancionatorio, el cual debe atender a las diferencias existentes entre la consumación, los actos ejecutivos y los actos preparatorios.

Empero, advirtiendo esta Sala que la expulsión inmediata del referido marco sancionatorio puede generar efectos perjudiciales en la aplicación del art. 31 LECAT, es pertinente adoptar en este punto una inconstitucionalidad diferida, a fin que el legislador pueda adecuar el ordenamiento jurídico en examen a la presente interpretación constitucional y solventar la inconstitucionalidad declarada.

Con base a lo anterior, este Tribunal considera necesario que a partir de la notificación de la presente sentencia, el Legislativo en un plazo no mayor a seis meses, en el uso de su potestad de producción normativa, determine un nuevo marco penal para el artículo 31 LECAT –es decir, un límite mínimo y un límite máximo de la pena de prisión– que atienda las diferencias entre las conductas delictivas consumadas y aquellas que se encuentran en el ámbito de la preparación delictiva".

SIMULACIÓN DE DELITOS CONTEMPLADOS EN LECAT IMPLICA UNA CLARA AFECTACIÓN A LA PAZ PÚBLICA

"*H.* Por último, conviene analizar la conducta contemplada en el art. 9 LECAT relativa a la simulación de delitos –que castiga la simulación de cualquiera de los delitos contemplados en la presente ley o de cualquier tipo de prueba en apoyo de tal simulación–.

Este precepto admite una interpretación conforme tomando en cuenta, la finalidad mediática que persigue la actuación terrorista. La cual, como se ha dicho en líneas anteriores, constituye un cuestionamiento y desafío de las normas vigentes que rigen la coexistencia pacífica en una sociedad democrática mediante el uso instrumental del terror.

En puridad, la actuación terrorista tienen un contenido netamente simbólico, y que se ha considerado como propagandístico de su programa o ideología –ideológica, religiosa, política, etc.–. Éste puede ser manifestado mediante rumores, noticias o comunicaciones falsas sin que ello signifique la realización efectiva de algunos de los delitos contemplados en la LECAT.

Así, el sólo hecho de simular un delito de especial gravedad como los que se contemplan en el estatuto penal en examen, *implica una clara afectación a la paz pública como bien jurídico supra-individual, y que puede ser definida como aquellas condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temer por la propia vida y otros derechos fundamentales inherentes a la persona.*

En este punto, resulta pertinente señalar a manera de ejemplo, que este tipo de figuras no son novedosas en la legislación penal salvadoreña, ya que el art. 304 C.Pn. castiga como un delito contra la Administración de Justicia el denunciar un hecho delictivo inexistente o fabricar pruebas de su cometimiento a fin de que se inicie un procedimiento judicial o policial para la averiguación del hecho simulado.

I. Aunado lo anterior, y resolviendo la impugnación a este mismo precepto por supuesta vulneración al principio de culpabilidad, se advierte que el tipo penal en referencia castiga conductas netamente dolosas y en los que existe adicionalmente el móvil subjetivo de causar terror en la población, en otras palabras, *se trata de un delito de tendencia interna trascedente*. Lo que vuelve absolutamente reprochable su ejecución, y cuyo móvil tendrá que ser tomado en cuenta en el ámbito de la dosimetría penal.

Por ende, deben descartarse las supuestas violaciones de este precepto a los principios de lesividad y culpabilidad.

4. A. Otras de las impugnaciones efectuadas por los demandantes en el proceso 42-2007, están referidas a los arts. 15 inciso final, 17, 18 inciso final, 19 inciso final, 20 inciso final, 21 inciso final, 24 y 26 inciso final LECAT por ser conductas que establecen resultados o consecuencias, sin atender a la finalidad o intencionalidad del agente. En otras palabras, de acuerdo a lo expuesto en su argumentación, esta Sala identifica como motivo de impugnación la regulación en la LECAT de una serie de delitos cuyo común denominador es la *responsabilidad objetiva*.

De inicio, deben exceptuarse de las consideraciones a efectuarse con relación a los delitos contemplados en los arts. 17 LECAT –delitos contra la seguridad portuaria, marítima, fluvial y lacustre– y art. 24 LECAT –otros actos que atentan contra la seguridad aérea y marítima–, ya que ellos no presentan la estructura básica de un delito cualificado por el resultado; y por tanto, debe sobreseerse la pretensión de inconstitucionalidad sobre los mismos al invocarse una identificación y argumentación defectuosa respecto del contenido normativo de tales disposiciones.

a. La responsabilidad objetiva, de acuerdo con el inciso segundo del art. 4 del Código Penal, es "aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto". Por tanto, se trata de un fundamento de punición basado esencialmente en los efectos materiales producidos, sin atender el aspecto subjetivo del autor.

En algunas ocasiones, tal acaecer es tipificado de forma autónoma, dando lugar a la creación de los *delitos cualificados por el resultado.* La estructura de estos delitos se encuentra formada por un delito básico, cometido dolosa o culposamente, y un resultado que lo cualifica, respecto al cual no es necesario comprobar más que la existencia de una relación de causalidad con la acción del sujeto; es decir, se prescinde, en cuanto a ese "segundo" resultado, de la exigencia de una conexión subjetiva –al menos de previsibilidad–.

No obstante, pese a que *se puede considerar una vulneración al principio de culpabilidad la tipificación en las leyes penales de este tipo de delitos, resulta posible efectuar una interpretación constitucional de los mismos en el sentido que debe existir al menos dolo –en sus diversas modalidades aún el eventual– en cuanto a la realización ulterior que es distinta a la conducta inicial. En su defecto, al no existir dolo en este segundo resultado, serán aplicables las reglas generales del concurso de delitos.*

En este sentido, las cualificaciones penológicas comprendidas en el art. 15 inciso final –"[s]i a consecuencia de las conductas establecidas en los incisos anteriores, se ocasionaren únicamente daños materiales, se impondrá la pena de prisión de diez a quince años"–; art. 18 inciso final –"[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 19 inciso final –"[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 20 inciso final –"[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 21 inciso final –"[s]i como consecuencia de los hechos descritos en el inciso anterior, se produjere la muerte o lesiones graves de una o más personas, la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; y art. 26 inciso final–"[s]i como consecuencia de los actos anteriormente descritos, se ocasionaren lesiones graves o la muerte de cualquier persona, la sanción será de cuarenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–, *podrán ser aplicadas únicamente en aquellos casos en que tales resultados formen parte del plan del agente terrorista –dolo directo o de consecuencias necesarias–o al menos acepte su realización –dolo eventual–.*

Conforme a lo anterior, la mera representación o consciencia del riesgo antijurídico de producción de cualquier de estos resultados, dará lugar a la aplicación de las cualificantes en examen; lo que no significa violación alguna del principio de culpabilidad.

Por ende, conviene descartar la pretensión de inconstitucionalidad enfilada contra los arts. 15, 18, 19, 20, 21 y 26 LECAT, por la supuesta vulneración de los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad".

PENA DE PRISIÓN DEBE QUEDAR REDUCIDA A MÍNIMOS IMPRESCINDIBLES DE MAGNITUD TEMPORAL

"VIII. En este acápite corresponde analizar las argumentaciones vertidas por los demandantes de los procesos 42-2007, 89-2007 y 96-2007 relativas a la inobservancia de los principios de humanidad y proporcionalidad en la imposición de las sanciones penales, pues sostienen que las penas anudadas a algunos delitos contemplados en la LECAT, vuelven nugatorio el valor constitucional de la dignidad humana, el principio de humanidad de las penas y el ideal resocializador impuesto por la Constitución tanto en su preámbulo como en los arts. 10 y 27 inciso tercero.

Así, se impugnan específicamente los marcos penales de las siguientes disposiciones: art. 5 –"será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años"–; art. 7 inciso 2° –"la sanción será de treinta a cincuenta años de prisión"– ; art. 11 –"será sancionado con prisión de quince a veinticinco años"–; art. 15 inciso primero –"será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años con posibilidad de ser aumentada hasta en una tercera parte"–; art. 16 inciso primero –"será sancionado con prisión de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión"–; art. 16 inciso segundo –"será sancionado con prisión de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 18 inciso segundo –"será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 19 inciso segundo –"la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 20 inciso segundo –"la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 21 inciso segundo –"la sanción será de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"–; art. 26 inciso final –"la sanción será de cuarenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión"– y art. 34 –"[l]a pena de los delitos contemplados en la presente Ley se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado, cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes(…)".

De igual forma conviene tratar como último punto del presente acápite, el caso de la pena de inhabilitación especial contemplada en el art. 40 LECAT *(2. B)*.

1. A. Como ha sido expuesto en varios fallos emitidos por esta Sala, de acuerdo a un análisis hermenéutico de los incisos segundo y tercero del art. 27 de la Constitución, el sistema de ejecución penitenciario salvadoreño debe perseguir fundamentalmente la resocialización del delincuente, y la no imposición de sanciones que posean un alto contenido desintegrador de la personalidad del recluso –Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–.

Desde la primera premisa, la ejecución del castigo penal comporta al menos dos objetivos cuales son la "*reeducación"* y la "*reinserción social"*. Así, el primer objetivo busca compensar las carencias del recluso frente al hombre libre, ofreciéndole posibilidades de tener acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad; y en cuanto a su reinserción social, ésta ha de favorecer directamente la relación recluso-comunidad, bien por medio de los contactos sociales,

como también procurando que el desarrollo de la vida dentro del establecimiento penitenciario se asemeje en lo posible a la vida en libertad.

Si bien ambas finalidades convergen esencialmente en el ámbito penitenciario, ello no significa que resulten irrelevantes al momento de creación de normas penales. Al contrario, es importante que el legislador tome en cuenta estas metas de carácter preventivo-especial, junto a las consideraciones relativas al efecto preventivo general del Derecho Penal. Así, tal es la importancia del principio resocializador contenido en los incisos segundo y tercero del artículo 27 Cn., *que el diseño del* quantum *penal en cualquier delito, tiene inexorablemente que servir a dichos fines rehabilitadores, so pena de ser considerado inconstitucional.*

Lo anterior se muestra en consonancia con lo estipulado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptada por el I Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del delito y el Tratamiento del Delincuente de 1955; y el cual en su artículo 57 señala muy claramente: "[e]*l fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo".*

De igual forma, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008), en sus Considerandos sostiene que: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y la reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad".

Así, el ideal constitucional de reinserción social, obliga a que las penas de prisión no sean de una duración tan larga, de manera que cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su mundo social sea ilusoria o, que se verifique en un momento tan lejano que vuelva imposible el mantenimiento de sus vínculos sociales.

Por lo anterior, resulta imprescindible recalcar, que conforme al art. 27 Cn., *la pena prisión ha de quedar reducida a los mínimos imprescindibles de magnitud temporal; entendiéndose por imprescindibles, aquello que resulte suficiente para ejercer la prevención general tanto negativa como positiva, pero que no alcance a producir efectos devastadores sobre el condenado como para provocar su irrecuperabilidad social.*

B. En el caso enjuiciado, en ninguna de sus diferentes intervenciones procesales, la Asamblea Legislativa expuso alguna justificante razonable que permitiera considerar válidas a tenor de la Constitución las magnitudes penales contradichas. Al contrario, manifestó que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianeidad y concebida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con instrumentos transitorios.

Analizando tal argumentación, si estamos en presencia de un tipo de criminalidad que se caracteriza por los medios utilizados, por sus finalidades de intimidación o temor colectivo, y por los efectos graves e indiscriminados que

producen en la población, no se entiende cómo pueda tener marcos penales diferentes a los que correspondería a cualquiera de las figuras básicas insertas en el Código Penal. Así que, tampoco ha sido justificado en esta sede razonamiento alguno que permita imponer sanciones que excedan el marco penológico máximo contemplado en el Código Penal.

No obstante lo anterior, conviene tener presente la última modificación legislativa efectuada al Código Penal – Decreto Legislativo n° 1009 de 29-II-2012 y publicado en el Diario Oficial n° 58, Tomo 394 de 23-III-2012– que reformó los arts. 45 numeral 1° y 71, y estableció como máximo de la pena de prisión sesenta años.

De ello, se infiere una valoración legislativa que establece una convergencia entre finalidades preventivo generales y especiales, cuya proyección abarca también a las penas contempladas en las leyes penales especiales. Por lo anterior, al existir una nueva valoración legislativa en cuanto al máximo de pena en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño que es de sesenta años, los preceptos impugnados pueden admitir una interpretación conforme, en el sentido que los jueces penales no pueden imponer penas que excedan tal magnitud.

C. Conforme a lo anterior, *deben reputarse constitucionales* –conforme la valoración legislativa– las penas contempladas en los arts. art. 5 –"será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años"–; art. 7 inciso 2° –"la sanción será de treinta a cincuenta años de prisión"– ; art. 11 –"será sancionado con prisión de quince a veinticinco años"–; art. 15 inciso primero –"será sancionado con prisión de cuarenta a sesenta años con posibilidad de ser aumentada hasta en una tercera parte"–; art. 16 inciso primero –"será sancionado con prisión de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión"–.

D. Por otra parte, *en los casos en que la LECAT establece sesenta y cinco años como pena máxima para determinados delitos, los jueces podrán imponer las penas entre el mínimo determinado para cada delito, y el máximo que el legislador estableció para todos los delitos en general –sesenta años–. La regla anterior se aplicará mientras la Asamblea Legislativa no adecue la pena máxima de los delitos que exceden los sesenta años de prisión.*

En consecuencia, la Asamblea Legislativa, dentro del plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, deberá *adecuar, conforme a su capacidad de configuración, la pena máxima de los delitos que están sancionados con prisión de sesenta y cinco años,* es decir, los artículos siguientes de la LECAT: 16 inc. 2°; 18 inc. 2°; 19 inc. 2°; 20 inc. 2°; 21 inc. 2°; y 26 inc. final".

AUMENTO DE PENA DE PRISIÓN NO PUEDE SOBREPASAR DE NINGUNA MANERA LOS SESENTA AÑOS COMO MARCO SANCIONATORIO MÁXIMO

"*E.* Con relación al art. 34 LECAT, el cual fija la posibilidad de aumentar la pena de prisión hasta en una tercera parte del máximo de pena fijada en la descripción típica, conviene efectuar una interpretación sistemática e integradora con las dos disposiciones reformadas del Código Penal. *Esto es, que la aplicación de tal regla no podrá sobrepasar de ninguna manera los sesenta años como*

marco sancionatorio máximo, y ello deriva del entendimiento que las estipulaciones especiales deberán sujetarse a la nueva valoración legislativa en cuanto a lo que se considera aceptable para salvaguardar tanto los fines preventivo generales como especiales de la pena.

En conclusión, tal norma también admite una interpretación conforme a la Constitución, y por tal motivo debe desestimarse la pretensión.

2. De acuerdo con las consideraciones anteriores, conviene estudiar la impugnación a la cual ha sido sometida el art. 40 LECAT el cual literalmente dice: "…[e]n los casos de personas que tengan la responsabilidad para realizar alguna actividad relacionada con armas, artefactos explosivos, armas de destrucción masiva, sustancias explosivas, municiones o similares, y cualquiera de las otras mencionadas en la presente Ley, y que hubieren resultado responsables de los delitos previstos en la misma; además de la pena principal impuesta, serán inhabilitados para el ejercicio de sus funciones en cargos de similar responsabilidad por el doble de tiempo que dure la condena".

Los demandantes del proceso 89-2007 sostuvieron que, de acuerdo con la duración de la misma –el doble que la principal–, se podrá llegar al absurdo jurídico de que una persona sancionada con 65 años de privación de libertad, podrá quedar inhabilitada durante 130 años para el ejercicio de cargos relacionados con armas y explosivos. Y esto acontece igualmente cuando se pone en relación con otros supuestos establecidos en la LECAT.

Respecto al argumento de inconstitucionalidad expuesto, conviene fijar primeramente la naturaleza jurídico-penal de la pena controvertida.

A. Debemos señalar que nos encontramos ante una pena restrictiva de derechos, esto es de inhabilitación especial que adquiere un carácter accesorio anudado a una pena principal, la cual supone una limitación a derechos profesionales o de ocupación laboral.

Y es que la implementación de estas penas, se encuentran sujeta a críticas, en la medida que implican un impedimento al reo para ejercer su profesión u oficio, ya que ello impide entonces al condenado realizar su actividad social normal y proveer su manutención y la de su familia; por ende, su aplicación debe estar sujeta a ciertos principios limitadores. Uno de los principios, a los cuales necesariamente debe limitarse la regulación normativa de las penas restrictivas de derechos, es el de su duración.

De acuerdo con ello, la pena ha de tener una duración limitada en el tiempo, esto es, una restricción temporal adecuada al ilícito cometido y a la culpabilidad, pero sin que llegue a traspasar los límites razonables de la estricta proporcionalidad; y esto debe tenerse en cuenta cuando aparezca como pena principal.

B. Ahora bien, en el caso que sea regulada como pena accesoria, su duración se encuentra determinada por la pena principal. En otras palabras, existe una regla nuclear en cuanto a la determinación abstracta de las penas –y que se encuentra amparada en el art. 46 inciso último del Código Penal– donde la pena accesoria sigue a la principal en cuanto su rango temporal. Y ello se explica por los efectos en la reinserción social que estas penas provocan, ya que si se cumple primeramente la pena privativa de libertad y hasta que se cumpla con la pena accesoria, existirá un periodo donde el reo no podrá ejercer actividad profesional

alguna, no pudiendo entonces obtener los ingresos económicos necesarios para él y su grupo familiar.

Es evidente entonces, *que aunque existan argumentos para la inclusión de este tipo de penas en los modernos códigos penales, sea porque en última instancia se tratan de penas con un alto contenido preventivo, y en particular porque su merecimiento es necesario por el uso abusivo de una profesión o un empleo determinado, éstas deben guardar estricta proporción con el rango razonable de penas formuladas de acuerdo al ideal resocializador, y en particular en cuanto a su duración.*

C. En el *caso sub judice,* tal regla ha resultado inobservada al darse un rango doblemente mayor al de la pena de prisión, además al haber sido establecida como una *pena rígida.*

Así, el artículo controvertido, no establece ni un mínimo ni máximo con relación a la determinación de la sanción, sino que en todos los casos se aplica "*por el doble de tiempo de la condena*", excluyendo al Juez de la facultad de poder valorar la necesidad y el rango temporal adecuado de acuerdo al hecho juzgado y la personalidad del reo. Ello se contrapone absolutamente, a los modernos sistemas de individualización legal y judicial de la pena, los cuales plantean la necesidad de adecuar la pena a diferentes parámetros como lo señala el art. 63 del Código penal.

Aunado a lo anterior, la norma controvertida rompe la necesaria relación de accesoriedad entre pena principal y la pena de inhabilitación especial, en la medida en que esta última dura el doble del tiempo de la condena, lo cual impide la simultaneidad necesaria que debe existir entre ambas en su cumplimiento. Así, la pervivencia de la última, resulta contraproducente a los fines de reinserción social del condenado, pues su cumplimiento supondría una excesiva restricción a su ámbito de participación en la vida social, y cuyos efectos transcurrirán más allá de su salida de prisión afectándole de por vida.

En conclusión, debe reputarse inconstitucional el art. 40 LECAT, en cuanto a su consecuencia jurídica, al inobservar el principios de resocialización con relación a la magnitud de la pena de inhabilitación especial plasmada en la norma".

INCITACIÓN PÚBLICA DE ACTOS DE TERRORISMO

"IX. Corresponde resolver ahora las diferentes argumentaciones sostenidas en contra del art. 8 LECAT que castiga la apología e incitación pública de actos de terrorismo. Tal disposición señala: "[e]l que públicamente hiciere apología del terrorismo o incitare a otro u otros a cometer cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley, será sancionado con prisión de cinco a diez años".

Los demandantes del proceso 42-2007, sostienen que en tal disposición no existe ningún nivel de daño o lesividad o una afectación concreta a bienes jurídicos de terceros, violentándose entonces el principio de lesividad y de proporcionalidad en la respuesta penal. Además, por su forma de redacción, la apología puede presentar serios conflictos con la liberad de expresión y difusión del pensamiento por vía de la censura previa. Por último, aducen que la apología "*de*

un delito por sí sola, sin una motivación ulterior o dolo de afectación de un bien jurídico concreto, carecería de sentido el ser penalizada.

Para resolver tales argumentaciones, resulta necesario partir de una imprescindible base doctrinaria que permita dilucidar correctamente cuáles son las conductas penalizadas en el art 8. LECAT

1. A. En principio, si bien la consumación del delito es la fase más perfecta en orden al castigo penal, también la mera ejecución incompleta y frustrada del hecho delictivo puede acarrear la imposición de la pena por medio de la regulación de la tentativa punible. Antes de ese penúltimo estadio del *iter criminis* se encuentran los actos de preparación del delito, comúnmente denominados: *actos preparatorios*.

Como se afirmó, éstos se encuentran sumamente alejados de una lesión efectiva o de la creación del riesgo respecto a un bien jurídico, además de que resulta difícil comprender todavía de forma clara la intención criminal. Por esto, la doctrina científica ha sostenido que la punición indiscriminada de estos actos resulta contraria al principio de lesividad; sin embargo, como se ha dicho en la presente sentencia, suelen admitirse excepciones de acuerdo al valor de los bienes jurídicos puestos en juego (v. gr. sistema constitucional del Estado, seguridad nacional, etc.).

B. En esencia, son tres actos preparatorios los que regularmente aparecen incluidos en los Códigos penales modernos, estos son: *la conspiración*, *la proposición* y la *provocación*. Los dos primeros se encuentran relacionados en el art. 23 del Código Penal vigente y en diferentes tipos de la parte especial.

Por su parte, la provocación no aparece regulada de forma autónoma en la legislación penal salvadoreña, sino que aparece en su variante fundamental cual es la apología. Así, el artículo 349 del Código Penal se prescribe: "[e]l que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años".

C. Por *provocación* se entiende la incitación pública efectuada a través de diversos medios de difusión o ante un indeterminado número de personas, a fin de que sean realizados uno o varios delitos. Y una de las razones justificativas aducidas en cuanto a su inclusión en los códigos penales es que en diversas etapas de la historia, algunas campañas de prensa o de carácter político, han desacreditado sistemáticamente a determinadas personas o grupos, los cuales se ha dicho que merecen ser exterminados o desposeídos de sus bienes. Tales ideas ejercen o pueden ejercer una gran influencia en personas o grupos, determinándoles a cometer actos delictivos en los que falte relación directa con quien los incitó, y que en modo alguno éste no hubiera aprobado, pese a que su influjo resulto decisivo en los ejecutores materiales.

De acuerdo con lo expuesto, *la apología* –como una forma de provocación– *puede entenderse como la exposición ante un grupo indeterminado de personas o la difusión por diversos medios de comunicación, de ideas o doctrinas que enaltezcan el crimen o a sus autores, con el propósito de incitar a la comisión de delitos o favoreciendo su perpetración".*

EXENTAS DE RESPONSABILIDAD PENAL EXPRESIONES IDEOLÓGICAS, POLÍTICAS O DE OTRA NATURALEZA QUE NO SUPONGAN INCITACIÓN DIRECTA A COMETER UN DELITO

"*D.* Resulta evidente observar, que tales dimensiones de la apología, podrían colisionar de forma aparente con el ejercicio de importantes derechos constitucionales como el de la libre expresión y difusión del pensamiento, libertad de opinión y crítica pública, con el de reunión, manifestación pública pacífica y asociación. Sin embargo, es posible deslindar con claridad las características básicas de las conductas que deben ser sometidas a la jurisdicción penal, a saber: *(a)* que la incitación es una actividad dirigida a lograr que otras personas –de forma directa– se motiven a perpetrar o ejecutar un delito; *(b)*debe realizarse a través de un medio público (imprenta, radiodifusión, televisión y aún reuniones públicas, etc.); *(c)* que tal incitación se dirija a la realización de uno o varios delitos en concreto, no bastando una estimulación vaga a delinquir; y *(d)* que la conducta motivadora proyecte la incitación sobre una colectividad de personas.

Por consiguiente, al tratarse de una incitación directa a cometer un delito o delitos determinados, quedarán fuera de la órbita de lo punible todas aquellas expresiones ideológicas, políticas, artísticas, institucionales o de otra naturaleza que no supongan tal fin, aun y cuando su comunicación se efectúe en forma enérgica o al menos alegórica".

"*2.* Una vez delimitados claramente los contornos dogmáticos de la figura penal estudiada es procedente analizar el art. 8 LECAT.

A. La disposición enjuiciada si bien hace referencia a la apología en su *nomen iuris*, también regula adicionalmente la "incitación pública de actos de terrorismo", lo que implica no sólo la difusión de comunicación, ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan al autor, sino también, una motivación colectiva a replicar tales conductas.

B. Ahora bien, en relación con el motivo de inconstitucionalidad expuesto porque tal tipificación pudiera contradecir al derecho fundamental a la libre expresión y difusión del pensamiento, se deben tomar en cuenta las ideas vertidas anteriormente. *Esto es, que tal norma en su aplicación, debe ser reducida teleológicamente a aquellos supuestos que impliquen de manera directa y eficaz una incitación a cometer un delito o varios; quedando fuera del ejercicio del ius puniendi las meras expresiones de disconformidad personal o grupal, aun por muy groseras y aberrantes que pudieran ser sus formas de expresión.*

Por otra parte, la apología como una forma de provocación, de acuerdo con las consideraciones político-criminales que estime oportunas el legislador, puede ser regulada en el Código Penal o en una Ley Penal Especial de acuerdo con el valor de los bienes jurídicos en juego, la modalidad de su ataque o el móvil que impulse a una determinada forma de criminalidad; debiendo respetar en todo caso, el marco de proporcionalidad sancionatoria comparable con la tentativa y el delito consumado.

C. En el caso *subjudice*, ese marco de proporcionalidad ha sido traspasado al otorgársele a un acto sumamente distanciado de una lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico, una pena igual o mayor que algunos supuestos

donde existe un daño efectivo, como acontece por ejemplo con la conducta estipulada en el art. 12 LECAT relativa al *delito informático*, cuya penalidad mínima al haberse efectuado la destrucción de datos es de diez años, coincidiendo con la máxima que le corresponde a la apología e incitación pública de actos de terrorismo.

En realidad, esta grave discordancia penológica –que supone un tratamiento injustificablemente severo a simples actividades de peligro abstracto en comparación con conductas de lesión efectiva– cabe reputarlas de inconstitucionales por desconocer la importancia que tiene el principio de proporcionalidad en la graduación legal de las penas. Por todo lo anterior, debe reputarse inconstitucional la sanción penal contemplada en el art. 8 LECAT, pero no la conducta típica de apología e incitación pública de actos de terrorismo.

D. No obstante lo anterior, advirtiendo la gravedad de la conducta delictiva analizada, resulta procedente efectuar una declaración de inconstitucionalidad diferida, en la medida que tal marco penal se encontrará vigente hasta que el legislador lo modifique conforme los parámetros estipulados en la presente sentencia.

Según lo anterior, el legislador debe subsanar en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, tal situación de inconstitucionalidad detectada en las disposiciones o normas examinadas por esta Sala".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 22-2007AC, fecha de la resolución: 24/08/2015.

ACUERDO MINISTERIAL QUE VIOLENTA LA RESERVA DE LEY

PRINCIPIO DE INDELEGABILIDAD DE ATRIBUCIONES

"B. Sobre el principio de indelegabilidad de atribuciones contenido en el art. 86 inc. 1° frase tercera Cn., la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que la delegación de competencia es la decisión de un órgano administrativo a quien legalmente aquélla le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior (sentencia de 20-I-2009, Inc. 84-2006).

La delegación constituye una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia, y representa un medio técnico para la mejor organización y dinámica de la Administración Pública, en virtud del cual un órgano determinado se desprende de una parte de la competencia que tiene atribuida y la transfiere a otro, al cual esa competencia no le había sido asignada. La delegación, de tal modo, no implica una alteración de la estructura administrativa, sino tan sólo de su dinámica, e importa el desprendimiento de un deber funcional, siendo independiente de la existencia de una relación jerárquica entre el órgano delegante y el delegado. En lo atinente a la delegación administrativa, ésta debe estar autorizada por una norma legal, y puede presentarse de dos maneras distintas, a saber: la delegación administrativa interorgánica y la delegación administrativa intersubjetiva (improcedencia de 13-IX-2013, Inc. 130-2012)".

ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO

"C. En la misma línea jurisprudencial, esta Sala ha determinado que los órganos del Gobierno están investidos de un conjunto de atribuciones constitucionales y legales que deben ser ejercidas en forma independiente, para evitar la concentración del poder y garantizar el respeto a los derechos de las personas. Esto significa que el conjunto de las atribuciones jurídico-políticas y jurídico-administrativas comprendidas en la competencia de cada órgano son improrrogables, es decir, no pueden ser transferidas por su titular a un órgano distinto (Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003). De lo contrario, la posibilidad de delegación podría soslayar la distribución de poder pretendida por el reparto constitucional de las competencias de cada órgano.

Sin embargo, se ha reconocido que entre unidades administrativas de un mismo órgano, o entre un órgano del Gobierno y un ente descentralizado, la delegación puede operar como un medio técnico para optimizar el desempeño de la Administración Pública, en términos de eficiencia y eficacia (Inc. 84-2006 previamente citada). En tales casos, se trata de la aplicación de un principio de distribución y especialización de funciones o labores que, junto con otros beneficios, favorece la gestión técnica de los asuntos, desconcentra su atención por los niveles superiores de cada órgano y reduce los tiempos de respuesta de la Administración. La condición de validez de esa delegación es que esté prevista en una disposición con el mismo rango que la que ha otorgado la competencia delegada, esto es, una ley en sentido formal (Sentencia de 14-XII-2011, Amparo 517-2009)".

DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA INTERORGÁNICA Y DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA INTRAORGÁNICA

"D. Entonces, cabe aclarar que la delegación no es per se inconstitucional, pues en ocasiones puede operar como un medio técnico para el mejor funcionamiento dinámico de la administración pública. Dicha figura puede presentarse de dos maneras distintas: una, que podría denominarse delegación administrativa interorgánica y otra que podría llamarse delegación administrativa intraorgánica.

La primera es la que se lleva a cabo entre dos órganos que pueden o no estar ligados por una vinculación jerárquica; la competencia es deferida por el órgano delegante al delegado, aunque la atribución sigue perteneciendo a aquél y puede seguir ejerciéndola en concurrencia con éste, incluso haciendo uso eventualmente de la figura de la avocación; la segunda tiene lugar entre distintas unidades administrativas que pertenecen a un mismo órgano, y para que tenga cabida debe ser regulada normativamente –igual que la anterior– mediante disposiciones del mismo rango de aquellas que atribuyeron la competencia que es objeto de la delegación".

LA DELEGACIÓN PUEDE OPERAR ÚNICAMENTE ENTRE UNIDADES ADMINISTRATIVAS DE UN MISMO ÓRGANO O ENTRE UN ÓRGANO DEL GOBIERNO Y UN ENTE DESCENTRALIZADO

"Lo dicho hasta aquí basta para afirmar que el principio de indelegabilidad de las atribuciones de los órganos de Gobierno implica que ninguno de los ór-

ganos estatales, pueda desprenderse de las atribuciones que la Constitución le ha asignado y conferirla a otro; entendiendo que la delegación puede operar únicamente entre unidades administrativas de un mismo órgano o entre un órgano del Gobierno y un ente descentralizado, como un medio técnico para el mejor funcionamiento dinámico de la Administración Pública.

E. Como se dijo, desde el punto de vista del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, la delegación de funciones tiene cabida, en tanto que busca mejorar la organización y dinámica de la Administración Pública a efecto de alcanzar ciertos fines. Sin embargo, esto no implica que cualquier función o atribución puede ser delegada, sino que en ella solo pueden estar comprendidas aquellas atribuciones que no sean propias de la naturaleza jurídica de cada uno de los órganos del Gobierno, sean estos en su carácter de institución o persona y que a su vez no se produzca afectación al orden fijado por la Constitución y las leyes en su consecuencia dictadas.

En tal sentido, para que dicha delegación se concrete deben cumplirse por lo menos los siguientes requisitos: primero, que exista norma jurídica en la cual se establezca la atribución a determinado órgano o ente estatal; segundo, que exista habilitación normativa en el sentido de poder delegar cierta atribución; tercero, que se trate únicamente de atribuciones o funciones que no sean esenciales a ese ente –institucional o personal–, quien a su vez se entiende conserva el ejercicio directo de esa atribución.

Será entonces desde esta perspectiva que ha de interpretarse el inc. 1° frase tercera del art. 86 Cn., en cuanto señala que “Las atribuciones, y competencias de los órganos del Gobierno son indelegables.”; es decir, los diferentes órganos o entes que conforman el Gobierno no pueden delegar atribuciones o competencias si no están habilitados para ello, como tampoco pueden delegar aquellas potestades o atribuciones que son esenciales a su giro funcional, de igual forma no pueden ceder u otorgar más de las competencias que poseen.

En definitiva, el principio de indelegabilidad de funciones delimita que los órganos o entidades públicas no pueden desprenderse del ejercicio directo de aquellas atribuciones que son inherentes a la existencia del mismo, aunque esto no quita que otras atribuciones sí puedan delegarlas, en tanto no se afecte lo dispuesto por la Constitución o por las leyes emitidas al efecto”.

ACUERDO MINISTERIAL IMPUGNADO VULNERA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY, FUNCIONES QUE DELIMITAN EL MARGEN DE ACTUACIÓN DE UN ÓRGANO O FUNCIONARIO PÚBLICO SOLO PUEDEN SER CREADAS POR ENTIDADES CON FACULTADES NORMATIVAS

“1. A. El primero motivo de inconstitucionalidad se circunscribió a verificar si el acuerdo ministerial impugnado vulnera la ley fundamental dado que inobserva el principio de reserva de ley –art. 131 ord. 21° Cn.–, ya que sólo por medio de la ley se pueden determinar las atribuciones y competencias de los funcionarios públicos. La parte actora afirmó que se han definido atribuciones y competencias a la Dirección Departamental de Educación por medio de la normativa impugnada, la cual es rango inferior a las normas legislativas.

En esa línea argumentativa, resulta indispensable contrastar el art. 45 del Reglamento de la Ley de la Carrera Docente en contra posición con las atribuciones determinadas en el acuerdo II n° 11 contenido en el AM n° 15-0939, a fin de verificar si en efecto mediante la normativa impugnada se han creado nuevas atribuciones no contenidas en el RLCD.

Para ello se tiene:

El artículo en comento prescribe:

"ATRIBUCIONES

Art. 45.- La Unidad de Recursos Humanos tendrá las atribuciones siguientes:

a) Legalizar los movimientos de personal;
b) Prever los ascensos de los educadores con fines presupuestarios;
c) Efectuar los ascensos de categoría de los educadores en servicio;
d) Mantener completo, en orden y debidamente archivado los expedientes profesionales de los educadores;
e) Publicar las plazas vacantes en la Dirección Departamental de Educación a solicitud de los Consejos Directivos Escolares;
f) Atender consultas que le hagan los otros organismos que administran la carrera docente;
g) Extender el documento de identificación profesional mediante el cual se da el reconocimiento legal a los educadores inscritos en el registro escalafonario; y
h) Tramitar y legalizar las licencias de los educadores que desempeñen cargos de técnica educativa".

Por su parte, el acuerdo ministerial impugnado señala:

"...Designar a los Directores Departamentales de Educación todas las funciones de Recursos Humanos, que comprende personal docente y administrativo del departamento bajo su comprensión territorial, siendo los responsables del contenido y la veracidad de la información que se describe a continuación: [l]os movimientos de personal, licencias por maternidad, traslados, destacamentos, nombramientos, contrataciones, permutas, asignación de horas clase y sobresueldo, sin efecto por fallecimiento, renuncias, jubilaciones, abandono de cargo, ascenso de categoría, destacamento por sub-utilización, prórroga de licencias; también tiempo de servicio del personal registrado en el escalafón administrativo y docente, refrendas de personal docente y administrativo, información para el presupuesto de recursos humanos, del contenido de la actualización mensual de base de datos (fecha de ingreso, categoría, grado, fecha de nacimiento, nivel de formación, etc.), informes estadísticos, solicitudes para evaluar personal administrativo, nóminas de personal para capacitación, nóminas de personal administrativo para uniformes y control sobre el uso de los mismos, extensión del NIP, solicitud de trámites de Misión Oficial para becas, nóminas de Centro de Escolares con plazas vacantes de docentes para publicación, solicitud de partidas de director y/o sub-director, así como cualquier otro trámite o gestión administrativa relacionada con los Recursos Humanos..".

B. Confrontadas ambas normativas se concluye lo siguiente:

a. Por una parte, el art. 45 RLCD establece las atribuciones y competencias de la Unidad de Recursos Humanos del Ministerio de Educación; unidad creada

con base en el art. 41 de la LCD como organismo que, junto a otros, administra la Carrera Docente. El reglamento en comento es de aquellos a los que la doctrina denomina de ejecución –art. 168 ord. 14° Cn.–, cuya finalidad es delimitar los aspectos técnicos para posibilitar la aplicación de la Ley –en este caso la Ley de la Carrera Docente–; de allí que, el referido reglamento desarrolle a esta ley.

b. Por otra parte, al examinar el acuerdo ministerial impugnado se observa que el mismo crea una serie de atribuciones que el Reglamento de la Ley de la Carrera Docente no contempla; en ese sentido, el art. 45 RLCD marca la zona de reserva de las competencias conferidas a la Unidad de Recursos Humanos, por lo que, la creación de nuevas atribuciones requiere su inserción en un texto legal de igual o mayor jerarquía, pero jamás menor.

Y es que, la reserva de ley de tipo relativo obliga al legislador a regular aspectos centrales de la materia, circunstancia que, trasladada al presente análisis se verifica en el art. 41 LCD, pues la Unidad de Recursos Humanos se crea mediante la Ley de la Carrera docente, permitiendo al Ejecutivo –mediante un reglamento de ejecución– regular aspectos complementarios tales como las atribuciones de la Unidad de Recursos Humanos.

C. Sobre la base de lo anterior, al interpretar el art. 131 ord. 21° Cn., en conexión con la jurisprudencia previamente citada, se concluye que el acuerdo II n° 11 contenido en el AM n° 15-0939 es inconstitucional, en tanto que el mismo crea una serie de atribuciones que no están determinadas en el art. 45 RLCD.

La disposición constitucional en comento faculta a la Asamblea Legislativa para determinar las competencias de los funcionarios, las cuales en virtud del principio de reserva de ley relativa, han sido creadas mediante un reglamento de ejecución; por tanto, un instrumento normativo de menor jerarquía no puede agregar más facultades que las que el reglamento establece.

D. En virtud de lo evidenciado, la creación de atribuciones realizada por el acuerdo II n° 11 contenido en el AM n° 15-0939, transgrede el principio de reserva de ley, en tanto que las funciones que delimitan el margen de actuación de un órgano o funcionario público únicamente pueden ser creadas por aquellas entidades con facultades normativas; en consecuencia, el acuerdo ministerial impugnado vulnera la Constitución en su art. 131 ord. 21° Cn., por lo que así deberá declararse".

EFECTO RESTITUTORIO: ORDENA LA EXPULSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, ES DECIR UNA DECLARACIÓN CONSTITUTIVA CON EFECTOS EQUIVALENTES A LA DEROGACIÓN

"2. Constatada la inconstitucionalidad de la normativa impugnada, es necesario exponer unas breves consideraciones en orden a cómo deberán entenderse los efectos del presente fallo.

A. En cuanto al contenido de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, la reparación que se ordena para restablecer el orden constitucional vulnerado por la disposición o cuerpo normativo declarado inconstitucional, es la expul-

sión de ésta del ordenamiento jurídico, es decir una declaración constitutiva, con efectos equivalentes a la derogación.

Sin embargo, la sentencia estimatoria dictada en esta clase de proceso no debe perder de vista las consecuencias que puede ocasionar en relación con las situaciones jurídicas ya consolidadas.

Por ello y como se dijo en la sentencia de 23-I-2013, Inc. 49-2011, ya citada, el adecuado y regular funcionamiento de las instituciones estatales requiere de una proporcionalidad de los efectos que puedan producir las sentencias emitidas por este Tribunal.

En el presente caso, deberá tenerse presente que las decisiones y acuerdos tomados en virtud de la normativa impugnada han producido efectos de diversa índole. De modo que, para no perjudicar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, tal como lo exige el principio de seguridad jurídica (art. 1 Cn.), esta sentencia no afectará en modo alguno los actos emitidos por los Directores Departamentales de Educación durante el período en que estuvo vigente el acuerdo II n° 11 contenido en el AM n° 15-0939.

B. Asimismo, debe quedar claro que a partir de este pronunciamiento, los organismos encargados de la administración de la carrera docente –art. 41 -LCD–, deberán actuar conforme a lo estipulado en la Ley de la Carrera Docente y el Reglamento de la misma".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 84-2011, fecha de la resolución: 15/07/2015.

APELLIDOS DE LOS HIJOS

ANTECEDENTES DE LA PREEMINENCIA LEGAL DEL APELLIDO PATERNO EN LA FORMACIÓN DEL NOMBRE DE LOS HIJOS

"IV. *1.* La regla de preeminencia legal del apellido paterno en la formación del nombre de los hijos (art. 14 LNPN) tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, con base en la mayor importancia social y familiar del hombre frente a la mujer en esa época, a raíz de la división sexual del trabajo. Es decir, que el origen de la regla estaba en la distribución de roles socioeconómicos generada por la visión tradicional de que era solo el hombre quien con su trabajo obtenía ingresos y proveía para la manutención del hogar y la familia, por lo que determinaba su residencia y administraba sus bienes, mientras la mujer estaba destinada al trabajo doméstico y al cuidado de los hijos, subordinada por tanto al marido (modelo del hombre como "sostén del hogar"). Esa forma cerrada y excluyente de repartir los papeles en la actividad productiva de la sociedad tenía como consecuencia previsible un estatus más aventajado para el marido, quien servía como referente social de identificación de la unidad familiar y su descendencia.

El reflejo normativo de esa valoración social y cultural de la mujer subordinada a la posición dominante del hombre, y específicamente del marido, fue el establecimiento jurídico del apellido paterno como punto de referencia para la denominación de las líneas genealógicas de las familias, con los efectos consiguientes en la organización, en los registros públicos, de los datos de identidad de las personas.

Es innegable que con esa regulación, además de intentar una correspondencia entre el trato social de la mujer en ese entonces y la ordenación jurídica del ámbito familiar, se fortalecían al mismo tiempo los propios esquemas de diferenciación sexista, pues la preferencia del marido como referente de la identidad de la familia confirmaba y profundizaba la mayor importancia social del hombre, reproduciendo así los esquemas de valoración cultural desfavorables para la mujer.

Una desagradable confirmación del peso del apellido paterno en la connotación social de la identidad personal se manifestó en las clasificaciones de los tipos de filiación, que la jurisprudencia civil consideró basadas en "antiguas corrientes doctrinarias" (Sentencia de Casación Civil n° 263-2000, del 19-XII-2000, considerando IV); y que produjeron exclusiones de derechos, señalamientos negativos y complicaciones legales a quienes carecían de ese apellido, cuando se les había negado el reconocimiento de paternidad (Sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95, Considerando V.2). Además, en la práctica, esa visión tradicional de subordinación de la mujer frente al hombre tuvo el efecto de excluir a las mujeres del acceso a iguales dosis de poder social, político y económico, mediante la construcción cultural de pretextos o estereotipos de inferioridad, incapacidad, peligrosidad o necesidad de "protección" de la población femenina.

2. Sin embargo, *no debería haber duda de que hoy esa concepción histórica es inaceptable, anacrónica e infundada.* El modelo patriarcal del hombre proveedor y de la mujer ama de casa que reservaba para el hombre la jefatura y cabeza de la familia y, por efecto, lo convertía en fuente de la identidad familiar, es una construcción social caducada. Incluso cuando una manifestación particular de su exclusión histórica impide que una mujer iguale al hombre en la producción de ingresos para el sostén familiar, la mujer contribuye a la economía del hogar mediante su trabajo no remunerado, es decir, su trabajo doméstico y de cuidado de las personas dependientes (hijos, adultos mayores, parientes enfermos, etc.). Esas actividades representan un "bien público" y "contribuyen a objetivos de desarrollo convenidos en forma colectiva", según el *Estudio Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo,* de 17-VI-2009 (referencia A/64/93), del Secretario General de Naciones Unidas".

REGULACIÓN SOBRE EL APELLIDO FAMILIAR NO DEBE SUPONER NINGUNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN, JERARQUÍA O SUBORDINACIÓN, POR MOTIVO DE SEXO

"El modelo del hombre como sostén de la familia también resulta desafiado por la cantidad de hogares que, por diversas circunstancias (incluida la frecuencia de paternidad irresponsable), tienen una jefatura femenina (34.9 % según el VI Censo de Población y V de Vivienda, Ministerio de Economía, 2007). Asimismo, el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades de inserción laboral a las mujeres, reconocer la importancia económica de su trabajo no remunerado y procurar la equivalencia de responsabilidades entre ambos cónyuges, incluso como una condición para el desarrollo humano del país (Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2013. Imaginar un nuevo país. Hacerlo posible, PNUD, págs. 234-235). En consecuencia, con la articulación vigente de las relaciones económicas en la familia y las obligaciones del Estado en relación

con la igualdad de derechos de la mujer, la preferencia legal del apellido paterno ya no puede verse como vestigio de un sistema patriarcal o reflejo de un predominio económico y social del hombre frente a la mujer.

Es cierto que el derecho –como canal de valoraciones sociales dominantes sobre el papel de hombres y mujeres– tiene una dimensión simbólica que no debe ser subestimada, porque ella es precisamente el punto de partida para algunos de los cambios más importantes en el ámbito de la igualdad por razones de sexo. Pero en el contexto de la realidad actual, donde la normativa constitucional, internacional y secundaria reconoce la igualdad jurídica entre mujeres y hombres, la regulación sobre el apellido familiar, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la certidumbre, no debe suponer de ningún modo, discriminación, jerarquía o subordinación, por motivo de sexo".

INEXISTENCIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADA

"V. Con base en lo anterior se analizarán los motivos de inconstitucionalidad planteados por la demandante.

1. El motivo de inconstitucionalidad del art. 14 LNPN se basa en la idea de que esta disposición "otorga mayor importancia a los apellidos paternos, discriminando totalmente los apellidos maternos", pues "solo el apellido paterno es transferido a sus descendientes […] dando a entender que los apellidos maternos son sin valor y no sirven". En primer lugar, resulta claro que dicho planteamiento corresponde al fundamento de los antecedentes históricos de la regulación del apellido familiar, pero que, como ya se dijo, se refiere a una situación totalmente superada por las condiciones actuales, en las que el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad de tratamiento a la mujer en las relaciones de pareja, así como de reconocer su valiosa contribución a la economía familiar.

En otras palabras, el argumento de la demandante se basa en una interpretación histórica de la norma impugnada, que partía de un modelo de familia donde el hombre era el único proveedor y sostén del hogar. Tal interpretación es inaceptable, porque en el contexto del Ordenamiento jurídico actual, el art. 14 LNPN debe ser armonizado con las obligaciones constitucionales, convencionales y legales de igualdad de trato entre mujeres y hombres, de modo que no puede ser entendido como expresión de menosprecio o subordinación de la mujer, sino únicamente como una opción de identificación familiar, entre otras a disposición de la Asamblea Legislativa, que por ahora satisface las exigencias de certidumbre, uniformidad y simplificación registral y forma parte de un régimen jurídico administrativo que cumple importantes funciones de orden público (en cuanto al registro y control de la identidad de las personas para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones)".

EL LEGISLADOR PODRÁ DISPONER, EN LA RESPECTIVA LEY SECUNDARIA, QUE LAS PERSONAS AL OBTENER SU MAYORÍA DE EDAD, OPTEN POR EL APELLIDO DE SU PREFERENCIA, EN EL ORDEN QUE ASÍ DECIDAN

"En segundo lugar, la demandante alega una supuesta infracción al principio de igualdad señalando solo lo que ella considera una diferencia de trato, pero sin

fundamentar o exponer la existencia de algún derecho afectado por esa distinción. La jurisprudencia de esta Sala ha indicado que una diferencia de trato relevante desde la perspectiva del art. 3 Cn. debe tener consecuencias jurídicas, en términos de afectar o beneficiar el ejercicio de algún derecho fundamental (Sentencia de 4-V-2011, Inc. 18-2010, considerando III.2). La demanda no contiene razones para considerar que exista un derecho a que el apellido de la mujer sea preferido como referente de la identificación familiar y tampoco relaciona la distinción reclamada con algún otro derecho fundamental. En consecuencia, basta aclarar cuál es la interpretación constitucionalmente adecuada del art. 14 LNPN, por lo que *la pretensión de inconstitucionalidad en este punto debe ser desestimada.*

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador puede considerar los supuestos en que los descendientes de una familia, por razones justificadas y particulares, que no estén dirigidas a evadir responsabilidades jurídicas o a entorpecer el cumplimiento de atribuciones de las entidades públicas, prefieran el apellido materno como elemento de su identidad personal. En tal sentido, en las discusiones constituyentes de 1983 se reconoció la posibilidad de que la ley secundaria "regule el nombre y que los apellidos puedan ser utilizados, a discreción de la persona que va a usarlo, si quiere utilizar los dos, si quiere utilizar solo uno, si los quiere utilizar invertidos, y en esa forma se evitaría esa serie de problemas", refiriéndose a los usos del apellido familiar *(Versiones taquigráficas de la Discusión y aprobación del Proyecto de la Constitución de la República de 1983,* Tomo III, pág. 243).

2. En relación con la supuesta inconstitucionalidad del art. 21 LNPN la solución es similar. Lo que dicha disposición contiene es una posibilidad o una opción para que la mujer elija utilizar (o no hacerlo) después de su primer apellido, el primer apellido de su esposo. La demandante afirma que al "conceder" esa elección solo para la mujer se "[da] a entender que los apellidos del hombre son los más importantes y los de la mujer no". Esta interpretación es inaceptable, primero, porque no está argumentada (no se exponen las razones por las que una alternativa como esa implica un juicio de valor preferente y ventajoso para el marido); y, segundo, porque el carácter opcional del uso del apellido del esposo significa no es la ley, sino la propia mujer quien puede, si quiere, manifestar esa preferencia o valoración de importancia del apellido de su esposo. Si en ejercicio de su libertad, la mujer rechaza usar el apellido de su marido, la disposición impugnada no establece consecuencias negativas para esa elección.

Es cierto que esta disposición selecciona uno de los apellidos de ambos cónyuges para constituirse eventualmente como apellido común o compartido de la pareja y que esa selección del apellido elegible se limita al del hombre, pero *esta preferencia inicial e insegura se somete a la decisión autónoma de la mujer, de modo que es ella, y no el legislador, quien determina en realidad qué valoración le confiere al apellido de su esposo. Esto equilibra la situación de ambos cónyuges con relación a este asunto.* Si al ejercer la posibilidad de elección regulada en el art. 21 LNPN, se produjera una connotación de mayor reconocimiento social al sexo masculino –supuesto que la demandante tampoco fundamenta–, ello sería consecuencia de una situación de hecho, de una forma de aplicación del artículo impugnado, y no de su contenido normativo. Además, la transformación progresiva de ese hipotético efecto social seguiría a disposición de cada mujer

que elige usar o no el apellido de su esposo. En consecuencia, *deberá desestimarse este motivo de inconstitucionalidad.*

No obstante, en aras de garantizar la plena autodeterminación y autonomía de la persona, el legislador podrá disponer, en la respectiva ley secundaria, que las personas al obtener su mayoría de edad, opten por el apellido de su preferencia, en el orden que así decidan".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 45-2012, fecha de la resolución: 22/07/2015.

COMPETENCIA DE LOS JUECES DE MENORES

EXIGENCIA DE RAZONABILIDAD EN LA DIFERENCIACIÓN

"III.*1.* El principio constitucional de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn., tiene como fundamento la eliminación de cualquier tipo de diferencias entre las personas con relación al goce efectivo de sus derechos y, por ende, de discriminaciones carentes de justificación (Auto de 5-IX-2001, Imp. 18-2001).

Conforme lo anterior, los poderes estatales dentro de sus actividades, deben brindar a todas las personas, en condiciones similares, un trato equivalente. Sin embargo, el principio en referencia, también posibilita dar, al acaecer condiciones diferentes, un trato dispar en beneficio de los destinatarios pero únicamente conforme criterios estrictamente objetivos y justificables a la luz de la misma Constitución (Sentencia de 31-VI-2002, Amp. 190-2000).

Desde esta perspectiva, el ámbito de la igualdad en la formulación de la ley, implica en primer lugar, un tratamiento igual ante la inexistencia de una razón suficiente que habilite un tratamiento normativo desigual; y en segundo lugar, si dicha razón existe, la necesidad de ese tratamiento diferenciado. A ello, la jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado como la *exigencia de razonabilidad en la diferenciación,* esto es, que ante el margen de configuración normativa con la que cuenta el legislador, las personas no serán puestas en una situación jurídica distinta en forma arbitraria.

Ese tratamiento normativo desigual se justificará por una razón deducida precisamente de la realidad, en otras palabras, de la posesión de ciertas cualidades fácticas que colocan al destinatario de la norma fuera del rango de homogeneidad que puede dar lugar a la equiparación en el tratamiento (Sentencia de 19-III-2002, Inc. 22-98).

En tal sentido, las especiales características de un grupo etario como acontece con los niños y jóvenes imponen la necesidad de crear un marco jurídico que tenga en cuenta estas diferencias en particular".

ESPECIALIDAD DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

"2. El inc. 2° del art. 35 Cn., establece que la conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un *régimen jurídico especial.* Tal precepto implica la creación y el mantenimiento de un sistema de justicia penal distinto al que corresponde al ámbito ordinario. Así lo ha entendido esta Sala

en la sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, en la que afirmó que nos encontramos ante un supuesto especial de *igualdad por diferenciación:* el constituyente, en razón de una diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado normativamente de forma distinta. En otros términos —y como se estipula en la referida decisión— "...el concepto mismo de minoría de edad supone ya una diferenciación, pues se es menor de edad en comparación con la persona que ya es mayor de edad; y, en consecuencia aquél, ya supone una adjetivización comparativa, que al ser aprehendida por el Derecho, determina una esfera jurídica regida por normas especiales".

3. Este ámbito de *especialidad* en la justicia penal juvenil es reconocido igualmente a nivel mundial. Por ejemplo —a nivel de instrumentos internacionales—, el art. 37 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece como una obligación de los Estados suscriptores del referido documento, la adopción de todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables por haberlas infringido. Adicionalmente —en el ámbito regional—, el art. 5.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula que: "[c]uando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".

En similar sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores —en adelante, *Reglas de Beijing*— establecen en su art. 2.3: "...[e]n cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargadas de las funciones de administración de la justicia de menores".

4. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 109 de la opinión consultiva OC-17-02 de 28-VIII-2002, afirmó que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños y, particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, *es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos.* Así mismo estableció que: "...los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad".

En términos de mayor precisión, el referido órgano interamericano señaló en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* —sentencia de 2-IX-2004—: "...a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley (...), deben caracterizarse *inter alia,* por los siguientes elementos: *(a)* en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; *(b)* en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como el asesoramiento psicológico del niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño

y la regulación de la publicidad del proceso; *(c)*dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y *(d)* los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales".

5. Sin embargo, *el establecimiento dentro de la organización de la justicia penal ordinaria de un sistema de justicia distinto para niños, niñas y adolescentes, no se justifica únicamente en cuanto al cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado salvadoreño respecto a los estándares derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino por la evidente especificidad y diferencia de un sector de la población que se encuentra en un proceso de desarrollo personal que culminará en la adultez.*

En el caso de las niñas, niños y adolescentes, en virtud de su progresivo nivel de desarrollo físico y mental necesitan de una protección especial en términos materiales, psicológicos y afectivos para garantizar su armónica evolución hasta la madurez e irles proveyendo de las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Esto ha llevado al tribunal constitucional colombiano a afirmar que "...el sistema de responsabilidad penal de los menores de edad se ha de caracterizar por ser *diferente* de aquél que se aplica ordinariamente a los adultos, y debe ser *específico* en el sentido de atender cuidadosamente al nivel de desarrollo físico y mental y demás circunstancias relevantes de cada menor acusado de desconocer la ley penal" (Sentencia de 8-III-2005 de la Corte Constitucional de Colombia, ref. C-203/05).

6. Por lo anterior, y atendiendo a esas singulares características que presenta la niñez y la adolescencia, dicho sistema de justicia debe comportar al menos: *(a)* el reconocimiento legal de los derechos y garantías establecidos en la normativa adjetiva y sustantiva penal ordinaria, juntamente con todos aquellos que corresponden a su especial condición; *(b)* considerarlos a partir de cierta edad como penalmente responsables, entendiendo tal responsabilidad de forma distinta a la que corresponde a los mayores de edad; *(c)* la creación de tribunales especializados juntamente con un procedimiento especial para la determinación de su responsabilidad o inocencia; *(d)* reducir —conforme al principio penal de mínima intervención— el uso de las sanciones o medidas privativas de libertad, optando legislativamente por el diseño de salidas alternas al procedimiento, tales como la remisión o la conciliación, y por sanciones —llamadas por la LPJ como *medidas*— que tengan un contenido reeducativo tales como amonestación, libertad asistida, orientación y apoyo socio-familiar, etc.; y *(e)* otorgar una protección especial a la víctima menor de edad".

GARANTÍA DEL JUEZ NATURAL O JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY

"IV**.** *1.* Como anteriormente se ha estipulado, el *principio de especialidad* que rige la materia penal juvenil, implica necesariamente —entre otras particularida-

des— la creación de una justicia especializada, esto es, la existencia de un juez predeterminado por la ley y conocedor de las cuestiones relacionadas al ámbito de la delincuencia juvenil, así como garante de un proceso en el que se respeten los derechos y garantías constitutivos del debido proceso, y de la consecución de aquellos fines relativos a su reintegración a la sociedad".

"*2.* En cuanto a la creación de jurisdicciones penales con ámbitos de conocimiento especializados, esta Sala ha señalado su admisibilidad constitucional, siempre y cuando se respete la garantía del *juez natural o juez predeterminado por la ley.* Así en la sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003, se sostuvo que —en su dimensión positiva— la referida garantía implica: *(a)* la creación previa del órgano jurisdiccional mediante una norma con rango de ley; *(b)* una determinación legal de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o del proceso judicial; y *(c)*necesidad que ese órgano se rija por un régimen orgánico y procesal común, que impida calificarle como órgano especial o excepcional. Por otra parte —en su dimensión negativa— implica la no existencia de tribunales especiales —*ad hoc*— o de creación posterior al hecho que suscita su conocimiento—*ex post facto*—.

De igual forma se sostuvo en la sentencia de 19-XII-2012, Inc. 6-2009, que resulta válido desde la óptica constitucional la creación de diversas competencias jurisdiccionales por razón de la materia, siempre y cuando el legislador cumpla con ciertos presupuestos, a saber: *(a)* que la tarea de impartir justicia esté a cargo de jueces nombrados conforme a los parámetros constitucionales y legales; que pertenezcan al Órgano Judicial y que sean nombrados de acuerdo con los mecanismos de selección que garanticen su capacidad y mérito —idoneidad técnica y objetiva—; *(b)* que dentro de su función sean respetados los principios inherentes a la garantía del juez natural como una forma de garantizar su independencia e imparcialidad, así como los diferentes principios que informan el proceso constitucionalmente configurado, con el fin de asegurar un procedimiento de solución de conflictos que garantice los derechos constitucionales del acusado, la víctima y demás sujetos procesales; *(c)* que el ámbito de competencia se encuentre estrictamente delimitado conforme al principio constitucional de legalidad procesal, a fin de evitar una manipulación arbitraria del procedimiento; y*(d)* que tal seccionamiento de la competencia se encuentre justificado en razón de la materia, lo que exige una evaluación conforme a parámetros objetivos y razonables como la división equitativa de la carga judicial, la especialización de la materia y los requerimientos reales que requiera la sociedad en el ámbito de la administración de justicia.

Por tal motivo, y retomando lo expuesto en la referida decisión judicial así como en las decisiones de competencia emitidas el 14-XII-2010 por la Corte Suprema de Justicia — refs. 03-COM-2010 y 49-COM-2010— *la competencia dentro del proceso penal —general o especial— es un presupuesto indisponible para el correcto funcionamiento del sistema de justicia; por ende, ni los sujetos procesales ni el juez pueden definir de forma discrecional la sede encargada de dirimir el conflicto penal, sino que ella debe estar previamente determinada por la ley".*

PROCESO PENAL CONSTITUCIONALMENTE CONFIGURADO

"*3.* Por otra parte, y en relación con el procedimiento penal en general, en la sentencia de 21-VI-2013, Inc. 2-2010, se sostuvo que dentro de la Constitución existe un *programa penal* el cual no se agota únicamente en prescripciones relativas al Derecho Penal sustantivo; sino también, de un determinado modelo de proceso penal, denominado el *proceso penal constitucionalmente configurado.*

El mismo comporta que, frente a una acusación formulada en su contra, toda persona tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas por un juez o tribunal independiente e imparcial, cuya competencia haya sido establecida de forma previa por la ley, mediante un procedimiento también anteriormente establecido, el cual debe ser de carácter oral, público y contradictorio; y en el que se le garantice iguales posibilidades de intervención y defensa, reconociéndosele una situación jurídica de inocencia mientras no exista un fallo condenatorio de culpabilidad que tenga como base una actividad probatoria de cargo producida en juicio.

En otras palabras, un sistema procesal penal acorde con la Constitución concibe la actividad jurisdiccional como una actividad de dirección y control ante una contienda entre iguales que tiene su inicio con la pretensión incriminatoria efectuada por el órgano acusador —conforme el resultado de una actividad de investigación practicada juntamente con la Policía Nacional Civil— que es sostenida y confrontada por la defensa durante un debate oral, en el que las partes pueden producir y controlar la prueba que será valorada por el tribunal".

IMPARCIALIDAD DEL JUEZ PENAL JUVENIL SE GARANTIZA CON ESTRUCTURA DEL PROCESO ESTABLECIDO EN LEY PENAL JUVENIL

"V**.** Bajo las anteriores consideraciones debe ser resuelto el requerimiento efectuado por el juez inaplicante quien considera que la garantía de imparcialidad judicial resulta vulnerada cuando un mismo juez conoce tanto de la etapa preparatoria como del contradictorio, lo que no acontece en el Código Procesal Penal que distribuye la competencia funcional entre jueces de paz, instrucción y sentencia para las distintas etapas procesales.

1. El derecho a ser juzgado por un juez imparcial, forma parte esencial del proceso constitucionalmente configurado y constituye un requisito indispensable del Estado de Derecho.

Tal es la importancia de la imparcialidad judicial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la caracteriza como un elemento fundamental del debido proceso y dela confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, sobre todo, también a las partes del caso *(Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* sentencia de 2-VII-2004, párrafo 171).

Este derecho a un juez imparcial es una categoría procesal —y a la vez principio estructural del debido proceso y de la garantía del juez natural— como la ajenidad del juez frente a los intereses de las partes litigiosas, en otras palabras, su esencia radica en una actitud de desinterés subjetivo que le permite encontrar un equilibrio en la decisión del caso, tornando únicamente en cuenta las pruebas

y argumentaciones que le ofrecen a éste las partes contendientes. Empero, ello no significa desatender su obligación de custodio con relación al cumplimiento de la ley y de respeto a las garantías y derechos de los involucrados.

Ahora bien, existe una relación entre la imparcialidad y el modelo de enjuiciamiento penal entendido como un sistema de actos procesales orientados a la búsqueda de la verdad histórica. Desde esta óptica, el modelo inquisitivo tiende a garantizar en menor medida el principio en referencia, ya que concentra en una única autoridad el interés por el resultado de la investigación juntamente con la sustanciación del informativo. Distinto a lo que acontece en los sistemas con tendencia acusatoria, en los que el juez desempeña una exclusiva función de juzgamiento; mientras que la función de investigar o perseguir el delito corresponde a otro órgano estatal.

El sistema procesal con tendencia acusatoria concibe al juez como un sujeto neutro, separado de las partes y caracteriza al juicio como una contienda entre iguales iniciada por una acusación, a la que compete la carga de la prueba y que se enfrenta a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, el cual concluye en una sentencia basada en la convicción del juzgador. En términos diametralmente opuestos, se considera inquisitivo a aquél sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y en la que las partes procesales no ejercen una auténtica acusación y defensa.

2. Tomando en cuenta lo expuesto, cabe afirmar que el proceso penal juvenil se configura como un procedimiento con características de corte acusatorio que realzan las notas de objetividad, imparcialidad e independencia judicial. Así, la investigación preparatoria se le atribuye exclusivamente a la Fiscalía General de la República (art. 22 LPJ) y quien conforme a la dirección funcional dirige las pesquisas policiales concluyéndolas con la renuncia de la acción, el archivo o la promoción de la acción (arts. 68 a 71 LPJ). En este último caso, dentro de las diversas opciones resolutorias que brinda la LPJ, le corresponde al juez dentro del ámbito de la etapa intermedia —la audiencia preparatoria— verificar la existencia del sustento probatorio necesario para desarrollar la vista de la causa, la cual se realiza de forma oral y contradictoria (arts. 83 al 94 LPJ).

Por ende, en el diseño procesal de la LPJ corresponde al ministerio público fiscal la recolección de los elementos que permitan fundamentar la promoción de la acción y no al juez, quien únicamente se constituye en un director del proceso, garante del respeto de los derechos fundamentales del joven encartado, así como receptor y decisor de todas aquellas peticiones que efectúen los diversos sujetos procesales (art. 42 LPJ); y esto no implica de forma indefectible —como afirma la autoridad inaplicante— la existencia de un interés acusatorio que ponga en duda su imparcialidad, ya que se encuentra supeditado a las distintas peticiones que realice la Fiscalía General de la República sin que pueda efectuar actividades autónomas de investigación.

En efecto, como se sostuvo en la sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001, en los modelos acusatorios “mitigados” o semi-formalizados, el juez tiene una función contralora o de dirección del proceso, y en el que debe coordinar la participación procesal de todas las partes en relación con el ejercicio de los derechos

vinculados a la investigación preliminar, balanceando el interés en la persecución eficaz, los derechos de la víctima y de los demás intervinientes. *Por ende, el juez —dentro del procedimiento común o del penal juvenil— no asume un papel o rol inquisitivo, sino de director o controlador de todas las actividades que implican la redefinición del conflicto penal; aún y cuando excepcionalmente pueda ordenar la práctica de otras pesquisas de oficio o a petición de parte, siempre y cuando el interés por la reconstrucción histórica de la verdad lo amerite (art. 78 LPJ).*

Por otra parte, *en el ámbito de la etapa contradictoria del proceso penal, es donde verdaderamente se produce la prueba y el juez adquiere convicción con relación a los hechos enjuiciados bajo los principios inherentes al modelo acusatorio tales como oralidad, contradicción, inmediación y concentración. Es aquí, y no en el iter de las diferentes decisiones que se toman dentro de la etapa preparatoria, donde se decide si el joven infractor deberá ser declarado o no penalmente responsable* (art. 2 LPJ).

Por ello, *la imparcialidad judicial del juez penal juvenil resulta garantizada, ante las diversas peticiones o requerimientos del ministerio público fiscal o de la defensa, mientras no se sobreponga otro interés que no sea la aplicación correcta de la ley y motive sus decisiones conforme los principios rectores del régimen especial: la protección integral del menor, su interés superior, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral y su reinserción familiar y social* (art. 3 LPJ).

Es este punto, y de forma ilustrativa, conviene citar la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 10-IX-2010 (Ref. 201015189), en la que resolvió: "...el hecho de que un juez tome contacto con elementos de prueba, que los valore y sopese a fin de ordenar el curso del expediente, o que vele porque los defectos sean subsanados oportunamente, no implica irremediablemente una pérdida de la imparcialidad exigida en el momento ulterior de decidir si el imputado es autor responsable del delito acusado, en atención a los estrictos términos constitucionales y legales. Lo determinante es que el juez siga siendo neutral frente a las pretensiones de todas las partes —víctima, imputado y ministerio público— para cuyo efecto, simple y llanamente, debe mantenerse ajeno a tales intereses contrapuestos. En modo alguno puede interpretarse que vigilar el cumplimiento de la ley y sus formalidades, elementos con función de garantía de los derechos de las partes, constituya una ruptura del principio de imparcialidad"".

CONOCER DE DIFERENTES ETAPAS PROCESALES POR UN ÚNICO JUEZ NO IMPLICA "TOMA DE POSTURA INTERESADA"

"*3.* El conocimiento de cada una de las diversas etapas del proceso penal minoril por un único juzgador, no implica necesariamente una "toma de postura interesada" que produzca o pueda producir una situación desfavorable al joven y a sus derechos fundamentales. En particular, cuando las líneas del procedimiento especial se rigen conforme a principios político-criminales tales como el de mínima intervención y oportunidad, así como la consecución de una finalidad socio-educativa y de reinserción con la aplicación de la medida sancionatoria.

Para el caso, el fiscal puede prescindir de la promoción de la acción penal por cualquiera de las razones contempladas en la letra a) del art. 71 LPJ. Por otra parte, el juez puede procurar la conciliación entre las partes (arts. 59 LPJ), dictar la cesación del proceso (art. 38 LPJ) o aplicar el instituto de la remisión (art. 37 LPJ).

Aunado a lo anterior, la aplicación del internamiento provisional o definitivo se rige como el último recurso y por el tiempo necesario, con una clara posibilidad de sustitución tanto por el Juez de Menores —cuando reviste el carácter de medida cautelar (arts. 5 letra e LPJ y 13.2 de las Reglas de Beijing)— como por el Juez de Ejecución de Medidas al Menor —en la fase de cumplimiento de la sanción— (arts. 15 LPJ y 4 núm. 4) de la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor sometido a la Ley Penal Juvenil).

Se desprende, entonces, que no se trata de un procedimiento común u ordinario como corresponde a la jurisdicción penal de adultos, *sino a un proceso en el que prima el componente educativo-rehabilitador* y donde el aplicador del Derecho debe tener en cuenta tal directriz desde el inicio del procedimiento. De ahí la importancia que reviste, por ejemplo, la intervención de profesionales de disciplinas diversas a las ciencias jurídicas —educadores, trabajadores sociales, psicólogos, etc.—, los cuales mediante los respectivos dictámenes técnicos orientan al juez desde el inicio del trámite sobre la respuesta adecuada para cada caso en particular (art. 32 LPJ).

Por último, conviene señalar que las decisiones que se tramiten dentro de la sustanciación de la etapa preparatoria, se encuentran controladas mediante el recurso de apelación especial contemplado en el art. 103 LPJ".

ES LA NORMATIVA APLICABLE LA QUE DEFINE LOS ALCANCES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, Y NO LA INTERPRETACIÓN QUE LOS JUECES EFECTÚEN DE LA MISMA

"4. En suma, es perceptible a partir de la interpretación de los diversos preceptos de la Ley Penal Juvenil, de una decisión político-criminal de mantener en un solo órgano jurisdiccional la sustanciación del expediente procesal hasta el dictado de la sentencia, sin perjuicio de que el conocimiento de la actividad recursiva en segunda instancia le corresponda a una Cámara especializada —el recurso de apelación especial— o que el control de la fase de cumplimiento de la medida a una autoridad judicial distinta —Juez de Ejecución de Medidas al Menor—.

Y es que la competencia del mismo juez para instruir y sentenciar no es extraña en el Derecho Procesal Penal salvadoreño, ya que en el ámbito de la justicia penal para adultos, se establecen procedimientos especiales a cargo de un único juez como acontece en el juicio sumario (art. 445 C.Pr.Pn.), juicio por faltas (art. 430 C.Pr.Pn.) y el procedimiento abreviado (art. 417 C.Pr.Pn.).

Todos estos implican una decisión legislativa de configurar diferentes tipos de procesos conforme a particularidades y necesidades específicas, entre ellas, la de celeridad del juzgamiento; sin que esto signifique en sí mismo una vulneración de derechos y garantías constitucionales de quienes se encuentren involucrados.

5. Por último, es procedente efectuar algunas consideraciones acerca de la interpretación judicial que ha dado lugar al presente proceso. Particularmente, en lo concerniente a la aplicación dentro del proceso penal juvenil del núm. 1 del art. 66 C.Pr.Pn., esto es, la causa de apartamiento relativa a haber conocido anteriormente de la etapa preparatoria del juicio.

La supletoriedad a la que está sujeta la remisión al Código Procesal. Penal vigente, conforme el art. 41 LPJ, *se enfoca en aquellos ámbitos no regulados expresamente en la Ley Penal Juvenil y que se encuentran en sintonía con los principios rectores de la misma* de acuerdo con lo que estipula el art. 4: "[l]a interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Ley, deberán hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho y con la doctrina y normativa internacional en materia de menores, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador".

Por ende, si el legislador ha decidido *expresamente* dotar de competencia al juez penal juvenil para que sustancie el procedimiento hasta el dictado de la sentencia, *tal regla de especialidad tiene que ser respetada, y ello debe ser así a fin de evitar graves fisuras al principio de legalidad procesal, y por ende, a la seguridad jurídica.* Cómo se señaló *supra, las reglas de competencia no resultan disponibles ni para la autoridad judicial ni para los sujetos procesales que intervienen en el litigio.*

Así fue establecido en las decisiones de competencia dictadas el 19-V-2011 y 21VI-2011, refs. 27-COMP-2011 y 31-COMP-2011, en las que categóricamente se afirmó que la competencia de los jueces para conocer de un específico asunto está determinada única y exclusivamente por la ley; por tanto, no puede derivar de la mera interpretación que efectúen los propios juzgadores involucrados, ni permite la creación de un procedimiento *sui generis* sujeto al libre arbitrio de quien lo construye. En tal sentido, se sostuvo en el primer pronunciamiento citado que "...el art. 42 de la Ley Penal Juvenil refiere la específica competencia de los jueces en dicha materia, regulación normativa que debe atenderse en los mismos términos y alcances que se pueden advertir para otros procedimientos especiales".

Adicionalmente, en el segundo pronunciamiento relacionado, se afirmó que la competencia se configura dentro del proceso penal como un *presupuesto procesal indisponible para el correcto funcionamiento del sistema de justicia.* Por ende, es la normativa aplicable la que define los alcances de la función jurisdiccional —sea en razón de la materia por ejemplo— y no la interpretación que los jueces efectúen de la misma.

6. Esto no significa que los diversos impedimentos regulados en el Código Procesal Penal, no puedan ser utilizados dentro del proceso penal juvenil; al contrario, lo relevante para afirmar una concreta afectación al principio de imparcialidad en dicha sede, *es que durante la sustanciación de los diversos actos procesales, la autoridad judicial haya efectuado un adelanto de criterio o un pronunciamiento expreso acerca de cómo decidirá el final de la causa.* Lo que va más allá de una simple conjetura o sospecha abstracta de parcialidad, pues

toda postulación de una causa de apartamiento requiere obligadamente de una adecuada fundamentación probatoria que la demuestre.
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 1-2014, fecha de la resolución: 27/02/2015.

CONTRATACIÓN DIRECTA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MECANISMO EXCEPCIONAL DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

"*2.* Corresponde ahora referirse a la contratación directa.

A. En términos generales, es el *mecanismo excepcional de selección de contratistas,* mediante el cual la Administración Pública *puede escoger inmediatamente a la persona natural o jurídica que ejecutará el objeto del contrato concernido,* sin que para ello deba realizar una convocatoria pública.

Por su parte, el art. 71 LACAP, señala que "se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta".

B. En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública; por ello, opera en casos específicos en los que*no sea propicio acudir a la licitación pública,* pero la Administración deba satisfacer requerimientos de interés general.

Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en *determinadas circunstancias muy calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público*".

DEBE REGIRSE BAJO LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y EFICIENCIA

"*C.* No obstante lo anterior, la contratación directa —como cualquier otro mecanismo de contratación pública— *también es un procedimiento de selección regulado por ley,* y aunque dependa en mayor medida de la sola voluntad de la Administración, pues es esta quien designa inmediatamente al sujeto con el que ha de contratar, *ha de basarse en criterios objetivos.* Por ello, debe ser susceptible de algún grado de justificación y publicidad que permita identificar los criterios que tuvo en consideración la Administración para escoger a su contratante; y para que los interesados, aunque no hayan sido convocados por el ente contratante, puedan presentar ofertas que superen la o las que estén siendo consideradas por la Administración.

De ahí que tenga crucial importancia el establecimiento previo y la publicidad de "las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas" a las que

se refiere el art. 71 LACAP, el cual también establece que la decisión de contratación directa "debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta".

De tal forma, se advierten tres elementos ínsitos a la contratación directa: el establecimiento previo de "las condiciones y especificaciones técnicas" y la necesidad de motivar y, sucesivamente, publicar la decisión de contratar.

D. Por otra parte, la contratación directa, y cualquier otro medio de contratación pública, debe sujetarse a los principios de transparencia y eficiencia; pues, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala —verbigracia, sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010—, 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".

Por lo tanto —se ha sostenido en la precitada jurisprudencia—, "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".

E. Por último, debe señalarse que el trámite de contratación directa, además de reglado y excepcional, *es discrecional,* pues debe entenderse que aun cuando ocurre alguno de los supuestos que el legislador ha indicado para la aplicación de tal mecanismo de contratación, la Administración puede, si lo considera conveniente, seleccionar a su contratista mediante la licitación pública —salvo en los casos de palmaria urgencia—".

CONTRATACIÓN DIRECTA PARA ADQUIRIR MEDICAMENTOS

"V**.** Para determinar si efectivamente existe la inconstitucionalidad respecto del art. 234 inc. 1° Cn., corresponde examinar el contenido normativo del objeto de control y los alegatos que respecto de ello han esbozado los intervinientes.

1. Acerca de lo primero, la letra "k" del art. 72 LACAP establece que podrá acordarse la contratación directa para la "adquisición de medicamentos para el abastecimiento del sistema de salud pública, debiendo la entidad adquiriente publicar en su página web, los montos, precios, plazos y demás términos contractuales de adquisición".

A. Del texto reseñado se coligen tres mandatos principales:

a. Una *permisión* para utilizar la contratación directa, y no la licitación pública. Ello implica que el ente contratante, si lo estimase conveniente, podría acudir a la licitación pública, en tanto que el texto reseñado establece una potestad y no una obligación.

b. Por otra parte, se colige que sobre la Administración pesa *la obligación* de *publicar las condiciones contractuales de la adquisición concernida.*
c. Por último, se advierte que la permisión para valerse de la contratación directa se extiende a la adquisición de *todos los medicamentos* que se requieran para *el abastecimiento ordinario,* es decir, común y habitual, de *todo* el *sistema de salud pública.* Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal, sino de la requerida para el *abastecimiento normal y permanente* de todo el sistema de salud pública. Entonces, en virtud de este precepto se instaura una habilitación para que se acuda a la contratación directa *de manera general y regular,* pudiendo dejar de lado la regla constitucional que para tal efecto instaura la Constitución —la licitación pública—. Ello, sin que medie algún supuesto de excepcional necesidad determinado legislativamente, sino que la utilización de la contratación directa —y no la licitación pública—*dependerá de la sola decisión de la autoridad contratante.*
d. En efecto, el legislador ha creado la posibilidad de que se utilice la contratación directa como mecanismo *normal* de contratación del abastecimiento de medicamentos para todo el sistema de salud pública; contradiciendo así la regla de contratación establecida en el art. 234 Cn. Por tanto, es necesario determinar, a partir de los argumentos propuestos a esta Sala, si dicha contradicción está justificada o si, por el contrario, implica un soslayo a la Constitución.

2. Respecto de tal contenido normativo, se ha manifestado:

*A.*En cuanto a la autoridad emisora del objeto de control, como se apuntó en el considerando I de esta sentencia, no se analizarán los argumentos que pudo haber expuesto para justificar la constitucionalidad de la letra “k” del art. 72 LACAP.

Asimismo, en el decreto legislativo en cuya virtud se creó la disposición impugnada tampoco aparecen elementos a favor de su constitucionalidad; pues solo se estableció que las relaciones entre los proveedores y la Administración Pública requerían actualización legal para producir certeza jurídica y claridad en su aplicación; que las funciones y responsabilidades debían fortalecerse para que las compras públicas faciliten los procesos de adquisiciones, atendiendo los principios de competencia, transparencia y probidad de actuación; y, que el Estado demanda un buen desempeño en sus actuaciones de los funcionarios y empleados relacionados con los procesos de adquisiciones y contrataciones, *fundamentado en la planificación adecuada de las adquisiciones y buena gestión en la administración de los contratos, para evitar costos onerosos en las compras públicas.*

De tal forma, por parte de la autoridad emisora del objeto de control no se incorporaron elementos a favor de la constitucionalidad la letra “k” del art. 72 LACAP.

B. a. Por su parte, el Fiscal General de la República reconoció el carácter general de la licitación pública como procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública; pero adujo que no era el único procedimiento administrativo de formación de la voluntad contractual, sino que hay otros que operan solo si concurren ciertas condiciones establecidas por ley.

Este tribunal converge con lo anterior, puesto que el art. 234 Cn. ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública y la utilización excepcional de algún otro.

b. Asimismo, la aludida autoridad indicó que el objetivo de la licitación era escoger la oferta más ventajosa para el Estado y también se refirió a los principios de concurrencia; igualdad; publicidad y transparencia, los cuales, a su criterio, deben aplicarse a cualquier contratación pública, incluso la contratación directa.

En ese orden, como se apuntó en el considerando IV.2 de esta sentencia, la contratación directa se caracteriza porque la Administración Pública puede escoger inmediatamente a la persona natural o jurídica que ejecutará el objeto del contrato concernido, sin que para ello deba realizar una convocatoria pública; es decir, sin que se observe el principio de oposición o concurrencia que disciplina la licitación pública —según aparece en el apartado IV.1 que antecede—. Y del mismo modo, los restantes principios citados no tienen igual acomodo y extensión en la contratación directa que en la licitación pública; pues es esta última la que muestra las cualidades y la estructura que potencia tales principios y de ahí que haya sido escogida por el constituyente como la regla de contratación de la Administración Pública. Entonces, este argumento no es atendible para respaldar la constitucionalidad del objeto de control.

c. Luego, el Fiscal General expuso que en la adquisición de medicamentos para el abastecimiento del sistema de salud pública se permite la excepción a la licitación pública por *la naturaleza vital de los bienes a adquirir,* pues el Estado no puede retrasar el abastecimiento de las farmacias del sistema de salud pública. Entonces, la contratación directa es el mecanismo *idóneo* para su adquisición

Respecto de este argumento, advierte esta Sala que la importancia que efectivamente revisten los medicamentos dentro del sistema de salud pública, no es un obstáculo para que la autoridad respectiva utilice la licitación pública como mecanismo de contratación. Sobre todo, si se toma en cuenta, por un lado, los beneficios que reporta dicho procedimiento; y por otro lado, que se trata del abastecimiento *ordinario y general de todo el sistema de salud;* actividad que, *precisamente por su propia importancia, debe ser prevista y ejecutada con la debida planificación, antelación y diligencia* —a la que alude la autoridad emisora de la disposición impugnada en los considerandos del decreto legislativo, agregados en acápite *A* de este apartado— que ello amerita.

De ahí que, visto que la contratación para el abastecimiento regular y habitual de medicamentos de todo el sistema de salud resulta tan trascendental, deberá utilizarse para ello —cuando se contrate en condiciones de normalidad y anticipación debida— el mecanismo de selección que más ventajas le reporte a la Administración Pública y al interés general, este es, la licitación pública.

Consecuentemente, deben desestimarse los alegatos reseñados por el precitado interviniente.

d.Finalmente el Fiscal General de la República señaló que la licitación pública sigue siendo la regla general para la adquisición de bienes de la Administración Pública, pues la ley enumera los casos en los cuales no se utilizará tal mecanismo; y ello está contemplado por la Constitución.

Acerca de lo que antecede, como arriba se indicó (apartado III), el art. 234 inc. 1° Cn. deja claro que ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública y el legislador, excepcionalmente, podrá determinar los casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto.

En virtud de lo anterior —se reitera—, la licitación pública debe ser acogida en la normativa infraconstitucional como regla general de contratación. Por ello, el legislador solo está habilitado constitucionalmente para determinar los casos en los que, por mediar supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación; mientras que está impedido para que, en ausencia de tales supuestos de excepcionalidad, escoja, de manera general, un mecanismo de contratación pública distinto de la licitación.

Tales mandatos son contradichos por el objeto de control, puesto que —según se consignó en el acápite IV—, la letra "k" del art. 72 LACAP ha creado la posibilidad de que se utilice la contratación directa como *mecanismo normal de contratación del abastecimiento de medicamentos para todo el sistema de salud pública;* contradiciendo así la regla de contratación establecida en el art. 234 inc. 1° Cn., que permite la utilización de otros mecanismos de contratación únicamente de forma limitada y excepcional.

C. Determinado lo anterior, solo queda por relacionar sucintamente algunas de las tesis sostenidas por el actor.

a. Este planteó que la licitación pública es la regla general para las contrataciones de la Administración, por lo que las excepciones a ella deben estar fundadas en pautas objetivas y razonables.

b.Agregó que la contratación directa es un mecanismo de selección excepcional, utilizable únicamente cuando, habiendo realizado una debida ponderación de las circunstancias concurrentes, resulte contraproducente abrir a licitación.

c.Y concluyó que el precepto impugnado vulnera la naturaleza extraordinaria y excepcional de la contratación directa, pues la establece como regla general para la contratación de todo un sector y de toda una gama de productos; con lo cual contradice el art. 234 inc. 1° Cn. que establece que la regla general para la contratación pública es la licitación, y los otros mecanismos, la excepción.

d.Así, de conformidad con las consideraciones efectuadas por este tribunal en los puntos III y IV de la presente sentencia, y específicamente en virtud de las efectuadas respecto de los alegatos del Fiscal General de la República (sección B inmediata anterior), resulta atendible lo argumentado por el actor; pues arriba se indicó que la letra "k" del art. 72 LACAP vulnera el art. 234 inc. 1° Cn., *en tanto que* soslaya el carácter general de la licitación como mecanismo de contratación de la Administración Pública, pues *permite el uso de la contratación directa como mecanismo normal de contratación del abastecimiento de medicamentos para todo el sistema de salud pública;* debiendo ser declarado inconstitucional y expulsado del ordenamiento jurídico.

4. Como consecuencia de lo anterior, resulta inoperante examinar si el precepto impugnado conculca el derecho de igualdad contemplado en el art. 3 Cn., la libertad económica consagrada en el 102 Cn. y los principios de razonabilidad y proporcionalidad derivados del art. 246 Cn.

5. Finalmente, esta Sala estima oportuno aclarar que la presente decisión *no implica una proscripción del mecanismo de contratación directa de medicamentos por parte de la Administración Pública,* pues, como se estableció en el apartado IV.2 de esta sentencia, este puede operar en *determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación por la amenaza de ver comprometido el interés público,* como epidemias, calamidad pública, desastres naturales o desabastecimientos repentinos. En estos casos la contratación directa estaría justificada para medicamentos concretos y ámbitos temporales específicos, hasta que el sistema de salud pública o institución perjudicada recobre el funcionamiento y abastecimiento normal o regular, de conformidad con lo establecido en los arts. 73 inc. 2° en relación con el 72 letra "e", ambos de la LACAP.

En ese mismo sentido, es de reiterar que la contratación directa deberá *basarse en elementos objetivos y mostrar algún grado* de publicidad que permita identificar los criterios que la Administración tuvo en consideración para escoger a su contratante. Para ello, deben establecerse previamente *las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión. Y,* como cualquier otro medio de contratación pública, sujetarse a los principios de transparencia y eficiencia arriba abordados; así como a los demás principios contemplados en el art. 1. inc. 2° de la LACAP".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 61-2011, fecha de la resolución: 10/04/2015.

DECLARACIÓN MEDIANTE RESGUARDO DE IDENTIDAD DE LA VÍCTIMA

FORMA EXCEPCIONAL A FIN DE SALVAGUARDAR SU INTEGRIDAD PERSONAL NO LIMITA POSIBILIDADES DE DEFENSA

"*2.* Conviene tratar la regulación establecida en el art. 45 LECAT, relativa a las condiciones excepcionales de admisión y producción de la prueba testimonial de un agente encubierto, víctima o testigo dentro del proceso penal, efectuadas por medios electrónicos que permitan resguardar su identidad, cuando no pudiere hacerse personalmente.

A. El precepto regula la intervención judicial de los denominados testigos de identidad reservada, quienes –según los demandantes– al resguardarse su identidad física por un medio tecnológico –distorsión de voz e imagen– se comete una flagrante excepción a las reglas regulares de producción de la prueba que se relacionan con la inmediación y la contradicción procesal.

En este sentido, los actores del proceso 89-2007, han impugnado tal precepto de acuerdo a tres argumentos: *(a)*supone una violación al ejercicio de la defensa técnica y material del acusado, ya que éste no contaría con las posibilidades de atacar o contradecir la deposición de un testigo con identidad reservada, y ello repercute en la garantía constitucional establecida en el art. 12 Cn.; *(b)*afecta el principio de inmediación de la prueba y la actividad de los jueces; y *(c)* la disposición no hace referencia a las razones justificadas por las cuales es admisible dicha práctica.

En relación con el primer punto, la garantía de defensa en juicio comprende –al menos –cuatro actividades: *(a)* la facultad de ser oído; *(b)* la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia; *(c)* la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; y *(d)* la de valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal.

Esta garantía es consustancial al diseño constitucional del juicio penal, y en particular, a sus principios configuradores tales como la inmediación, la contradicción y la publicidad en juicio. De ahí que se afirme que la actividad probatoria producida en el juicio ha de transcurrir con la presencia ininterrumpida de los miembros del tribunal técnico o el jurado, y ante los demás sujetos procesales.

Por otra parte, la inmediación, la oralidad y la contradicción permiten percibir el comportamiento no verbalizado derivado de las gesticulaciones y demás actitudes del que brinda la declaración, evitando con ello un probable fraude judicial.

B. No obstante lo anterior, tales garantías procesales pueden verse disminuidas en orden a la protección de otros intereses relevantes de naturaleza constitucional y procesal. En efecto, tanto en la Inc. 5-2001 como en la Inc. 6-2009 –ya citadas–, se ha sostenido que pueden existir ciertas excepciones a las reglas generales relativas a la actividad probatoria dentro del proceso penal, siempre y cuando se justifiquen en aras de atender el fin básico que informa al proceso penal salvadoreño, cual es el descubrimiento de la *verdad material*, y se efectúe una ponderación razonable de los intereses en conflicto por parte de la autoridad judicial.

Así, en la sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006, se afirmó que existe un interés constitucionalmente válido investigar y juzgar todas aquellas conductas que supongan una afectación a los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales de los ciudadanos protegidos por el Derecho Penal, y el cual debe ser ponderado con los derechos y garantías que les corresponden a los sujetos infractores de la norma penal en las situaciones concretas. De ahí que, *ante situaciones que supongan un riesgo personal para las víctimas, los testigos o los miembros de los cuerpos de seguridad que actúan como agentes encubiertos, resulta razonable evitar la confrontación visual con los imputados mediante el uso de medios electrónicos (videoconferencias, teleconferencias u otro medio técnico). Siempre y cuando la autoridad judicial que conozca del caso lo autorice mediante una decisión debidamente motivada, y se desarrolle la contradicción procesal.*

A ello hace referencia la letra e del art. 10 de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos cuando establece como una medida de protección extraordinaria: “[q]ue las personas protegidas comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando las formas o medios necesarios para imposibilitar su identificación visual”.

Sobre este precepto cabe reconocer, que aún y cuando se refiere a los ámbitos de criminalidad convencional, tales medidas de protección adquieren mayor importancia tratándose de formas de criminalidad grave como las organizaciones terroristas. Así por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en sucesivos fallos que la posibilidad de que la víctima pueda ser con-

frontada con el acusado pueda ser excepcionalmente limitada cuando resulte importante proteger a los testigos de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de organizaciones criminales. Y aunado a ello se hace mención como condición imprescindible de validez para la producción de la prueba la existencia de condiciones que permitan la contradicción entre los diversos intervinientes procesales (sentencias de 20-XI-1989 –Caso Kostovski– y15-VI-1992 –Caso Ludi – entre otras).

C. Por lo anterior, *si esa forma excepcional de prestar declaración mediante el resguardo de la identidad de la víctima a fin de salvaguardar su integridad personal, no limita las posibilidades de defensa* –v. gr. la posibilidad de interrogar a los testigos por parte del imputado o de ofrecer por parte de éste otro tipo de prueba testimonial para desvirtuarla– *debe considerarse constitucionalmente admisible, en la medida que exista un análisis judicial que la autorice*.

En dicho sentido, cabe citar de forma ilustrativa, la sentencia de 18-VIII-2004, emitida por la Sala de lo Penal –406-CAS-2003– que enfatizó que "tampoco se considera que la revelación de la identidad hubiese podido mejorar las posibilidades de la defensa para cuestionar la fiabilidad de los testigos, porque tal desconocimiento se pudo compensar con un amplio interrogatorio y la consiguiente apreciación de su credibilidad, firmeza, impresión de veracidad y sinceridad percibidos al momento de la correspondiente vista pública, razones suficientes para que se declare que no ha lugar a casar la sentencia de mérito por el motivo invocado"".

USO DE MECANISMOS TECNOLÓGICOS POR SU CARÁCTER SUBSIDIARIO DEBE ESTAR MOTIVADO

"*D.* Lo anterior, nos sirve para resolver dos de los tres cuestionamientos expuestos por los demandantes acerca del derecho de defensa y los principios de inmediación y contradicción procesal, quedando lo relativo al término "razones justificadas".

Se trata de un término precisable por parte de la judicatura penal atendiendo a un juicio de ponderación que debe quedar plasmado en la resolución donde conste la decisión.

E. Por último, conviene efectuar una referencia al uso de los medios tecnológicos o telemáticos dentro del proceso penal y a los cuales hace referencia el art. 45 de la LECAT.

Es preciso señalar que el precepto hace referencia a todos aquellos mecanismos tecnológicos que permiten una reunión o encuentro virtual, de forma que los diversos espacios o escenarios puedan convertirse tanto en emisores como receptores deuna misma actividad. Por ende, se está haciendo referencia a toda aquella tecnología que permite intercambio de voz eimagen y datos en un sentido presencial. En tal sentido, estas nuevas tecnologías de la comunicacióne información han eliminado la necesidad de los encuentros personales entre los sujetos procesales y los jueces.

En nuestro ordenamiento jurídico, ha sido previsto en la letra b del art. 213 C.Pr.Pn.: "[e]n caso de ser necesario, el juez podrá autorizar el interrogatorio de

un testigo menor de edad utilizando los medios electrónicos o de teletransmisión que sean indispensables, para salvaguardar su integridad y siempre respetando los principios de la vista pública". Y de igual forma en el art. 377 C.Pr.Pn., que permite la deposición del testigo o perito fuera del país mediante la videoconferencia. De igual forma, el Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en todos los procesos (art. 20), prescribe también el uso de tales mecanismos en los procesos judiciales.

Por tanto, se puede concluir que estos medios no constituyen "nuevos" medios de prueba, sino modalidades técnicas para la práctica de la prueba testimonial. Por consiguiente, resulta apta exclusivamente para la toma de declaraciones testificales, periciales y también del imputado y la víctima. Y al tratarse de medios de prueba ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, no requeriría una regulación exhaustiva dentro del estatuto procesal, más allá de la necesaria autorización judicial. Por ende, es el tribunal penal que tramita el proceso quien debe decidir en relación a las circunstancias particulares del caso.

Sin embargo, el uso de estos medios debe considerarse subsidiario, ya que la premisa de que los actos procesales deben realizarse en presencia de la autoridad judicial y de las partes procesales es correcta como única forma de salvaguardar íntegramente los principios que configuran el proceso penal. Aunado a ello, la decisión autorizante debe estar motivada conforme a los principios de necesidad, legitimidad, proporcionalidad, idoneidad, oportunidad, utilidad y seguridad.

En conclusión, debe desestimarse la impugnación relativa al art. 45 de la LECAT en la medida que admite una interpretación constitucional con el derecho de defensa, el principio de inmediación y contradicción, así como en lo relativo al mandato de certeza".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 22-2007AC, fecha de la resolución: 24/08/2015.

DERECHOS DE LAS MUJERES DETENIDAS

ORIENTACIÓN RESOCIALIZADORA DEBE PREVALECER EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

"III. *1.* En diferentes oportunidades, esta Sala ha señalado que dentro del ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad, prevalece una orientación resocializadora que da sentido tanto al tratamiento como al régimen penitenciario.

El principio contenido en el inc. 3° del art. 27 Cn. se enfoca tanto con la reeducación del recluso como en su progresiva reinserción a la sociedad cuando adquiera su libertad.

Así, bajo el primer concepto, se procura mediante el tratamiento penitenciario superar aquellas situaciones carenciales –económicas, laborales, educativas, etc.– que han tenido incidencia en su decisión por el delito. Pero por otra parte, la ejecución del tratamiento requerirá preparar al recluso para su posterior vida en libertad, esto es, a que en forma paulatina –y dentro del desarrollo de las di-

versas fases que compone el sistema progresivo– mantenga su contacto con la realidad que acontece fuera de la prisión.

Como se sostuvo en la sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001, el precepto constitucional relacionado, hace eco de las tendencias político-criminales dominantes en la práctica penal y penitenciaria del lustro pasado, y en los que la ideología de la rehabilitación y la terapia individual sustituyeron las concepciones más punitivas de la pena de prisión.

Sin embargo, esto no puede desconocer –como apuntan una incesante variedad de estudios científicos– que la prisión se constituye en una "institución total" que acaba imponiendo una lógica distinta al ideal proclamado en las diversas legislaciones penitenciarias, generando una progresiva desocialización del que la sufre. A esto hace referencia el concepto expuesto por la ciencia penitenciaria de la *sub-cultura carcelaria,* y que se define como aquella modificación de la realidad, caracterizada por la creación de una serie de reglas de conductas internas, obedecidas de forma rígida y que son diversas al ámbito social en general.

Así, se han sostenido por diferentes corrientes criminológicas, los efectos negativos que pesan sobre la personalidad del recluso; en particular, la desadaptación en las condiciones necesarias para vivir en libertad, tales como la pérdida del sentido de autorresponsabilidad, la disminución del sentido de la realidad del mundo exterior y la separación progresiva de los valores y modelos de comportamientos imperantes en la sociedad exterior.

Aunado a ello, la población reclusa sufre paulatinamente el progresivo distanciamiento de su núcleo familiar, quien en muchas ocasiones los abandona a su suerte, dando lugar a la consiguiente ruptura del mismo".

AUTORIDADES PENITENCIARIAS DEBEN ENFOCARSE EN SOLVENTAR SUS NECESIDADES VITALES RESPECTO A SU PERIODO DE MENSTRUACIÓN, EMBARAZO Y MATERNIDAD

"*2.* Tales efectos se agravan en el caso del sub-sector compuesto por las mujeres privadas de libertad, en los que se ha enfatizado la poca sensibilidad a las desigualdades derivadas del género, y en el que se aduce que en el mismo diseño del régimen penitenciario prepondera una visión androcéntrica, ignorante de las diversas carencias afectivas, emocionales y sociales femeninas.

3. En el caso de las reclusas con hijos, se ha identificado que el desarraigo familiar conlleva repercusiones mentales tales como el dolor y la culpa debido a la imposibilidad de contacto con los hijos y el inevitable reemplazo que pueden llegar a sufrir como madres en relación con los adultos que se encargarán de sus hijos. Así, este fenómeno de desplazamiento de la dinámica familiar de la cual formaba parte y el aislamiento inherente a la estancia en prisión provocan sentimientos encontrados de angustia, desorientación y otros trastornos afectivos que pueden afectar gravemente su salud mental. A esto se adiciona que un gran número de mujeres privadas de libertad, no tienen ningún tipo de apoyo del padre, o no cuentan con los recursos económicos suficientes para mantener a sus hijos".

REINTEGRACIÓN SOCIAL

"4. Sin embargo, lo anteriormente relacionado, no desmerece en forma alguna, el principio constitucional plasmado en el inc. 3° del art. 27 Cn., sino que impone la necesidad de crear normas y prácticas que transformen aquellas condiciones que impliquen un obstáculo a la reinserción social de la población reclusa. En precisión, una lectura dinámica del referido precepto y de los diferentes pronunciamientos realizados por esta Sala, nos lleva a afirmar que *la reintegración social implica la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que quienes estén cumpliendo una pena no puedan ser segregados de forma absoluta de su relación con la familia y con la comunidad, ofreciéndole esta última oportunidades laborales y educativas de forma posterior al cumplimiento de su pena* -entre otras: sentencias de 14-II-1997 y 23-XII-2010, Incs. 15-96 y 5-2001-."

Desde esta óptica, *la reintegración social del condenado impone el ofrecimiento a quien cumple la pena de una serie de servicios que vayan desde la instrucción básica y profesional hasta los servicios sanitarios y psicológicos, pero ello no desde una concepción acorde con la disciplina carcelaria, sino como recursos idóneos que contribuyan a solventar situaciones de carencia y privación de oportunidades frecuentemente relacionadas en la historia particular de cada recluso y reclusa.*

Por todo ello, los programas y servicios que se ofrecen en el ámbito del tratamiento penitenciario, deben ir dirigidos a volver más aptas las condiciones sociales a las que el detenido regresa; y en particular, aquellas que se relacionan con su núcleo familiar del cual volverá a formar parte. En el caso particular de las mujeres reclusas, además de lo anterior, es fundamental que las acciones de las autoridades penitenciarias se enfoquen en solventar, sus necesidades vitales con respecto a su periodo de menstruación, embarazo y maternidad".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 128-2012, fecha de la resolución: 28/09/2015.

DISPOSICIONES PRECONSTITUCIONALES

DEBE CONSTATARSE SI NORMA PRECONSTITUCIONAL FUE DEROGADA POR EL ARTÍCULO 249 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

"III. *1.* En consideración al mandato establecido en la parte final del art. 249 Cn., la jurisprudencia de esta Sala —*v.gr.* Sentencias de 20-VI-1999, 9-V-2000 y 11-I-2013, 1ncs. 4-88, 1-95 y 41-2005, respectivamente— ha expresado que, cuando el objeto de control de un proceso de inconstitucionalidad es una *disposición preconstitucional,* sea dicha incompatibilidad relativa a los principios materiales de la Constitución o a las normas sobre producción jurídica —tanto las contenidas en la Constitución que estuvo vigente al momento de producirse el objeto de control como las establecidas en la actualmente vigente—, la labor de

este Tribunal como intérprete supremo de la Constitución consiste en *constatar, con efecto general y obligatorio, la derogatoria o no producida por el art. 249 Cn.*

Lo anterior se debe a que, al no haber existido declaratoria expresa de parte de la Constitución en la disposición en mención en cuanto a qué leyes secundarias se estimaban derogadas, deben considerarse vigentes hasta que fueren derogadas, por estimarse inconstitucionales, por la misma autoridad que las emitió o que mediante sentencia de esta Sala de lo Constitucional se declararen inconstitucionales de un modo general y obligatorio.

De ello se derivan dos consecuencias importantes: (i) que en cuanto constatación, los efectos de la sentencia que decide sobre la legitimidad constitucional de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional se retrotraen al 20-XII-1983; es decir, no se trata de una constatación constitutiva, como en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, sino de una *constatación declarativa;* (ii) que, constatada tal derogación por esta Sala, de un modo general y obligatorio, *la disposición sobre la cual recaiga dicha constatación ya no puede ser aplicada* por los funcionarios judiciales y administrativos, por haberse establecido que es una disposición derogada".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 30-2011, fecha de la resolución: 06/02/2015.

EXCLUSIÓN DE CARGOS DE LA CARRERA JUDICIAL

GARANTÍAS INSTITUCIONALES

"III. *1.* aunado a los derechos subjetivos como esferas de actuaciones no sometidas al poder estatal, en las constituciones actuales se construye el contenido de derechos fundamentales considerando además otras categorías, entre las que se encuentran las *garantías institucionales* y los mandatos al legislador.

Las garantías institucionales son las que *aseguran, con respecto al legislador, la pervivencia y los rasgos esenciales de determinadas instituciones como elementos del orden objetivo de una comunidad* –como se ha reconocido, entre otras, en las sentencias de 23-x-2007, 5-xii-2012 y 28-xi-2014, incs. 35-2002, 13-2012 y 8-2014, respectivamente– y que, por tanto, constituyen normas que *complementan el contenido de los derechos fundamentales*, pero sin asimilarse a éstos.

Esta diferencia se debe a que, por su naturaleza, las garantías institucionales son *limitadas*, pues *existen sólo dentro del estado y se refieren a instituciones jurídicamente reconocidas, que, como tales, se encuentran siempre circunscritas y delimitadas al servicio de ciertos fines*, mientras que los derechos fundamentales se basan, en principio, en la idea de esferas de libertad ilimitadas.

Lo anterior tiene dos consecuencias específicas: (i) en cuanto a los márgenes de disponibilidad normativa, *el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales*, pues en los primeros las limitaciones se admiten sólo en la medida que otros derechos fundamentales lo demanden, mientras que en las garantías mencionadas el legislador tiene mayor libertad para configurar su contenido, al no existir uno predeterminado; y (ii) en cuanto a su interpretación,

los derechos fundamentales admiten una interpretación extensiva, en atención a que sustentan esferas de libertad para las personas, mientras que*las garantías institucionales se interpretan de manera finalista, pues se encuentran sujetas al aseguramiento de instituciones del ordenamiento con una finalidad determinada*.

2. *a*. tal como se sostuvo en la sentencia de 11-xi-2003, inc. 19-2001, el funcionamiento de los estados modernos requiere de una administración pública profesional, que coadyuve a la consecución de sus objetivos en aras del interés general, para lo cual es indispensable contar con funcionarios y empleados de carrera que, sujetos a un régimen jurídico particular, garanticen que las tareas estatales sean ejecutadas de manera permanente y eficiente.

FINALIDAD DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

"En perspectiva con lo anterior, el art. 219 cn. establece la *carrera administrativa*, cuyafinalidad –como se manifestó en las sentencias de 20-vi-1999 y 20-vii-1999, incs. 4-88 y 5-99, en su orden–, es conseguir la eficiente realización de las funciones estatales por el elemento humano que presta servicios personales al estado y demás entes públicos en un régimen de supra-subordinación, mediante un régimen que comprenda sus derechos y deberes, así como las condiciones de ingreso, promociones, ascensos, traslados, suspensiones, cesantías y los recursos contra las resoluciones que afecten a tales servidores.

En este sentido, tal como se expresó en la sentencia de 19-xii-2012, amp. 1-2011, la carrera administrativa debe garantizar la continuidad y promoción del elemento humano capacitado y con experiencia que desempeña de manera eficiente las funciones públicas, ya sea en el estado o en los entes descentralizados por criterio territorial –los municipios– o por criterio funcional –las instituciones oficiales autónomas–. ahora bien, de acuerdo con tales características, la carrera administrativa tiene un ámbito de regulación de *carácter general*, por lo que –de acuerdo con el criterio sostenido tanto en la mencionada sentencia inc. 4-88, como en la sentencias de 23-vii-1999 y 19-xii-2012, inc. 6-95 y amp. 1-2011, respectivamente–, sus parámetros y aspectos esenciales sirven de base, en lo pertinente, a otras carreras establecidas tanto por la constitución como por el legislador para áreas específicas de la función pública, dentro de las cuales se encuentra la *carrera judicial*".

CARRERA JUDICIAL

"*b*. En nuestro ordenamiento jurídico el punto de partida para conceptualizar y dotar de contenido a la carrera judicial es lo establecido en el art. 186 incs. 1° y 6° cn., con base en el cual puede entenderse como el régimen administrativo de organización del elemento humano que desempeña la función jurisdiccional, que determina su ingreso, permanencia, promociones, ascensos, traslados y su régimen disciplinario aplicable, para procurar su estabilidad y profesionalización.

Dicha conceptualización arroja los elementos necesarios para que pueda existir en estricto sentido una carrera judicial.

Así, expresa la doctrina que dicha carrera tiene como elemento principal la existencia de una (i)*magistratura judicial*, es decir el conjunto de personas que desempeñan las funciones de jueces y magistrados en las diversas instancias y materias de competencia que contempla el ordenamiento jurídico.

Empero, no basta que existan juzgadores para contar con una carrera judicial, sino que se necesita de un (ii) *escalafón y de un régimen administrativo*, en el que se regule el ingreso, ascenso, traslados y sanciones en los diversos escalones o grados de la misma.

Finalmente, se requiere de un (iii) *órgano rector* de dicha carrera, que sea, en la medida de lo posible, independiente de los órganos judicial, legislativo y ejecutivo, que tenga dentro de sus atribuciones la selección de los miembros que desempeñarán las judicaturas y magistraturas y su formación y capacitación –consejo nacional de la judicatura, art. 187 cn.–.

3. a. Sin perjuicio de dichos elementos formales, debe decirse que en una democracia constitucional una auténtica carrera judicial no puede concebirse llanamente como un mero escalafón de carácter especial, sino que implica también una *garantía de la independencia funcional de la jurisdicción* y de la *legitimidad de las decisiones judiciales*".

INDEPENDENCIA FUNCIONAL O INTERNA DE LA JURISDICCIÓN

"La independencia funcional o interna de la jurisdicción –que se contrapone a la independencia externa, orgánica o institucional– implica la instauración de las condiciones individuales y estructurales que permitan a los juzgadores llevar a cabo su función sometidos únicamente a la constitución y al ordenamiento jurídico, sin presiones o injerencias de los estratos judiciales superiores o de agentes externos.

En concordancia con el art. 1 del estatuto del juez iberoamericano, el carácter fundamental del principio de independencia para el ejercicio de la jurisdicción ha sido señalado por los precedentes de esta sala –*v.gr.* en las sentencias de 19-iv-2005 y 14-x-2013, incs. 46-2003 y 77-2013–, en el sentido que, para calificarse como tal, esta potestad requiere ser ejercida por órganos sujetos tan solo al derecho en cuanto tal, sin vinculación a intereses específicos e independiente de quienes tienen que perseguirlos.

b. La independencia funcional de los jueces y magistrados se logra a través de determinadas condiciones, una de las cuales, conforme a los arts. 186 inc. 4° cn. y 4 inc. 1° lcj, es la garantía de la *estabilidad* en el cargo, de la cual se infiere que los funcionarios judiciales no pueden ser trasladados, suspendidos ni cesados, sino en los casos y mediante los procedimientos previstos por leyes preexistentes, con plena garantía de los derechos a audiencia y defensa –inc. 5-99, así como sentencia de 17-i-2014, amp. 639-2011–".

GARANTÍA DE LA OBJETIVIDAD E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

"Asimismo, se encuentra la garantía de la *objetividad e igualdad de oportunidades*, con base en lo cual se asegura *la aptitud y carácter técnico* de las per-

sonas que ejercen la función jurisdiccional, mediante procedimientos tales como concursos públicos u otros medios objetivos técnicos, que permitan establecer cualidades demostrables, con ausencia de cualquier tipo de discriminación en su selección y nombramiento. la tecnicidad de las personas a cargo de ejercer jurisdicción también se asegura mediante la *formación profesional continua y la capacitación* por parte de un organismo especializado –el consejo nacional de la judicatura, art. 187 inc. 2° cn.–.

De igual forma, la *remuneración justa* –art. 186 inc. 5° cn.– garantiza la independencia y, consecuentemente, la *imparcialidad* de jueces y magistrados, en la medida en que fomenta la permanencia en el cargo y la dedicación exclusiva al mismo, disuadiendo la opción por influencias económicas externas".

GARANTÍA DE FUERO CONSTITUCIONAL

"Finalmente, la independencia funcional posee la garantía del *fuero constitucional*, que preserva a los funcionarios jurisdiccionales de denuncias o acusaciones temerarias e infundadas. así, de acuerdo con el art. 236 cn., el presidente, magistrados de corte suprema de justicia y de cámaras de segunda instancia precisan de antejuicio para poder ser juzgados por los delitos oficiales y comunes que se les imputen; por otro lado, según el art. 239 cn., los jueces de primera instancia y los jueces de paz podrán ser juzgados por los delitos oficiales que cometan por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa por la corte suprema de justicia".

SECRETARIOS JUDICIALES

"*4*. En relación con la actividad judicial se encuentran los *secretarios judiciales de juzgados y tribunales*, a los cuales *tradicionalmente se les ha designado la función de garantizar, a manera de fedatarios, la veracidad de las actuaciones judiciales* –como se manifestó en la sentencia de 6-ii-1997, hábeas corpus 37-g-96–, pero que *en la actualidad también desempeñan funciones procesales y administrativas*.

En efecto, conforme a la experiencia emanada de la práctica judicial recogida en los ordenamientos jurídicos respectivos, las atribuciones como fedatarios judiciales de los secretarios han evolucionado hacia la administración de las sedes de juzgados y tribunales, comprendiendo sus funciones desde el manejo del personal hasta la gestión de los expedientes judiciales, teniendo además intervención en diversas actuaciones procesales, verbigracia en la realización de audiencias y diligencias probatorias".

OFICIALES MAYORES

"Por otro lado, se encuentra la figura de los *oficiales mayores*, en específico en el caso salvadoreño para la corte suprema de justicia y cámaras de segunda instancia –art. 86 loj–, que realizan labores administrativas auxiliares a las secretarías de actuaciones, por ejemplo en la gestión de expedientes de procesos

judiciales, e incluso procesales, en específico con la realización de actos de comunicación procesal".

CARRERA JUDICIAL ESTABLECIDA ÚNICAMENTE PARA GARANTIZAR A LAS PERSONAS CON INVESTIDURA JURISDICCIONAL

"*3. a*. Sin perjuicio de lo anterior, para determinar la corrección constitucional del argumento de la autoridad remitente es necesario aclarar que *la carrera judicial establecida en el art. 186 cn. es, efectivamente, una garantía institucional de los derechos y prerrogativas de la función jurisdiccional en sentido estricto y que, por tanto, la misma incluye únicamente a las personas con investidura jurisdiccional con pertenencia al órgano judicial.*

Y es que *si bien la función jurisdiccional necesita auxiliarse de funcionarios y empleados que, por la especialidad de sus conocimientos y tecnicidad de sus funciones, coadyuven a volver eficaz y diligente el producto de la actividad judicial* –tanto en el aspecto procesal y de sustanciación como en la gestión administrativa de las sedes judiciales–, *ello no implica desconocer que la carrera judicial se ha establecido específicamente para garantizar a las personas con investidura jurisdiccional las condiciones y prerrogativas* –estabilidad, profesionalización y remuneración justa– *que les permitan llevar a cabo con independencia e imparcialidad la labor de juzgar los asuntos que les sean sometidos según su competencia y de ejecutar lo juzgado*, facultad que únicamente corresponde a ellos y no a otros servidores públicos, conforme el principio de exclusividad de la jurisdicción consignado en el art. 172 inc. 1° cn. –sentencia de 20-vii-1999, inc. 5-99–.

b. Así, considerada como garantía institucional de los derechos y prerrogativas de la función jurisdiccional, *la carrera judicial en los términos del art. 186 cn. es más que un mero escalafón administrativo, por lo que su interpretación debe hacerse en concordancia con la finalidad con la que se estableció por el constituyente, la cual fue inadvertida por el legislador en el desarrollo normativo de la lcj*, al incorporar en dicha carrera, de forma extensiva, a servidores públicos que no poseen investidura jurisdiccional.

Por tal motivo, se *estimará* la inconstitucionalidad sostenida por los magistrados de la cámara especializada de la niñez y adolescencia de san salvador en su resolución de inaplicación de los artículos señalados.

v. En consideración de la inconstitucionalidad determinada, corresponde ahora analizar el alcance y efectos diferidos que la presente sentencia debe producir.

1. Al respecto, es preciso aclarar que este tribunal tiene la facultad de *modular* los efectos de sus decisiones, por ser una función inherente a su actividad jurisdiccional. en este orden, en vista de que esta sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, puede usar los mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la constitución –sentencias de 13-i-2010 y 5-vi-2012, incs. 130-2007 y 23-2012, respectivamente–.

Lo modulación de los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad tiene como fundamento el principio de interpretación conforme a la constitución, en el sentido de procurar rescatar en lo posible la validez del aparato normativo infraconstitucional, en el sentido que si una disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la constitución pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la corte pronunciar una constitucionalidad condicionada que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente.

2. De acuerdo con lo anterior, a efecto de no transgredir la seguridad jurídica, esta sentencia no afectará el desarrollo de los procesos sancionatorios que al momento de emisión de la misma se tramiten en contra de las personas que ejerzan los cargos mencionados, en aplicación del procedimiento establecido en los capítulos x y xi de la ley de la carrera judicial, los cuales deberán continuar hasta su finalización, ni tampoco tendrá efecto alguno sobre la eficacia de las resoluciones firmes que ya se hubieren pronunciado en procedimientos sancionatorios previos, por lo que su ejecución y cumplimiento sigue siendo obligatorio".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 25-2013, fecha de la resolución: 08/06/2015.

SECRETARIOS JUDICIALES QUE SE ENCUENTREN SUPLIENDO JUDICATURAS PUEDEN MANTENERSE DE FORMA INDEFINIDA EN EL CARGO Y FUNCIONES, MIENTRAS NO SE NOMBRE A LOS PROPIETARIOS

"3. Tal declaración de inconstitucionalidad ha motivado dudas sobre la estabilidad de las personas que ostentan el cargo de secretarios judiciales, pero que actualmente se desempeñan como jueces suplentes en ciertas sedes cuya titularidad se encuentra vacante.

Al respecto, considerando que en la mayoría de tales casos ya ha vencido el tiempo por el que fueron conferidas las respectivas licencias sin goce de sueldo conforme al art. 36 incs. 1° y 2° LCJ, en concepto de comisiones temporales de servicios para desempeñar las judicaturas suplentes en mención y, además, la demora que podría conllevar el procedimiento de elección de los jueces propietarios respectivos que la Corte Suprema de Justicia debe de realizar al ser imprescindible que las sedes judiciales en las que se ejercen las suplencias referidas mantengan la continuidad del servicio de administración de justicia, este Tribunal aclara que *mientras no se realicen dichos nombramiento los secretarios judiciales que se encuentran supliendo dichas judicaturas se mantendrán de forma indefinidas en dichos cargos y funciones sin que ello implique la pérdida del cargo y carácter de secretario judicial.*

4. Por otra parte en relación con la bonificación por retiro voluntario que se contempla en el art. 41 letra ch) LCJ –a la que se puede acceder siempre que se cumplan, además, con las condiciones señaladas en el art. 20 LCJ–, al haberse establecido en la sentencia que la carrera judicial es una garantía institucional prevista por el Constituyente específicamente para la personas con investidura jurisdiccional, se aclara que *las condiciones y prerrogativas que dicho cuerpo normativo contempla únicamente son aplicables para jueces y magistrados, por*

lo que dicha prestación de bonificación no puede ser reclamada por otro tipos de servidores públicos".

SERVIDORES PÚBLICOS QUE NO POSEEN INVESTIDURA JURISDICCIONAL POSEEN LOS DERECHOS, DEBERES Y PROHIBICIONES ESTABLECIDOS EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

"*5.* Asimismo, no obstante la sentencia pronunciada invalidó las disposiciones de la Ley de la Carrera Judicial que incorporaban a dicha carrera a servidores públicos que no poseen investidura jurisdiccional, ello no implica la desprotección de los derechos laborales de tales funcionarios y empleados, en tanto que *le son aplicables los derechos, deberes y prohibiciones establecidas en la Ley de Servicio Civil* (LSC).

La razón de lo anterior es que, a pesar de encontrarse excluidos tales servidores públicos de la carrera administrativa – arts. 219 inc. 2° Cn y 4 letra f) LSC–, según lo establecido en el art. 5 LSC dichas personas tendrán los deberes y prohibiciones e incurrirán en la responsabilidades establecidas en esa ley, lo cual es extensivo a los derechos reconocidos en ese cuerpo normativo y otras leyes aplicables.

Por otro lado, *al encontrarse excluido del régimen de la carrera administrativa dicho funcionario y empleados, los procedimientos sancionatorios que en contra suya se susciten se regirán por lo establecido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados no Comprendidos en la Carrera Administrativa".*

NO ES COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL ESTABLECER LINEAMIENTOS EXIGIBLES PARA ASPIRANTES A CARGOS DE SECRETARÍAS Y OFICIALÍAS

"6. Finalmente, en cuanto al contenido del memorándum de la Unidad Técnica Central y el oficio SG-GR-362-15 de la Secretaría General de esta Corte ya mencionados, en los cuales se solicita lineamientos sobre los requisitos y tiempo de antigüedad que, en los sucesivo, deben exigirse a las personas que aspiran a ocupar los cargos en referencia, así como en cuanto al proceso de selección que éstos deben cumplir para su nombramiento, *esta Sala aclara que, por su naturaleza no es el ente competente para emitir los lineamientos requeridos y que emitir un pronunciamiento al respecto implicaría exceder sus facultades constitucionales".*

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 25-2013, fecha de la resolución: 15/07/2015 (Aclaración).

IGUALDAD JURÍDICA DE LOS CÓNYUGES

PRINCIPIO DE IGUALDAD

"III. *1.* La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que el *principio de igualdad* reconocido en el art. 3 Cn., entre otras manifestaciones, significa que el

legislador y los demás órganos con potestades normativas deben crear *normas generales,* con efectos o consecuencias jurídicas similares para todos los sujetos comprendidos en los *supuestos abstractos* fijados para producir dichas consecuencias. Dicho de otro modo, que la ley debe tratar igual a los supuestos de hecho iguales y diferente a las situaciones diversas. Esto implica que una regulación igualitaria no significa uniformidad o equiparación absoluta, sino, más bien, consideración ponderada de las diferencias para emitir la regulación adecuada a las clases o tipos de casos. También se ha dicho que la igualdad y la diferencia de los supuestos de hecho dependen de criterios valorativos sobre propiedades o condiciones relevantes, determinadas por el legislador según el contexto de la regulación, siempre que esos criterios sean aceptables como una justificación objetiva y razonable para la equiparación o distinción efectuada (Sentencias de 29-IV-2013, Inc. 18-2008; y de 12-XI-2014, Amp. 31-2011, entre muchas otras).

Por su parte, la jurisprudencia interamericana ha sostenido que: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza." (Corte Interamericana de Derechos Humanos –CrIDH–, *Opinión Consultiva OC-4/84,* de 19-I-1984, sobre la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrafo 55; y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile,* Sentencia de 24-II-2012, párrafo 79)".

EQUIPARACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE HOMBRES Y MUJERES

"Entre los múltiples criterios que el legislador podría emplear para distinguir o separar el tratamiento normativo de algunos casos, el art. 3 inc. 2° Cn. prohíbe expresamente que las diferencias de nacionalidad, raza, *sexo* o religión se utilicen para restringir el goce de los "derechos civiles" (expresión que debe entenderse referida a los derechos fundamentales, con los límites que la propia Constitución establece sobre los derechos de personas extranjeras). El rechazo del sexo de las personas como criterio determinante para limitar sus derechos equivale, entre otros contenidos normativos, al *reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres,* lo que implica en cierta medida equiparación (por ejemplo, el art. 2 Cn. reconoce a "toda persona" el derecho a la protección jurídica de sus derechos y esa es la fórmula expresiva común de la sección de "Derechos individuales"), pero *también exige distinción,* puesto que las diferencias sexuales de las mujeres pueden ameritar regulaciones diversas (por ejemplo, las previstas en los arts. 38 ord. 10° y 42 Cn.).

Según su formulación, el art. 3 inc. 2° Cn. prohíbe el uso de las diferencias sexuales para restringir el ejercicio de derechos, pero no impide que esas mismas diferencias se incorporen como parte de la justificación necesaria para proteger, promover o balancear los derechos de las mujeres, cuando ello venga exigido por el propio principio de igualdad. Las consecuencias que estas medidas puedan tener sobre los derechos de personas del sexo masculino deben analizarse siempre conforme al criterio de razonabilidad de la diferenciación, es decir, verificando que esta tenga una justificación suficiente, en el sentido de que sea exigida por, o conforme con, otros fines o bienes constitucionales y que sus beneficios superen los efectos negativos sobre los derechos afectados. El mismo criterio debe aplicarse para analizar las manifestaciones que el principio de igualdad tiene en las relaciones familiares entre hombres y mujeres, y entre estos y sus hijos, reconocidas en los arts. 32 inc. 2° y 33 inc. 1° Cn".

RECONOCIMIENTO Y OBLIGACIONES

"*2.* La "igualdad jurídica de los cónyuges" fue incorporada a la regulación constitucional salvadoreña desde 1950 (en el art. 180 inc. 1°), en sintonía con el reconocimiento del principio de "igualdad de derechos de hombres y mujeres", en la Carta de las Naciones Unidas (de 26-VI-1945, Preámbulo) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 10-XII-1948, considerando quinto del Preámbulo y arts. 1, 2, 7 y 16); reconocimiento internacional que fue precedido de intensas y esforzadas luchas sociales dirigidas por los movimientos feministas de la época. La "igualdad jurídica de los cónyuges" (art. 32 inc. 2° Cn.) y las "bases equitativas" de las "relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos" (art. 33 inc. 1° Cn.), además de otras muchas implicaciones posibles, obligan al Estado salvadoreño a erradicar todo vestigio normativo de concepciones culturales que sobrepongan al hombre y menoscaben la condición de la mujer en las relaciones de pareja, así como en el resto de ámbitos de la convivencia social".

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

"Al respecto, El Salvador ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés), en cuyo preámbulo se reconoce que: "para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia". En su art. 5 letra a) obliga a los Estados a tomar "todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". El art. 15 establece que: "Los Estados Partes

reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley [... y] reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad." Finalmente, el art. 16 letra g) de dicho tratado dispone que los Estados Partes "asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido..".

LEY DE IGUALDAD, EQUIDAD Y ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES

"Otra ley con semejantes compromisos estatales en relación con la igualdad jurídica de hombres y mujeres es la *Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres,* que en su art. 1 inc. final regula que: "las leyes y normas que aún mantengan disposiciones de exclusión y disminución de los derechos y capacidades jurídicas de las mujeres, se consideran discriminatorias a los efectos de la presente ley." Esta misma idea, de *vinculación entre igualdad jurídica por razón de sexo y modificación de patrones tradicionales de organización familiar,* se aplica en la jurisprudencia interamericana y comparada. En su Informe n° 4/01, de 19-I-2001 *(Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala),* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estimó injustificadas y contrarias a la igualdad jurídica entre cónyuges las disposiciones del Código Civil que subordinaban la capacidad jurídica de la mujer a la voluntad de su marido, con "el efecto ulterior de reforzar las desventajas sistemáticas que impiden la capacidad de la víctima para ejercer una serie de otros derechos y libertades"".

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

"Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en la ya citada *Opinión Consultiva OC-4/84,* de 19-I-1984, párrafo 65), al analizar una norma que "establece la incidencia del matrimonio como determinante en el cambio de la nacionalidad solamente de la mujer y no del varón", consideró que esos "principios tradicionales" han sitio superados "tanto por el reconocimiento de la capacidad decisiva de la mujer, como por la difusión de la igualdad de los sexos dentro del concepto de la no discriminación por razón del mismo". La Corte también ha reconocido la existencia del "estereotipo de género", como "una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente"; y ha considerado que "La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer" (CrIDH,*Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México,* Sentencia de 16-XI-2009, párrafo 401)".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 45-2012, fecha de la resolución: 22/07/2015.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

MONTO DEL IMPUESTO DEBE CALCULARSE EN BASE A LA RENTA NETA

"*3.* En relación con el impuesto sobre la renta, y tomando en cuenta lo antes dicho, en primer lugar, debe recordarse que el hecho generador de este impuesto es definido en el art. 1 LISR como la obtención de rentas, por los sujetos pasivos del impuesto, en el período fiscal correspondiente; así, se entienden como renta obtenida todos los productos o utilidades percibidos o devengados y derivados, entre otros, del trabajo, la actividad empresarial, el capital, incrementos de patrimonio no justificados y gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos (arts. 2 LISR y 195 Código Tributario) –Sentencia de 11-IV-2014, Amp. 653-2012–.

Conforme a lo anterior, debe considerarse que este impuesto grava los ingresos de las personas, físicas o jurídicas, y otros entes a los que la ley les da la calidad de sujetos pasivos del impuesto —fideicomisos, sucesiones, empresas, entre otros—. Se trata específicamente de un impuesto a las utilidades y ganancias —no al patrimonio ni al capital—, de naturaleza personal, subjetiva, progresiva y directa. La LISR no lo define en estos términos, pero de la interpretación sistemática e integral de sus arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 12 LISR es posible derivar esas condiciones. Esto significa que por su naturaleza, el impuesto sobre la renta debe ser respetuoso del principio de capacidad económica, al tomar en cuenta las situaciones particulares de los obligados al tributo.

Lo anterior conlleva a este Tribunal a enfatizar, por medio de línea jurisprudencial ya consolidada que, *los elementos estructurales del impuesto sobre la renta deben ser manifestaciones efectivas de la capacidad económica, lo cual exige que al monto total de las rentas identificadas como el hecho generador le sean deducidos los costos y gastos necesarios para la producción de dichas rentas y la conservación de su fuente, de modo que, finalmente, el impuesto se calcule sobre una renta neta; de lo contrario, el índice de capacidad económica sería aparente y no efectivo, pues los costos de operación o gastos de producción de la renta bruta podrían ser iguales o superiores a esta, con lo que el objeto de gravamen dejaría de ser una riqueza disponible como tal* (Sentencias de 15-XI-2013, Inc. 18-2012; de 11-IV-2014, Amps. 652-2012, 653-2012, 654-2012; y, de 23-V2014, Amps. 648-2012, 651-2012, y 722-2012).

Lo contrario, entrañaría el ejercicio inadmisible del poder tributario del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción al principio de equidad tributaria en su manifestación de capacidad económica —art. 131 ord. 6° Cn.—, porque se estaría permitiendo que el impuesto sobre la renta gravara una riqueza formal o nominal que eventualmente afectaría su fuente de producción".

CARÁCTER PROGRESIVO Y PERSONAL DEL IMPUESTO DEBE SER RESPETUOSO DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL CONTRIBUYENTE

"V. A continuación se realizará el examen del motivo de inconstitucionalidad planteado.

1. En primer lugar, la autoridad emisora de la normativa impugnada sostuvo que el art. 77 LISR fue aprobado con fundamento en criterios técnicos que fueron considerados en su proceso de producción normativa, es decir, en el proceso de formación de la ley; en el carácter progresivo y personal del impuesto; y, por último, en el valor "exiguo" que significa el pago mínimo del impuesto sobre la renta.

A. Dichos argumentos deben ser *rechazados;* tal postura tiene basamento en los siguientes argumentos:

a. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que para determinar las razones subyacentes a las normas jurídicas infraconstitucionales deberá recurrirse —por orden de prevalencia— a los siguientes documentos: (i) el informe rendido por la autoridad emisora de la norma en el proceso, ya que se entiende que dicho informe contiene una argumentación reflexiva orientada primordialmente a la defensa de la disposición impugnada; (ii) los Considerandos de la ley; (iii) el texto mismo de la ley; y (iv) los documentos oficiales previos a la emisión de la ley que sean de contenido técnico, mediante los cuales se propone a la autoridad emisora, la elaboración de la norma impugnada — trabajos preparatorios y exposiciones de motivos— *(Cfr.* con Sentencias de 8-XI-2004, 15-III-2006, 29-IX-2011 y 13-II-2014, Incs. 2-2002, 10-2005, 10-2006 y 21-2012.).

b. No obstante, (i) en el informe de la Asamblea Legislativa, *no* se hace una mención directa o indirecta sobre cuáles son los criterios técnicos que sirvieron de fundamento establecer como base imponible el activo neto, es decir, es una afirmación carente de contenido; por otra parte, (ii) al analizar los Considerandos del Decreto Legislativo n° 762, se advierte que el *primero* hace alusión a los datos cronológicos y de identificación de la aprobación y publicación de la Ley del Impuesto sobre la Renta; el *segundo,* a la introducción de la figura del pago mínimo del referido tributo; el *tercero,* a lo resuelto por esta Sala en el proceso de inconstitucionalidad 18-2012; ahora bien, el *cuarto* reseña el deber de los ciudadanos de contribuir al financiamiento del gasto público y la implementación de un mecanismo que permite evitar fraudes contra deducciones inexistentes e improcedentes, lo cual, no necesariamente tiene vinculación con la base imponible del impuesto objetado, dado que, una de las formas en cómo impedir dicho fenómeno, es en función de una correcta y precisa determinación del impuesto por la Administración Tributaria, un control y fiscalización oportunos, etc.; el *quinto,* afirma que algunos países latinoamericanos (sin mencionar cuales), han establecido impuestos que toman como base imponible los activos netos o ingresos brutos, o una combinación de ambos, lo cual, tampoco refleja el respeto al principio de equidad tributaria; el *sexto,* explica la relación entre el pago mínimo impuesto y el impuesto sobre la renta *per se,* lo cual, a juicio de la autoridad demandada, garantiza el respeto al precitado principio constitucional, pero que más bien refleja la forma de liquidación de dicho tributo; el *séptimo,* indica la existencia de exenciones para el sector de la comunicación impresa, lo que, dentro de sus márgenes de estructuración, en opinión de la Asamblea Legislativa, debe derogarse a efecto de dar cumplimiento a los principios de igualdad, generalidad y equidad, lo que no está en discusión en esta deci-

sión; y por último, el *octavo,* que hace alusión a la reforma misma, es decir, a la introducción del pago mínimo del impuesto sobre la base del activo neto en sustitución de la base imponible en razón de las rentas brutas o gravadas, lo cual significa únicamente el cambio de un elemento cuantificable del impuesto, pero que no forzosamente implica que el mismo sea respetuoso del principio de capacidad económica, situación que es el objeto de la presente decisión.

B. El carácter progresivo y personal del impuesto debe ser respetuoso de la capacidad económica del contribuyente; y es que, la progresividad, no se desvincula de la capacidad contributiva, ni se alcanza con independencia o prescindiendo de la misma, al contrario, este principio —el de progresividad— halla su más firme apoyo y guía en dicha capacidad; de otra manera, la progresividad se produce en la medida que aumenta la capacidad de pago; por tanto, es *inadmisible* que se pretenda justificar el establecimiento de la base imponible del pago mínimo del impuesto sobre la renta, en función del principio de progresividad, ya que éste necesariamente se explica en función de aquél, y no inversamente.

C. Es indiferente la alícuota del impuesto; de esta forma, esta Sala reafirma y aclara que corresponde al legislador determinar el porcentaje de la base imponible que se pagará en concepto de impuesto, pero esto no significa que este elemento numérico quede exento de la obligación de respetar la capacidad económica.

Por lo tanto, en el informe de la autoridad emisora y en los Considerandos del Decreto Legislativo precitado, *no se evidencia ninguna justificación que tienda a explicar cómo se garantiza el principio de equidad tributaria en su manifestación de capacidad económica".*

BASE IMPONIBLE DEL TRIBUTO IMPUGNADO DESCONOCE EL CRITERIO RACIONAL QUE FUNDAMENTA EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

"A. Conforme a lo expuesto por los demandantes, de la formulación lingüística del art. 77 LISR se colige que, el cálculo de la base imponible (activo neto) del tributo no permite deducir el total de obligaciones que el contribuyente tiene con sus acreedores (pasivo), lo cual, a su juicio, contraviene el art. 131 ord. 6° Cn. Bajo tal perspectiva, este Tribunal entiende de la interpretación del objeto de control que, para la determinación del activo neto, se permite realizar la deducción de ciertos valores que, en principio, no tienen una vinculación con aquellas obligaciones que el contribuyente adquiere para la producción de la renta y la conservación de la fuente, como sí se reconocen dentro del régimen general del impuesto sobre la renta (art. 28 LISR), sino que son el resultado de algunas situaciones concretas por parte del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

b. En consecuencia, *el activo neto al que se aplica la alícuota o cuota del pago mínimo (1%), se ha establecido sin considerar de ningún modo los costos de producción invertidos o gastos de operación realizados para generar dichos ingresos. De esta manera, la base imponible del tributo aludido desconoce el criterio racional que fundamenta el principio de capacidad económica, es decir,*

la conservación de la capacidad productiva de los contribuyentes, como presupuesto lógico para el ejercicio de la potestad tributaria del Estado.

En concreto, al establecerse el activo neto como la base imponible para el pago mínimo del impuesto sobre la renta, sin considerar la deducción de todos los gastos indispensables para la producción de la riqueza y la conservación de su fuente, se evidencia una *deficiente definición de activo neto, lo que significa que el legislador no ha tomado en consideración un índice revelevador de capacidad económica que determina la riqueza efectiva del contribuyente".*

REGULACIÓN DEL PAGO MÍNIMO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA CONTENIDA EN EL PRECEPTO IMPUGNADO, ES INCOMPATIBLE CON LA EQUIDAD TRIBUTARIA

"*b.* En relación a esta constatación, este Tribunal considera que la sentencia del 15-XI-2013, Inc. 18-2012, declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que pretendía introducir una base imponible (rentas brutas u obtenidas) lo que contravenía el principio de capacidad contributiva; ahora bien, en dicho pronunciamiento no se impuso de manera explícita la obligación negativa a cargo de la Asamblea Legislativa de replicar el precepto invalidado; sin embargo, ello no era un obstáculo insuperable para sobreentenderlo a partir de los efectos vinculantes de la sentencias de inconstitucionalidad, al ser estos una necesidad para el cumplimiento efectivo de las decisiones de esta Sala *(Cfr.* con Auto de 19-II-2015, Inc. 57-2011).

Así, debe recordarse que en la sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013, se afirmó que la atribución de fuerza vinculante y el carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia emitida por este Tribunal han modificado sustancialmente el sistema de fuentes del Derecho salvadoreño. El precedente o autoprecedente es una parte de la sentencia constitucional, en el cual se atribuye un significado a una disposición contenida en la Ley Fundamental. En nuestro caso se ha afirmado que "... la jurisprudencia constitucional es parte [del sistema de fuentes del Derecho] y, por tanto, de obligatoria observancia para los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico" (Resolución de 23-XI-2011, Inc. 11-2005).

Por lo tanto, para garantizar los efectos generales y obligaciones que el art. 183 Cn. establece para las sentencias de inconstitucionalidad, no es necesario que la inhabilitación para reproducir la disposición invalidada aparezca de modo expreso en una sentencia de inconstitucionalidad, dado que las sentencias estimatorias (cuando ese es el caso) suponen la expulsión del precepto cuestionado; por lo tanto, el intento de reproducir directa o indirectamente, además de constituir un *fraude a la Constitución,* implica desconocer el efecto vinculante de aquellas y un a desobediencia al tribunal.

En consecuencia, este Tribunal debe recordarle al Órgano Legislativo que está inhabilitado para reproducir el precepto declarado inconstitucional y considerando que este Tribunal es titular de la "potestad de hacer ejecutar lo juzgado" en materia constitucional, se concluye que esta Sala tiene competencia para determinar si dicha inhabilitación ha sido atendida o no por el órgano en cuestión.

d. En atención a las anteriores premisas, este Tribunal considera que la Asamblea Legislativa, reprodujo la norma expulsada por la sentencia de incons-

titucionalidad 18-2012, y no estableció en la normativa impugnada —art. 77 LISR— la posibilidad real del contribuyente para la deducción de los costos y gastos necesarios para su producción de riqueza efectiva y la conservación de su fuente, por lo tanto, la regulación del pago mínimo del impuesto sobre la renta contenida en el precepto impugnado es incompatible con la equidad tributaria, en su manifestación del principio de capacidad económica y por ello se debe declarar su inconstitucionalidad".

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIÓN

"3. Por otro lado, tal como se dijo en el auto de 12-XI-2014, este Tribunal sostuvo la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de los arts. 76, 78, 79, 80 y 81 L1SR, relativos al pago mínimo del impuesto sobre la renta que se encuentran en el Capítulo V del Título VII de dicha ley por medio de la denominada inconstitucionalidad por conexión.

De acuerdo con ello, y sin perjuicio que en el art. 76 LISR se establezca el hecho generador, esta Sala advierte que el presupuesto normativo y lógico del Capítulo V de la LISR radica en el art. 77 LISR, ya que contiene la mayoría de los elementos esenciales de la obligación tributaria: el hecho imponible, la base imponible y la alícuota del pago mínimo citado; en esa línea, sin dichos elementos esenciales, carece de sentido la determinación de: (i) los sujetos pasivos y hecho imponible —art. 76—; (ii) los sujetos exentos al pago mínimo definitivo —art. 78—; (iii) la liquidación y declaración del pago mínimo —art. 79—; (iv) del pago del impuesto sobre la renta —art. 80—; y, (v) del acreditamiento y devolución —art. 81—; ya que todas estas disposiciones conforman una unidad sistemática en torno al Pago Mínimo Definitivo del Impuesto sobre la Renta, por lo que al determinar esta Sala que el art. 77 LISR es inconstitucional, este vicio se transmite, a las disposiciones relacionadas con dicho tributo, dado que el artículo declarado inconstitucional es la base normativa que da sentido a la existencia de los demás.Asimismo, esta Sala ha reconocido que la declaración de inconstitucionalidad debe extenderse a otras disposiciones, aunque no hayan sido impugnadas, cuando estas tengan una dependencia lógica o guarden interrelación con los artículos a que se refiere la demanda (v.gr Sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002); por lo tanto, se deberá declarar también la inconstitucionalidad, por conexión, de los arts. 76, 78, 79, 80 y 81 LISR, por la vinculación lógica antes mencionada".

EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS IMPUGNADOS DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

"*2.* Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

Al respecto, es preciso aclarar que *este Tribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque ello constituye una función inherente a su actividad jurisdiccional.* En vista que esta Sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la

constitucionalidad, puede usar los diversos mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la Constitución, entre ellos determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la presente sentencia y desde cuándo surte sus efectos (Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007, y Auto de 6-III-2013, Inc. 120-2007).

En esa línea, se determina que a partir de la respectiva notificación, esta sentencia: (i) expulsa del ordenamiento jurídico salvadoreño a los arts. 76, 77, 78, 79, 80 y 81 LISR, en los términos antes expuestos; (ii) las declaraciones presentadas y cantidades canceladas en concepto de pago mínimo del impuesto sobre la renta, se tendrán por situaciones jurídicas consolidadas, las cuales no podrán ser revisadas por la jurisdicción constitucional u ordinaria, o por la Administración Tributaria; (iii) aquellos trámites aún pendientes que tengan relación con el pago mínimo del impuesto, deberán de ser resueltos por la Administración Tributaria en estricto apego a la Constitución, a lo expresado en la presente decisión y a la ley; y, (iv) todo lo expuesto por esta Sala, *no implica de manera expresa o implícita, reconocimiento alguno de la validez constitucional del proceso de producción normativa del Decreto Legislativo n° 762, del 31-VII-2014, publicado en el Diario Oficial n° 142, tomo 404, de 31-VII-2014, cuestionado en el proceso de inconstitucionalidad 96-2014.*

En caso de ser necesario y con base en el art. 172 Cn., que obliga a los tribunales a hacer cumplir las sentencias y resoluciones que emiten, esta Sala dará seguimiento y vigilará el efectivo respeto de la presente sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 98-2014, fecha de la resolución: 17/04/2015.

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN REFORZADA

"*I. A.* Con respecto a la inconstitucionalidad por omisión, y a diferencia de otros países – como Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador o Paraguay–, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales ("LPrCn.", en lo sucesivo) no prevé expresamente la inconstitucionalidad por omisión como uno de los instrumentos que garantizan la eficacia de la constitucionalidad ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional, por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (Resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98).

*B.*a. En el estado actual, los textos constitucionales contienen una serie de mandatos que requieren actuaciones concretas de muchos tipos por parte de los órganos públicos; tan necesarias que la Constitución podría vulnerarse si esas actuaciones no se llevan a cabo. Generalmente, la existencia de esta clase de disposiciones de mayor apertura se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones, designadas por la doctrina como mandatos al legislador, no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino verdaderos mandatos jurídicos que obligan al emisor a conectarles con otras de

desarrollo infraconstitucional para perfeccionar su plenitud aplicativa (Sentencia de 26-I.-2011, Inc. 37-2004).

b. Ante esa diversidad de prescripciones constitucionales, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa contra su infracción –sea por acción o por omisión–, porque de otra forma se generaría su violación sin consecuencias y se negaría el carácter de norma jurídicamente vinculante de la Constitución.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la supremacía constitucional no solo se limita a convertir a la Ley Suprema en un referente negativo –como límite al poder–, sino, por el contrario, en un proyecto normativo de obligatorio cumplimiento. Así, la falta de realización de estas obligaciones es también una violación a la supremacía constitucional, pues si se dejara la opción de cumplirlas o no, a discreción de los poderes ordinarios o constituidos, se los colocaría en el mismo nivel del Constituyente.

Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la norma constitucional se refleja en obligaciones de hacer, para cuya efectividad está diseñado el mecanismo procesal de control de las inconstitucionalidades por omisión (Sentencia de Inc. 372004, ya citada).

C. En El Salvador, la Asamblea Legislativa –como poder constituido– es una de las entidades con potestades normativas destinatarias de esos encargos constitucionales. Por ello, si bien el margen de acción estructural que detenta, le permite escoger el contenido de las leyes entre un número de alternativas de acciones válidas constitucionalmente –o cuando menos, no contrarias a la Constitución–, lo cierto es que el Legislativo no tiene discrecionalidad para decidir cuándo ejecutará el encargo. Los límites están fijados por la Constitución y, en concreto, por la razonabilidad del intervalo de tiempo que ha transcurrido sin que el encargo se haya verificado (Auto de 21-XII-2012, Inc. 53-2012).

Justamente, en el presente caso, el carácter normativo de la Constitución y la función de la Sala de lo Constitucional –como guardián de la constitucionalidad– exigen que el incumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa sea revisable en esta sede. A causa de tal circunstancia, este Tribunal tiene competencia material para enjuiciar la constitucionalidad de la omisión que los ciudadanos le atribuyen a la autoridad a quien demanda".

CONSISTE EN UN INCUMPLIMIENTO QUE EXCEDA UN PLAZO RAZONABLE Y OBSTACULICE APLICACIÓN EFICAZ DE LA CONSTITUCIÓN

"*2.* En ese orden, sobre la inconstitucionalidad por omisión, esta Sala ha dicho que consiste en la falta de cumplimiento, por parte de los órganos con potestades normativas, de los mandatos constitucionales de desarrollo obligatorio o regulación de ciertos temas o asuntos, en la medida que ese incumplimiento exceda un plazo razonable y obstaculice con ello la aplicación eficaz de la Constitución (Sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004). Es decir que este tipo de inconstitucionalidad exige demostrar –en forma argumentada– la existencia de una orden concreta, específica e ineludible de producción normativa infraconstitucional de desarrollo que, como consecuencia de la estructura abierta y de la

función promocional de la Constitución, es necesaria para la aplicación efectiva de ciertas normas constitucionales (Sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005)".

MANDATOS CONSTITUCIONALES DE LEGISLAR DEBEN DISTINGUIRSE DE POTESTAD GENÉRICA QUE CORRESPONDE A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

"En este sentido, los mandatos constitucionales de legislar deben distinguirse de la potestad genérica que corresponde a la Asamblea Legislativa o a otros entes públicos en relación con sus atribuciones normativas. Las normas que establecen esas competencias de regulación como simples habilitaciones no son mandatos constitucionales de legislar, porque estos implican algo más: en efecto, los mandatos son una orden u obligación concreta, derivada de normas constitucionales que requieren inexorablemente de cierta actividad reguladora de desarrollo, por la nula aplicabilidad que tendrían sin un engranaje normativo que proporcione a los operadores jurídicos las directrices indispensables para su cumplimiento *(Cfr.* con Auto de Improcedencia de 25-VIII-2009, Inc. 8-2008).

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha descartado la asimilación entre la omisión legislativa y la mera inactividad reguladora, pues no se trata de una simple abstención de hacer o de cualquier indolencia legislativa, sino de la conducta de no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se está constitucionalmente obligado, por una específica exigencia constitucional de acción (Sentencia de 12-VII-2005, Inc. 59-2003). Tampoco puede plantearse como omisión legislativa una discrepancia o insatisfacción particular sobre la visión de cómo debe ser la manera más adecuada de regular un sector de la realidad social, pues la elección del contenido de la normativa necesaria para darle cumplimiento al mandato constitucional corresponde al legislador (Auto de Improcedencia de 13-IV-2011, Inc. 67-2010), dentro del marco de posibilidades que la Constitución habilita (Sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005)".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 104-2015, fecha de la resolución: 25/11/2015.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

"1. Cuando la efectiva protección de las prestaciones derivadas de un mandato constitucional exige del Legislativo la obligación de legislar, el mecanismo que esta Sala puede utilizar para controlar su incumplimiento es el de la *inconstitucionalidad por omisión.*

Con respecto a dicho instituto, y a diferencia de otros países, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las

funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98).

Fundamentalmente, de acuerdo con la citada decisión (reiterada en la sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95), las razones que han sido argüidas para justificar la *inconstitucionalidad por omisión* son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

A. Sobre las referidas cualidades de la Constitución (fuerza normativa y supremacía), no es necesario explayarse en esta sentencia. Basta con afirmar que, si bien la Ley Suprema está compuesta por disposiciones jurídicas que incluyen una multiplicidad de normas jurídicas que tienen la misma fuerza normativa porque ocupan el máximo rango jurídico, lo cierto es que no todas ellas tienen la misma *eficacia.*

a. Como se afirmó en la sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004, la eficacia es una de las dimensiones inherentes de toda norma jurídica, debido a que esta se produce con la intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad para que pueda cumplir realmente con su *razón esencial:* establecer los fundamentos de la convivencia nacional y la construcción de una sociedad más justa (preámbulo de la Constitución).

También, la Constitución establece un conjunto de valores que se traducen en normas jurídicas y en un determinado contenido fundamental que busca ser realizada y, de igual manera, cumplir también con el postulado de eficacia aludido.

Ahora bien, este modo de regular la convivencia tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. Así, las disposiciones constitucionales exigen distinta intensidad de actualización, sin que ello signifique que poseen una significación dispar o un protagonismo diferenciado.

Por tal motivo, de entre la *tipología* de normas que contiene la Constitución salvadoreña, interesa destacar los *mandatos constitucionales,* que se caracterizan por su *estructura relativamente incompleta.*

b. i) En ese orden de argumentos, es oportuno señalar que, generalmente, la existencia de este tipo de disposiciones constitucionales que tipifican mandatos se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, *sino verdaderas imposiciones jurídicas* que obligan al órgano emisor a conectarlas con otras de desarrollo infraconstitucional para alcanzar su plenitud aplicativa.

Estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador constituyen cierto tipo de normas incompletas, pues, en línea de principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que la circunstancia a la que se refiere el mandato pueda cobrar plena eficacia.

De esta forma, si la ley a la que se remite el mandato está emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

ii)Debe agregarse que estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte necesaria para dotar de eficacia plena a la disposición constitucional que tipifica un mandato.

iii) Además, los encargos dirigidos al legislador para que produzca disposiciones legales pueden estar condicionados, tanto por el establecimiento en la Ley Suprema de un plazo determinado (lo que tampoco es necesario), como por la *existencia actual* de circunstancias que demanden razonablemente la regulación jurídica de la correspondiente prestación. De tal manera que, en este último supuesto, *desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al legislador ya es exigible y, por tanto, la abstención* legislativa se reputaría como no justificada y por tanto, inconstitucional.

B. a En efecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que existe tanto una vinculación negativa de la ley frente a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico; como también una vinculación positiva que impone al Legislativo la tarea de promoción y reconocimiento de los derechos fundamentales (sentencia de Inc. 37-2004).

Ello significa que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección. Ahora bien, no está de más aclarar que, a diferencia de la regulación, los límites sólo son susceptibles de ser realizados por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa (sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006).

Esta vinculación positiva al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por la Ley.

De este modo, los derechos fundamentales también desplegarán su eficacia frente a los particulares, para lo cual habrá que tener en cuenta cómo el legislador ordinario lo ha regulado (sentencia de 21-IX-2011, Inc. 16-2005).

b. Otro de los puntos que abonan a las anteriores afirmaciones se encuentra en el carácter relativo de los derechos fundamentales y el hecho de que la delimitación de su contenido pueda evolucionar, por responder a realidades dinámicas. Todo ello contribuye a que la línea divisoria entre lo constitucional y lo inconstitucional de una intervención legislativa sea difícil de identificar *a priori".*

DAÑO COMO ELEMENTO NECESARIO

"La *obligación* de indemnizar existe porque el afectado con la acción u omisión ha sufrido un *daño,* el cual puede ser material o moral. Todo *daño* supone

la lesión de un bien jurídicamente relevante. Si el daño afecta a la persona en cualquiera de sus esferas no patrimoniales, el daño es de carácter moral.

Esta clase de daño —moral— goza de protección constitucional pues se extrae como una manifestación del derecho a la *integridad física y moral* —art. 2 inc. 1° Cn.—, ya que dicho derecho fundamental —integridad física— implica el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona, tanto en relación con su cuerpo como respecto de su mente y espíritu; y, rechaza cualquier menoscabo en estos.

La *integridad moral,* supone mantener la vida en circunstancias que facilitan la obtención de condiciones materiales necesarias para el goce del resto de derechos fundamentales (sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007).

En esa línea argumentativa, se entiende que el *daño moral* constituye una de las formas de daño inmaterial, porque se refiere a los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de ciertos derechos; efectos tales como la aflicción, el dolor, la angustia u otras manifestaciones del impacto emocional o afectivo de la lesión a bienes inestimables o vitales de la persona.

En virtud de lo anterior, el mandato contenido en el parámetro de control, pretende que el legislador garantice a toda persona que sufra un daño de índole moral los mecanismos para obtener una reparación correlativa".

CONSTITUCIÓN ESTABLECE UN MANDATO EXPLÍCITO AL LEGISLADOR SECUNDARIO

"1. Sobre el primer aspecto y tal como se consignó en el considerando I de esta sentencia, el demandante sostuvo que el mandato o encargo que el legislador ha omitido normar es el que está contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.

A. La disposición constitucional en comento prescribe que "[s]e establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral".

B. Dada la estructura normativa del enunciado constitucional en referencia, es dable concluir que este contiene un *mandato explícito* para que el Legislativo emita una regulación que desarrolle el derecho de toda persona a ser compensada por el acaecimiento de daños de tipo moral.

De su tenor se infiere la necesidad de una actividad concreta de *actualización legislativa* que garantice el reconocimiento y protección de aquel derecho. Dicha disposición, lejos de postergar la vinculación que el derecho impone hacia los entes con potestades normativas, reafirma el mandato hacia el Legislativo para que desarrolle las plataformas normativas sobre las cuales el derecho en mención se ejercerá.

En efecto, el precepto normativo contenido en el art. 2 inc. 3° Cn. tiene una estructura prescriptiva que es posible caracterizar como *incompleta,* ya que su eficacia necesita la concreción normativa del legislador. De esta forma, es posible apreciar la existencia de un derecho fundamental, cuya dimensión prestacional aun no goza de una protección y promoción mediante la *garantía* respectiva (que el legislador desarrolle sus condiciones de ejercicio).

Al respecto, es oportuno evocar que, como se afirmó en la citada sentencia de Inc. 37-2004, la vinculación de los derechos fundamentales no necesita de la intermediación legislativa, por lo que su falta no neutraliza por completo la operatividad del derecho. Sin embargo, para que las *garantías* puedan desempeñar su

papel de instrumento de protección de los derechos, es necesario un desarrollo legal de los supuestos y condiciones para la protección de estos.

A causa de lo anterior, esta Sala considera que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador se encuentra plenamente establecido en el presente proceso".

REQUIERE QUE EL LEGISLADOR DESARROLLE PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EJERCER EL DERECHO A LA REPARACIÓN POR EL DAÑO MORAL

"C. a. Del cúmulo de disposiciones propuestas por el Fiscal General como prueba del cumplimiento de la obligación de legislar por parte de la Asamblea Legislativa, se advierte que no todas se refieren directamente a la *indemnización por daño moral.* Muchos de esos artículos hacen referencia a la indemnización de perjuicios por daños materiales, la cual es una institución que de cierta forma cuenta con un marco regulatorio en el ordenamiento jurídico actual.

Entre ellas se observan los arts. 35 L.Pr.Cn., 32 y 34 inc. 2° LJCA, 241 ord. 1° CPCM, 125 CP, 42, 43, 44, 45, 46 y 399 C.Pr.Pn., 35 L.Pn.J.

b. No obstante lo anterior, de la legislación propuesta no es posible negar que existen algunos cuerpos normativos que sí mencionan la indemnización por daños de tipo moral.

Para un mejor abordaje del tema, resulta necesario citar esas disposiciones legales.

En ese sentido se tiene:

a. El art. 120 n° 6 C. Pr. Pn. establece: "Solicitud de constitución. La constitución de parte civil se hará mediante unasolicitud escrita que deberá contener bajo pena de inadmisibilidad: n° 6) Los perjuicios de orden material o moralquese le hubieren causado.
b. El art. 97 C.F. —sobre la nulidad del matrimonio— establece: "INDEMNIZACION**.** El contrayente que resultare culpable de la nulidad del matrimonio, será responsable de los daños materiales o morales que hubiere sufrido el contrayente de buena fe".
c. El art. 122 C.F. —unión no matrimonial— establece: "ACCION CIVIL. En caso de muerte, el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por los daños morales y materialesque hubiere sufrido".
d. El art. 150 inc. 2° C.F. —declaración judicial de paternidad— establece: **"ACCION DE PATERNIDAD.**[inc. 2°] Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por losdaños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley".
e. El art. 229 lit. g) LEPINA establece: "Sentencia. En la sentencia estimatoria, según las circunstancias del caso, el juez deberá: g) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor de la niña, niño o adolescente deba pagar el infractor, la cual comprenderá el resarcimiento del daño psicológico y el daño materialocasionados; conforme a la prueba vertida para tales efectos".

Al examinar la normativa citada, se advierte que las disposiciones legales únicamente establecen que los sujetos afectados tendrán derecho a reclamar la indemnización por los daños morales sufridos en sus diferentes supuestos; sin embargo, de las mismas, no es posible inferir en qué consiste el *daño moral,* o cuáles son los presupuestos mínimos indispensables que el operador de justicia debe tener en cuenta para cuantificar este tipo de daños.

Por ello, se concluye que la normativa propuesta por el Fiscal General de la República no proporciona un marco regulatorio suficiente que permita volver operacional el derecho a la indemnización por el daño moral; sino que, por el contrario, presupone la existencia de otra regulación y afirma la necesidad de que se desarrollen los presupuestos y aspectos operativos del derecho en cuestión.

De esta manera, *se ha constatado que existe un comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa* para cumplir con el mandato constitucional apuntado".

EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA

"5. Corresponde ahora determinar los efectos de esta sentencia.

A. En el presente caso, tal como quedó argumentado, la Asamblea Legislativa ha retardado la creación de un ordenamiento jurídico en el que se establezca la regulación del derecho a que se refiere el 2 inc. 3° Cn. Por ello, reconociendo que la eficacia del derecho a la indemnización por daños morales no puede continuar condicionada hasta que tal entidad estatal así lo decida, es pertinente que la Asamblea Legislativa emita la normativa en la que fije de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones relativas a dicha modalidad de indemnización, la cual sirva de marco general para el resto de disposiciones, que presuponen esta regulación.

Tal señalamiento se formula con total respeto hacia el margen de acción estructural que el Legislativo tiene en el tema, para propiciar la colaboración entre este Tribunal y el órgano representativo por excelencia. No obstante, dado que la omisión actual de protección legislativa que afecta al derecho fundamental establecido en el art. 2 inc. 3° Cn. es manifiesta y que, además, reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa expida la normativa que dé cumplimiento a la mencionada disposición constitucional.

B. La duración del término en el cual se espera que el Legislativo expida la regulación destinada a superar el vacío normativo constatado depende, por lo menos, de dos circunstancias.

a. La primera, del hecho incuestionable que la ausencia de una previsión suficiente y adecuada tiene el efecto pernicioso de prolongar la desprotección del derecho fundamental infringido.

b. La segunda, que el legislador requiere de un intervalo de tiempo suficiente para debatir el asunto y para darle el alcance que considere pertinente, pues debe recordarse que el órgano mencionado se rige por los *principios democrático, pluralista y por el libre debate.*

C. Por tanto, se impone señalar que la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, deberá emitir la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones con base en las cuales las personas que sufran un menoscabo a su esfera psíquica y moral puedan ejercer la acción indemnizatoria por daños de carácter moral".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 53-2012, fecha de la resolución: 23/01/2015.

INDEPENDENCIA DE LOS MIEMBROS DEL PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA PARTIDARIA EN EL ÁMBITO ELECTIVO DE LOS FUNCIONARIOS

"V**.** 1. A. El principio de independencia partidaria —en el ámbito electivo de los funcionarios de segundo grado—, consiste en un parámetro o referente vinculante para el ejercicio de las atribuciones y competencias por parte de la Asamblea Legislativa, para elegir a los funcionarios detallados en el art. 131 ord. 19° Cn., dado que previo a concretizarse la competencia antes descrita, es imputable a ese Órgano de Estado, el deber constitucional de verificación y documentación de todos los requisitos que constitucionalmente se exigen a los candidatos a ocupar los cargos ahí determinados; por lo tanto, del mencionado principio surge la incompatibilidad existente entre la afiliación partidaria y los cargos con legitimación democrática indirecta, ya que los cargos públicos de dirección de las instituciones estatales están condicionados por sus fines, los cuales están establecidos en el ordenamiento jurídico.

En concreto, la Asamblea Legislativa —respecto a este principio fundamental de la Constitución- tiene la obligación de corroborar la independencia política partidaria del candidato antes que realice efectivamente la elección, con el objeto de elegir a aquella persona que, después de un proceso de admisión, constatación, depuración y deliberación, considere —razonablemente— desempeñará el cargo de manera independiente de cualquier partido político, con sujeción únicamente a la Constitución y las leyes (art. 172 de la Constitución).

De esta manera, una vez realizada la elección, el citado principio constitucional opera como un deber jurídico constitucional exigible a todo funcionario público de elección de segundo grado, para que se abstenga de tener algún vínculo político partidario, ya sea formal o material, y en general, acatar influencias derivadas de cualquier sector de poder, ya sea económico, gremial, sindical, etc., durante el ejercicio del cargo para el cual fue electo, y actuar exclusivamente conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (Cfr. con el Considerando II número 3. del Auto de 8-X-2014, Inc. 95-2014, ya citado); por lo tanto, la independencia es un requisito que debe tenerse y acreditarse antes de la elección y mantenerla dentro del período de ejercicio efectivo del cargo.

En atención a lo expuesto, el antecedente judicial citado debe matizarse y compaginarse con el desempeño del cargo del funcionario con legitimación democrática derivada, dado que si incurre en conductas que revelen su vinculación

formal y material con algún partido político y existe una omisión por parte del Órgano Legislativo de iniciar el proceso de remoción o destitución después de un plazo razonable —confirme a los aras. 16 y 18 LCNJ—, la jurisdicción constitucional se encontraría habilitada para conocer y resolver la existencia o no de una incompatibilidad sobrevenida que afecta la elección realizada por el Órgano de Estado citado, en virtud de la defensa objetiva de la Constitución y evitar zonas exentas de control jurisdiccional".

ESTÁNDARES QUE CONFIGURAN EL RÉGIMEN JURÍDICO FUNDAMENTAL DE LA ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DERIVADA

"La jurisprudencia constitucional por lo tanto ha determinado, a partir de los preceptos constitucionales aplicables, *una serie de estándares que configuran el régimen jurídico fundamental de la elección de funcionarios de legitimidad democrática derivada.* Dichos parámetros o criterios, deben ser observados por la Asamblea Legislativa al ejercer su competencia electiva, porque se refieren a aspectos de legitimidad democrática de los funcionarios elegidos, su mandato de interés público, la despartidización, la meritocracia y probidad como criterio de elección, el procedimiento para ello y la documentación y motivación del acto electivo. Estos estándares son el resultado de una progresiva labor de concretización de las potestades constitucionales de la Asamblea Legislativa en este ámbito (Sentencia de 13-VI-2014, Inc. 18-2014 caso *Elección del señor Eugenio Chicas Martínez como magistrado del Tribunal Supremo Electoral).*

Por defecto, los candidatos en los que la Asamblea Legislativa no constate el cumplimiento de las exigencias o requisitos explícita o implícitamente establecidos por la Constitución —entre ellas las que se producen del principio de independencia partidaria— o ignore los elementos objetivos existentes que acreditan su incumplimiento o contradicción, no pueden ser electos como funcionarios públicos; ya que en tal caso, éstos no ofrecerían la garantía necesaria del cumplimiento independiente de sus funciones.

B. En este punto es necesario aclarar, en primer lugar, que *la categoría de "instituciones públicas que tienen funciones constitucionales de control sobre el ejercicio del poder político" o de "control institucional"* se refiere a los órganos y cargos públicos cuyas potestades impliquen: (i) la finalidad o una relación instrumental objetiva e inmediata de protección de los derechos fundamentales de las personas o de los principios constitucionales inherentes al Estado Constitucional de Derecho, frente al ejercicio del poder político; y, (ii) la utilización de normas jurídicas como parámetros para evaluar, calificar, fiscalizar, contrapesar, vigilar o limitar —directamente o por medio de la activación de la sociedad civil— el ejercicio del poder o las funciones públicas de otros órganos estatales".

PROHIBICIÓN DE LA AFILIACIÓN PARTIDARIA

"En segundo lugar, que *la prohibición de la afiliación partidaria es solo una de las manifestaciones posibles de la despartidización institucional, puesto que esta proscribe cualquier otro vínculo real o material que genere una dependencia*

del candidato o funcionario hacia un partido político, verificados antes o después del acceso al cargo, incluyendo los supuestos de desvinculaciones aparentes, que configuren fraudes a la Constitución (Sentencia de 13-VI-2014, Inc. 18-2014 —ya citada—)".

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA TIENE UNA INFLUENCIA RELEVANTE EN EL EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO

"*B.* Así, aunque el Consejo Nacional de la Judicatura no puede ser catalogado como institución de control, *tiene una influencia relevante de colaboración activa en el ejercicio del control político;* tal idea se fundamenta en que: (i) el art. 187 inc. 1° Cn. prescribe que este ente público será el encargado de proponer candidatos a los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Segunda Instancia, para Jueces de Primera Instancia y de Paz, lo cual indica la importante incidencia que tiene esta institución en la conformación subjetiva del Órgano Judicial, que por antonomasia es el órgano de control de los poderes públicos y de los particulares; (ii) además tiene el deber de propiciar y contribuir al fortalecimiento de la independencia de los Magistrados y Jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional —arts. 172 inc. 3°, 187 inc. 2° Cn. y 5 letra a) LCNJ—, lo cual significa que dicha institución debe, en la mayor medida de lo posible, garantizar la independencia judicial, uno de los cánones fundamentales sobre los cuales se cimenta el Estado de Derecho; y, (iii) es el titular de la potestad de "evaluar" la actividad jurisdiccional de Magistrados y Jueces —arts. 6 letra b) y 65 al 68 LCNJ— virtualmente adquiere la función de calificar el desempeño de un Órgano del Estado.

Por lo tanto, al analizar funcionalmente al Consejo Nacional de la Judicatura, se denota que dicha entidad estatal coadyuva con el principal órgano de control, dado que tiene a su base seleccionar a las personas que potencialmente conformarán y ejecutarán una de las funciones públicas estatales, tarea constitucional que debe garantizar uno de los principios constitucionales que rigen la actividad pública y el control del poder político y, que se encamina, a la determinación del nivel de servicio y satisfacción de la administración de justicia *(Cfr.* con Sentencia de 8-IV-2015, Inc. 94-2014, caso *Votación Secreta del CNJ.*

2. A. En esa línea, el art. 187 inc. 1° Cn. establece expresamente que: "[e]l Consejo Nacional de la Judicatura es una *institución independiente,* encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz" [cursiva del Tribunal]; con lo cual, existe fundamento constitucional para afirmar que dicha institución estatal de rango constitucional y de carácter administrativo, goza de una independencia funcional, administrativa y económica, con respecto a los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, u otros órganos constitucionales o instituciones públicas, así como de cualquier asociación o grupo privado de carácter empresarial, gremial, sindical, y en general, de cualquier sector de poder, la cual deviene en una garantía institucional, que impide a la Asamblea Legislativa poder contravenir su naturaleza y finalidad, lo cual

implica que no están sometidos a mandato imperativo alguno *(Cfr.* con Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99 —ya citada—).

Es decir, *que por mandato constitucional, el mencionado Consejo es una institución independiente de cualquier sector que pueda influir arbitrariamente en la toma de sus decisiones; en ese orden, no obstante que los miembros que conforman el Pleno del Consejo provienen de diversos sectores --abogados en el libre ejercicio, Ministerio Público, universidades y jueces de la República—, aquéllos no se deben a éstos; en consecuencia, sus actos únicamente deben atender a lo prescrito por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.* Aclarado lo anterior, a efecto de dar una respuesta al caso planteado, este Tribunal se enfocará en la independencia partidaria que deben tener los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura.

B. Las características corporativas antes relacionadas son retomadas por la legislación secundaria; en primer lugar, al transcribirse en el Considerando I de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, el contenido del último precepto constitucional citado; y, en segundo lugar, al determinarse que: " el Consejo Nacional de la Judicatura es una institución administrativa de Derecho Público, con personalidad jurídica, *independiente en el ejercicio de sus atribuciones,* así como en lo financiero, administrativo y presupuestario" —art. 2 LCNJ— (el resaltado es nuestro).

C. En esa misma línea, al crearse el Consejo Nacional de la Judicatura en atención al Acuerdo de Reformas Constitucionales n° 1 y el Decreto Legislativo n° 64, por medio de los cuales se aprobó y ratificó la reforma a la Ley Suprema, provenientes de los Acuerdos de Paz —que como ya se dijo—,buscaban garantizar la institucionalidad del Estado; en consecuencia, y para el caso de la elección de los miembros propietarios y suplentes del Consejo Nacional de la Judicatura, es una obligación para la Asamblea Legislativa realizar la misma, garantizando que las personas electas velen por el carácter independiente de dicha institución, asegurándose su independencia respecto de los órganos de Estado y de los partidos políticos, y realizar así, acorde a la Constitución, el rol que se le ha encomendado, porque esto propicia la institucionalidad democrática, es decir, la estructura y funcionamiento sistemático y armónico de los poder públicos con sujeción al ordenamiento jurídico prefijado en la Ley Fundamental.

D.Por último, y atendiendo al efecto jurídico de los Acuerdos de Paz, es ineludible considerar su Capítulo III, número 31, letra A, referente al Sistema Judicial, que literalmente indica: "... el Consejo Nacional de la Judicatura estará integrado de manera que se asegure su *independencia* de los [Ó]rganos del Estado y de los *partidos políticos"* [resaltado propio del Tribunal]; lo cual debe analizarse, en relación con lo prescrito por el art. 12 inc. 1° *primera parte* LCNJ, que señala las condiciones personales que deben concurrir en los candidatos a ser electos miembros del CNJ, al establecer claramente que: "[1]os Consejales [...] deberán reunir los requisitos constitucionales para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia..."; lo que permite afirmar que los requisitos que deben cumplir los candidatos a miembros propietarios y suplentes del Consejo Nacional de la Judicatura, son aquellos predicables para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que se encuentran, la *independen-*

cia partidaria; al estar únicamente sometidos al imperio de la Constitución y del ordenamiento jurídico (verbigracia, Sentencias de 5-VI-2012 y 14-X-2013, Inc. 19-2012 y 77-2013, casos *Elección de Magistrados de la CSJ 2012-2021 y Elección del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Órgano Judicial,* respectivamente)".

OBLIGACIÓN DE ELEGIR ÚNICAMENTE A PERSONAS QUE NO GUARDEN NINGUNA RELACIÓN OBLIGACIONAL DE SUJECIÓN CON LOS PARTIDOS POLÍTICOS U OTRO ENTE PÚBLICO O PRIVADO

"A partir de esta equiparación de cualidades subjetivas que deben tener y acreditar los que pretendan ser electos como miembros del CNJ, el precepto legal precitado se erige como una actualización normativa del canon constitucional establecido en el art. 187 inc. 1°, en relación con los arts. 172 inc. 3° y 176 Cn. —que a su vez, deben integrarse con lo prescrito en materia de independencia judicial en los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, que obliga a que éstos carezcan de afiliación político partidaria, en cualquiera de sus dimensiones; de lo contrario, no podrían ser electos para ocupar tal cargo público de control.

E. A partir de las consideraciones descritas, esta Sala concluye que el Consejo Nacional de la Judicatura es una institución pública independiente, lo cual significa que, para garantizar tal característica, la Asamblea Legislativa está en la obligación de elegir únicamente a aquellas personas que no guarden ninguna relación obligacional de sujeción con los partidos políticos u otro ente público o privado; en otras palabras, la independencia que la Constitución otorga al mencionado Consejo, no es únicamente orgánica o institucional, sino también funcional, es decir, se predica si las personas electas para dirigirla son independientes de otros Órganos de Estado, partidos políticos u otras organizaciones, lo que equivale a decir, que el ejercicio de sus funciones y atribuciones no se vean influidas por ningún tipo de intromisiones indebidas o conflictos de intereses.

F. Por lo tanto, al estudiar la importancia y trascendencia de las funciones que el ordenamiento jurídico prevé para el referido Consejo (arts. 187 Cn., y 5, 6, y 7 LCNJ), y la incidencia que estas tienen en la conformación, capacitación y fortalecimiento del Órgano Judicial, así como la interpretación que puede extraerse de lo previsto en la Constitución de la República, los Considerandos del Acuerdo de Reformas Constitucionales n° 1, el Decreto Legislativo n° 64, lo determinado en los Acuerdos de Paz y la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, a juicio de este Tribunal, existen suficientes argumentos para afirmar que, *la obligación de acreditación y documentación de la independencia político partidaria de los candidatos a miembros propietarios y suplentes de la precitada institución, es un condición directamente exigible e imputable a la Asamblea Legislativa, la cual debe ser corroborada de forma oportuna, suficiente e idónea; en consecuencia, el proceso de nombramiento de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura debe procurar en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, garantizar la independencia de tal institución —art. 187 inc. 1° Cn.—, a través de*

la elección de personas que demuestren y mantengan durante el ejercicio, independencia de cualquier partido político u organización pública o privada.

Y es que, en definitiva, todos los poderes públicos y particulares deben entender que la independencia política y partidaria no es un principio que este Tribunal haya creado o inventado a través de la jurisprudencia que emana de sus sentencias, sino un postulado constitucional impuesto y exigido por la misma Ley Fundamental, el cual es de acatamiento obligatorio para todos.

VI. *1. A.* A continuación se expondrán las razones para resolver la pretensión constitucional planteada. Como ya se indicó, la tesis de los demandantes se fundamentan en la premisa que la Asamblea Legislativa no estableció los mecanismos para acreditar la independencia partidaria del abogado […], en el proceso de elección de miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, período 2010 — 2015; por lo tanto, el DL n° 475/2010, a su juicio, es inconstitucional, al desarrollarse el proceso de producción normativa con el vicio antes indicado.

En contraposición, el referido profesional y el Fiscal General de la República alegaron que tal requisito no era exigible a la autoridad demandada, ya que la elección del primero fue anterior al 13-V-2011, fecha en que fue pronunciada la sentencia definitiva del proceso de inconstitucionalidad 7-2011, en la cual, según los intervienes antes aludidos, esta Sala "instauró" la mencionada condición.

No obstante lo anterior, y pese a la *utilización interesada de la jurisprudencia constitucional* por parte de ambos intervinientes, este Tribunal debe rechazar el argumento planteado, ya que el mismo deviene en *inaceptable, al pretender supeditar la eficacia de las normas de la Constitución a la verificación jurisdiccional de la validez del proceso de producción normativa de los actos subjetivos públicos; en otras palabras, el hecho que antes del 13-V-2011, no se haya controlado a petición ciudadana la constitucionalidad de las elecciones de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, en relación a su independencia partidaria, no significa que dicho requisito no estuviera contemplado en la Constitución, y por ende, ser obligatorio y exigible al Órgano Legislativo, tanto su acreditación y documentación.*

a. Y es que, a la Asamblea Legislativa le corresponde nombrar a los miembros del CNJ, pero, en definitiva, dicha elección debe realizarse bajo los parámetros que la Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal establecen y, los demás que el orden jurídico dispone; en consecuencia, existe un sujeto determinado para cumplir con la atribución contenida en el art. 131 ord. 19° Cn.

b. En efecto, por así imponerlo explícitamente la Constitución, el Acuerdo de Reformas Constitucionales n° 1, los Acuerdos de Paz y la misma Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, uno de los requisitos de los candidatos para ser miembros de este órgano constitucional, es que deben ser independientes de los partidos políticos, es decir, carecer de afiliación político-partidaria, ya sea formal o material.

c. Por lo tanto, toda elección de los miembros propietarios y suplentes del CNJ, en la que no se exija y acredite la independencia de los candidatos electos respecto de los partidos políticos deviene en inconstitucionalidad, por el incumplimiento del deber que establece el art. 187 inc. 1° Cn.

En otras palabras, si en cada uno de los cuerpos normativos antes citados prescriben determinados requisitos, cada uno de ellos impone a la Asamblea Legislativa la *carga argumental* para: (i) demostrar su cabal cumplimiento; y, (ii) motivar su acreditación, respecto a los candidatos electos; en efecto, en relación a ambos deberes, la autoridad emisora debe dejar constancia debidamente motivada del proceso y de la depuración de candidatos, pues la objetiva independencia no se acredita con la mera suma de solvencias y atestados.

Por lo tanto, es *imperativo* que los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura *no tengan ninguna afiliación ni dependencia partidaria,* para garantizar su independencia, imparcialidad y transparencia y, la de los funcionarios judiciales que proponen en ternas para Magistrados de la Corte Suprema de Justicia".

ÓRGANO LEGISLATIVO INCUMPLIÓ EL DEBER DE VERIFICAR Y DOCUMENTAR LA INDEPENDENCIA PARTIDARIA DELCANDIDATO AL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

"*B.* Habiéndose descartado los alegatos de la autoridad demandada y de los demás intervinientes, con base en lo anterior, *la cuestión decisiva consiste en determinar si el Órgano Legislativo estableció los controles necesarios para comprobar la independencia partidaria del abogado […], en el proceso de elección como miembro propietario del Consejo Nacional de la Judicatura, para el período 2010-2015.*

a. Ahora bien, al analizar y valorar la documentación remitida por la Asamblea Legislativa relativa al proceso de selección de los miembros propietarios y suplentes del CNJ, *no puede acreditarse que tal Órgano de Estado haya establecido los mecanismos de verificación de la independencia partidaria del abogado […], dado que en ninguno de los documentos que conforman la certificación, implica de manera específica la circunstancia antes anotada.*

Ahora bien, la autoridad emisora del decreto objetado alegó que en los informes recibidos por parte del Tribunal de Ética Gubernamental, Consejo Nacional de la Judicatura y de la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia, no se hace mención de algún impedimento para que el abogado […] pudiera ser miembro propietario del CNJ, sin embargo este Tribunal considera que no es posible evidenciar, de forma objetiva, que se haya efectuado la verificación de la independencia partidaria del referido profesional a partir de tales informes, ya que en ningún documento consta que se haya una alusión a tal circunstancia.

b.Por otra parte, la autoridad demandada afirmó que sí desarrolló los mecanismos para acreditar la independencia partidaria abogado […], dado que, una de las preguntas que se realizaron a los candidatos en la entrevista respectiva fue: "... en caso de ser electo, como respondería a las presiones políticas" (sic); no obstante, para esta Sala, tal premisa no constituye un argumento válido con el que se pueda fundamentar el cumplimiento del deber constitucional derivado del art. 187 inc. 1° Cn.; y es que, (i) la Asamblea Legislativa no demostró objetivamente, en el caso *sub iúdice,* que en las entrevistas se haya realizado tal interrogantes a los candidatos; (ii) por otra parte, de haberse hecho dicha pregunta,

tampoco se ha evidenciado cuál fue la respuesta del citado abogado; y, (iii) tampoco se justificó cómo dicho Órgano de Estado contrastó la información recibida por los diferentes candidatos, en especial, del interviniente antes aludido.

c. En esa línea, el abogado […] adjuntó cierta documentación con la que se acredita que *no* se encuentra afiliado —*formalmente*— a ningún partido político; sin embargo, en congruencia con el objeto procesal, ello es *irrelevante,* ya que el vicio procedimental es imputable a la Asamblea Legislativa y no puede ser suplido ante esta Sala; por lo tanto, es aquella autoridad quien debe solicitar o requerir del Tribunal Supremo Electoral, de los partidos políticos o del mismo candidato, los documentos que acrediten que carece de afiliación política-partidaria.

d. Otro argumento que permite sostener esta tesis, es lo expresado en el Considerando I, número 3., letra *H;* en ese apartado el abogado […], es quien evidencia que la autoridad demandada, no cumplió con el deber que deriva del art. 187 inc. 1° Cn,, ya que manifestó que: "... si el órgano [legislativo] hubiese requerido formalmente [...] presentar documentos que acreditaran [su] independencia partidaria, los señores diputados se hubieran encontrado con los mismos documentos que ahora [...] estoy presentando"; con esta declaración y con los anteriores premisas, a juicio de esta Sala, se acreditan dos circunstancias: la primera, relativa a que la Asamblea Legislativa no solicitó al abogado […] que presentará todos aquellos elementos de juicio, que pudieran generar la convicción suficiente, para tener por acreditada su independencia partidaria, al menos, en su aspecto formal se refiere; y, la segunda, la configuración del vicio procedimental alegado por los actores.

C. Por último, el profesional aludido manifestó que la Asamblea Legislativa, sí acreditó su independencia partidaria, ya que a su juicio, los Diputados tomaron en consideración lo expresado a través de los medios de comunicación; no obstante, tal argumento debe ser descartado, ya que implica un *contrasentido,* con respecto a la falta de relevancia que el mismo abogado […] le ha restado a las diferentes publicaciones en algunos periódicos; en ese orden, "el manejo de la cobertura mediática", no constituye *per se* una prueba para acreditar el cumplimiento de un deber constitucional, sino más bien, un aspecto que le corresponde estrictamente al campo de la política.

Precisamente, la acreditación de esta circunstancia es la que constituye el objeto del presente proceso. En esa línea, debe *aclararse que,* el abogado […] intentó justificar cómo la Asamblea Legislativa corroboró su independencia partidaria, por medio del análisis de la información publicada en los diferentes medios de comunicación en el desarrollo, según él, de un proceso abierto; sin embargo, para el caso *sub examine,* se advierte que nada de lo afirmado ha sido acreditado por la autoridad demandada, ni por dicho interviniente, por lo tanto, tal afirmación debe ser rechazada.

*D.*Con base en todo lo anterior, este Tribunal considera que el Órgano Legislativo incumplió el deber de verificar y documentar la independencia partidaria del abogado […], en el proceso de formación del DL n° 475/2010, lo cual contraviene directamente el principio de independencia del CNJ —art. 187 inc. 1° Cn.—; en consecuencia, el objeto de control es *inconstitucional,* y así deberá declararse por esta sentencia; por lo tanto, la elección del abogado […], como

miembro propietario del Consejo Nacional de la. Judicatura, para el período 2010-2015, es contraria a la Constitución. En ese orden, esta declaratoria de inconstitucionalidad se limita a contrastar la omisión legislativa que conculca el precepto constitucional citado.

2. Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

Al respecto, es preciso aclarar que *este Tribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque ello constituye una función inherente a su actividad jurisdiccional.* En vista de que esta Sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, puede usar los diversos mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la Constitución —Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007—; entre ellos determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la presente sentencia.

En esa línea, se determina que, a partir de la respectiva notificación, esta sentencia: (i) expulsa del ordenamiento jurídico salvadoreño, el. DL n° 475/2010, en la parte en que se genera la norma individual de elección del abogado […], como miembro propietario del Consejo Nacional de la Judicatura, para el período 2010-2015, por lo que *ya no podrá desempeñarse en el mencionado cargo, para lo que resta de dicho período;* de modo que en lo sucesivo, la Asamblea Legislativa no podrá elegir personas para conformar el Pleno de tal institución pública, sin antes verificar fehacientemente que carecen de afiliación política-partidaria, ya sea formal o material; y (ii) la presente decisión no afectará en modo alguno los actos y resoluciones emitidos por dicho funcionario, ya sea de forma individual o colegiada, durante el período en que desempeñó su cargo, sin perjuicio de las impugnaciones de las que pudieran ser objeto conforme a la ley".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 122-2014, fecha de la resolución: 28/04/2015.

INEMBARGABILIDAD DE LAS PENSIONES

PENSIÓN, UNA DE LAS PRESTACIONES SOCIALES VINCULADAS CON EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"*1.* Tal consideración ha de comenzar estableciendo que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la pensión es una de las prestaciones sociales vinculadas con el derecho fundamental de la seguridad social. A su vez, el aludido derecho, según la jurisprudencia constitucional —verbigracia, sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007—, se configura mediante una estructura tríadica compuesta por: la categoría jurídica protegida; los riesgos, contingencias o necesidades sociales y las medidas protectoras de carácter social.

*A.*En efecto, el derecho a la seguridad social tiene por objeto la salvaguarda de la *dignidad de la persona humana,* que es manifestada desde el propio preámbulo de la Constitución como el fundamento de la máxima decisión del constituyente —concepción personalista del Estado—, en donde la persona hu-

mana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino también su elemento legitimador—sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18- 98-.

Así, no obstante la idea de "dignidad humana" muestra un altísimo grado de abstracción, sus manifestaciones también se pueden identificar en disposiciones constitucionales concretas, por ejemplo, las que aluden expresamente a la existencia digna — arts. 101 inc 1° *y* 37 inc. 2° Cn. —, cuyo significado va más allá de la sola conservación de la vida, pues supone mantenerla *en circunstancias que faciliten la obtención de condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales.*

*B.*Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la seguridad social, dentro del cual encontramos prestaciones tales como las pensiones, tiene en cuenta la existencia de ciertos *riesgos, contingencias o necesidades sociales* de diversa naturaleza; que, de verificarse, ponen en peligro la *existencia digna,* sobre todo de los individuos desprovistos de medios económicos suficientes para enfrentarlas.

Dichas contingencias han sido clasificadas por este tribunal de la siguiente manera: a) patológicas, dentro de las que se pueden citar —como ejemplo— las producidas por enfermedad, invalidez, accidente de trabajo y enfermedad profesional; b) biológicas, en las cuales se pueden mencionar la maternidad, la vejez y la muerte —entre otras implícitas que pudieran derivarse de la justicia social [art. 52 inc. 2° Cn.]—; y c) socioeconómicas, como desempleo y cargas familiares excesivas (Inc. 103-2007, precitada).

En ese orden, las mencionadas circunstancias producen repercusiones negativas en los ámbitos familiar, laboral o social, por lo que requieren de medidas protectoras para asegurar la dignidad de los individuos frente a ellas (sentencia de 6-VI-2008, Inc. 31-2004).

Dichas medidas se fundamentan en la previsibilidad de las contingencias y situaciones y en la insuficiencia de recursos personales o familiares para enfrentarlas; e incluyen asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones para sobrevivientes.

En atención a lo anterior, es preciso apuntar que la complejidad estructural que revela el derecho a la seguridad social en cuanto a su contenido constitucional, no niega la circunstancia de que este supone, a la vez, un derecho fundamental cuyos aspectos prestacionales suelen requerir configuración legal. Así lo determina el art. 50 Cn., cuyo tenor —refiriéndose al citado derecho— prescribe: "La ley regulará sus alcances, extensión y forma".

C. En ese sentido, el legislador dispone de un margen estructural de acción para la elección de medios y alternativas, en cuanto a la ordenación del sistema de seguridad social, *así como en la ponderación de las circunstancias socioeconómicas a considerar en cada momento para la administración de los respectivos recursos.* De tal forma, es aquel el llamado a regular las situaciones que han de ser atendidas y los mecanismos a través de los cuales ello se llevará a cabo (Inc. 103-2007)".

FONDOS DE PENSIONES SON UN INSTRUMENTO DE AHORRO QUE CUMPLE FUNCIÓN COMPLEMENTARIA DEL NIVEL OBLIGATORIO Y PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL

"*2.* Como se afirmó, las pensiones son una de las prestaciones sociales vinculadas al derecho a la seguridad social; por tanto, son partícipes de su misma complejidad y trascendencia.

Así, grosso modo, constituyen una asignación monetaria líquida, que recibe una persona temporal o vitaliciamente, cuando se encuentra en el supuesto de hecho establecido por ley para ser acreedora de la cantidad económica correspondiente, ya sea de los sistemas públicos de previsión nacionales o de entidades privadas o mixtas. Asignación monetaria que debe determinarse con base en las necesidades económicas para la salvaguarda de la dignidad de la persona humana destinataria de dicho beneficio.

Y por tal razón, la finalidad de los planes y fondos de pensiones consiste en establecer *un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social.* Pero además, los fondos de pensiones están llamados a ejecutar una función en la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros.

Entonces, el sistema de pensiones persigue una doble finalidad: la una, individual; y la otra, colectiva. La primera es la salvaguarda de la dignidad y el nivel de vida adecuado de la persona favorecida; la segunda, es la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros. Y en virtud de dichos fines, la Constitución —y por ende el legislador— establece la indisponibilidad y, consecuentemente, la inembargabilidad de un porcentaje de las pensiones —entre otras prestaciones sociales—, pues estas, en muchas ocasiones, son la única fuente de ingresos económicos de los pensionados, e incluso, de otras personas que dependen económicamente de aquellos".

AL ESTABLECER POR LEY UNA CUANTÍA INEMBARGABLE, SE PROTEGE A LA PERSONA FAVORECIDA CON LA PRESTACIÓN SOCIAL

"*3. A.* En efecto, la inembargabilidad de un monto de las pensiones resulta la medida idónea y necesaria para asegurar su goce al beneficiado y la viabilidad y estabilidad de los planes y fondos de pensiones. Dicha medida tiene su fundamento normativo en la propia Constitución, cuyo art. 38 ord. 2° establece que el salario y las prestaciones sociales, *en la cuantía que determine la ley,* son inembargables y no se pueden compensar ni retener, salvo por obligaciones alimenticias.

Y es que, *toda regla especial de inembargabilidad introduce un beneficio para los perceptores de las rentas así protegidas,* pero deberá establecerse en armonía con otros derechos que puedan resultar limitados, tal como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes de los potenciales acreedores de los pensionados. Por tal razón, corresponde al legislador configurar los términos de inembargabilidad de las pensiones tratando de conciliar los intereses contrapuestos.

Así lo ha referido la jurisprudencia de esta Sala en sentencia de 12-III-2007, Inc. 26- 2006, en la cual se estableció que la inembargabilidad de *un monto* de las prestaciones sociales —dentro de ellas, las pensiones—, perseguía equilibrar los intereses del beneficiado que debía satisfacer sus diversas necesidades; pero también los de su acreedor, quien debía satisfacer los créditos habidos en contra del primero. Entonces, al establecer por ley una cuantía inembargable, se protege a la persona favorecida con la prestación social, declarando que una parte de tal prestación no puede ser objeto de embargo y también se protege al acreedor, pues si una parte es inembargable, lógicamente, otra parte es embargable.

B. De tal forma, en dicha materia, el legislador cuenta con libertad de configuración, y por ello se encuentran diversas normas relativas a la inembargabilidad de pensiones; las cuales, se reitera, han de buscar potenciar la dignidad de la persona pensionada en relación con un mínimo económico vital. Pues el respeto a la dignidad de la persona justifica la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores. Esfera que —se insiste— deberá ser acotada por el propio legislador, *quien podría establecer distinciones basadas en las circunstancias relevantes concernidas en cada supuesto a regular.*

Entonces, le compete al legislador determinar los *límites mínimos y máximos* de la inembargabilidad de pensiones; los cuales, pueden modificarse —elevarse o disminuirse— a partir de criterios comunes o generales, tomando en cuenta las particulares condiciones de necesidad que muestren ciertos colectivos de personas.

Ahora bien, la cuantía de las declaraciones legislativas de inembargabilidad, si bien corresponde determinarlas libremente al legislador, dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios, deben observar también otros preceptos constitucionales, tales como el principio de igualdad, al cual ya se hizo referencia.

V**.** Efectuado lo anterior, es preciso examinar el contenido normativo del art. 141 inciso final de LSAP (1) y los argumentos aportados por los intervinientes (2).

1. Como se ha reiterado en esta sentencia, en el presente proceso se rebate la regla desigual que establece el art. 145 inciso final de la LSAP, pues excluye de los beneficios que otorga el art. 622 CPCM en cuanto a los porcentajes embargables para las personas pensionadas, a quienes se les aplica una regla menos favorable que al resto de sujetos. Es decir, se discute la distinción en el trato legal respecto del embargo de las personas pensionadas sujetas a la LSAP, y las de que no son pensionadas o, siéndolo, no están sometidas a la mencionada ley.

En ese sentido, visto que para dirimir la cuestión se compararán dos normas establecidas en leyes secundarias, es preciso reiterar que esta Sala no tutela normas infraconstitucionales, pues su competencia en el proceso de inconstitucionalidad es establecer si existe o no el contraste normativo entre las disposiciones constitucionales que el actor propone como fundamento material de su pretensión y el respectivo objeto de control también por él propuesto. Así, en este caso, el parámetro de control es el principio de igualdad establecido en el art. 3 inc. 1° Cn., en cuya virtud se analizará si el precepto legal inaplicado

efectivamente establece una regla que vulnera dicho principio, en relación con el trato normativo que, a la misma situación, provee otro precepto legal.

A. En ese orden, para establecer si existe el alegado trato contrario al principio de igualdad, es necesario determinar el contenido normativo de dos preceptos legales: el del impugnado, y el del precepto legal con el cual se compara.

a. Así, el precepto impugnado es el inciso final del art. 145 de la LSAP, específicamente en el mandato que determina que *la pensión mínima* es inembargable y *de su excedente, se podrá embargar hasta un veinte por ciento.*

Entonces, el mandato concernido en el presente proceso es *la cuantía de inembargabilidad de las pensiones,* pues su límite inferior es la pensión mínima, y el superior es el veinte por ciento del excedente. Por tanto, el monto inferior inembargable es el equivalente a la pensión, y el máximo inembargable es el ochenta por ciento de su excedente. Es decir, el embargo sobre una pensión no se podrá ejecutar sobre un monto que sea igual o inferior *que la pensión mínima.*

b. Por su parte, el art. 622 del CPCM establece que el salario, sueldo o pensión es inembargable *en cuanto no exceda de dos salarios mínimos,* urbanos, más altos vigentes. De tal forma, en este precepto la cuantía de la inembargabilidad de ingresos tales como el salario y las pensiones tiene como límite inferior un monto equivalente a dos salarios mínimos, urbanos, más altos vigentes. Es decir, el embargo de una pensión no podrá ejecutarse sobre un ingreso que sea igual o inferior a dos salarios mínimos, urbanos, más altos vigentes.

c. Al comparar ambas disposiciones, se advierte un trato dispar entre sí, respecto del monto mínimo de inembargabilidad; pues, para el objeto de control es el equivalente a la pensión mínima, y para el art. 622 del CPCM es el equivalente a dos salarios mínimos, urbanos, más altos vigentes.

B. a. Entonces, al analizar el contenido normativo de las disposiciones comparadas a la luz del principio de igualdad se advierte que efectivamente existe un trato dispar entre aquellas respecto del monto mínimo inembargable; ya que en el objeto de control es inembargable el monto de la pensión mínima, mientras que en el art. 622 CPCM el monto inembargable es el equivalente a dos salarios mínimos.

b. Ahora bien, habiendo comprobado que existe una diferencia en el trato normativo de los pensionados a los que se les aplica la LSAP, respecto de las personas asalariadas, o pensionadas pero no sujetas a la LSAP, es preciso establecer las consecuencias jurídicas entre dichos colectivos.

Así, se advierte que el trato desigual establecido en el objeto de control genera una disminución en la esfera de protección de los ingresos provenientes de pensiones de las personas a las cuales les es aplicable dicho precepto, pues el monto excluido de la posibilidad de un embargo es inferior al monto que queda excluido de tal carga en virtud de otro precepto legal.

Sin embargo, tal distinción en el trato normativo, y las consecuencias jurídicas peyorativas que generan en un sector social no implican, necesariamente, una vulneración al principio de igualdad; pues —según se apuntó en el considerando precedente— existe la posibilidad de que haya una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas, con lo cual se superaría el test de constitucionalidad de la norma inaplicada".

DISTINCIÓN HECHA POR EL ARTÍCULO 245 INCISO FINAL DE LA LEY DEL SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES CONTRADICE PRINCIPIO DE IGUALDAD, AL GENERAR UNA DISMINUCIÓN EN LA ESFERA DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS EMBARGOS DE LOS INGRESOS PROVENIENTES DE PENSIONES

"*2.* Referido lo anterior, y a fin de decidir la constitucionalidad del objeto de control, corresponde examinar los argumentos de los intervinientes en el presente proceso.

A. a. Las autoridades remitentes sostuvieron que el art. 145 inciso final de la LSAP vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 3 inc.1° Cn., pues su aplicación genera una desigualdad normativa entre las personas que pueden ser demandadas en un proceso, a quienes se les aplicará el embargo sobre sus prestaciones sociales —tales como salarios, sueldos o pensiones— de manera distinta; ya que las personas a las que se les aplique el art. 622 CPCM, tendrán un régimen más benéfico en su calidad de demandados que el de los pensionados a los que se les aplica el objeto de control, pues a estos se les reconoce un rango de inembargabilidad inferior que a las personas que no están sujetas a dicho precepto. Ello, sin que exista un criterio relevante para dicha diferenciación; sobre todo, porque a las personas laboralmente activas se les aplica una norma más favorable que a los pensionados.

b. De conformidad con lo consignado en el numeral precedente, los argumentos de las autoridades remitentes resultan atendibles, pues al examinar el contenido normativo de los preceptos legales concernidos, se determinó que efectivamente el objeto de control establece una regla dispar entre los sujetos comparados, y dicha regla genera consecuencias limitativas para las personas que están sujetas a la LSAP.

B. a. En lo que atañe a la Asamblea Legislativa, en su calidad de autoridad emisora de la disposición impugnada, sostuvo que no existe la vulneración alegada, porque la regla general es que *las pensiones mínimas sean inembargables,* y la excepción se aplicará únicamente en lo que exceda de dicha pensión; quedando a decisión del juez embargar hasta un 20%, pues el tenor del precepto inaplicado es potestativo, pudiendo el juez ordenar un embargo en proporciones inferiores al 20%.

Asimismo, la citada autoridad reconoció que existía una distinción en el trato, porque no se podía tratar por igual a las personas pensionadas que a las que no lo son; por ello, el embargo de unos es escalonado y a los otros se les establece un máximo del 20% de pensión.

b. Respecto de tales argumentos se advierte que la citada autoridad ha soslayado las diferencias que median entre el monto mínimo inembargable de los ingresos de las personas pensionadas a las que se les aplica el objeto de control; a quienes se les provee un trato menos favorable que el establecido para las personas sujetas al art. 622 CPCM.

Y es que, como se indicó en el apartado IV.3.A de esta sentencia, *toda regla especial de inembargabilidad introduce un beneficio para los perceptores de las rentas así protegidas,* beneficio cuya cuantía mínima se ha menguado en virtud del art. 145 inciso final del LSAP, pues este declara inembargable el monto de la

pensión mínima, mientras que el art. 622 CPCM declara inembargable el monto equivalente a dos salarios mínimos urbanos más altos. Situación normativa que no ha justificado la autoridad emisora en su informe, y que tampoco contó con una justificación al momento de ser creada.

Por tanto, a partir de los argumentos de la autoridad emisora, esta Sala no encuentra justificación alguna para el trato desigual establecido en el art. 145 inciso final de la LSAP.

C. a. Por último, el Fiscal General de la República expuso que la norma establecida en el art. 145 inciso final de la LSAP no es conforme con la Constitución, porque, al momento de embargarles, trata desigualmente a los pensionados.

Y aunque el principio de igualdad implica un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, la diferenciación en la formulación de la ley es admitida si resulta razonable; lo cual no ocurre en el caso analizado, ya que los montos inembargables son mayores para los empleados que para los jubilados. Entonces, la norma impugnada no supera el juicio de constitucionalidad, pues vulnera el art. 3 Cn.

b. Tales aseveraciones también resultan atendibles para este tribunal, porque se ha verificado el desigual y no se ha incorporado una justificación para este.

3. A. Vistos los argumentos de los intervinientes; y a la luz de las consideraciones arriba consignadas, esta Sala concluye que la distinción hecha por el art. 145 inciso final de la LSAP respecto de los montos mínimos embargables de los ingresos de las personas pensionadas es inconstitucional por cuanto *contradice el principio de igualdad* establecido en el art. 3 inc. 1° Cn., ya que establece un trato desigual que genera una disminución en la esfera de protección frente a los embargos de los ingresos provenientes de pensiones de las personas a las cuales les es aplicable dicho precepto, pues el monto excluido de la posibilidad de un embargo es inferior al monto que queda excluido de tal carga en virtud de otro precepto legal —art. 622 CPCM—; ya que por lo estipulado en el objeto de control se excluye únicamente el equivalente a una pensión mínima, mientras que el art. 622 CPCM excluye el equivalente a dos salarios mínimos urbanos más altos. Generando, por tanto, una consecuencia jurídica menos benéfica en las personas pensionadas sujetas al art. 145 inciso final de la LSAP en relación con las personas asalariadas o pensionadas pero no sujetas a la LSAP; sin que se haya encontrado alguna justificación para dicho trato desigual.

Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 145 inciso final de la LSAP, *por vulnerar el principio de igualdad previsto en el art. 3 inc. 1° Cn., y así deberá declararse en esta sentencia*".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 34-2011AC, fecha de la resolución: 19/01/2015.

INGRESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA

CONTENIDO RECONOCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"*1.* La jurisprudencia de esta Sala ya ha determinado –verbigracia, en sentencia de 8-VI-2015, Inc. 25-2013– que la carrera administrativa tiene como fi-

nalidad lograr la eficiente realización de las funciones estatales por el elemento humano que presta servicios personales al Estado y demás entes públicos en una vinculación de supra-subordinación, mediante un régimen que comprenda sus derechos y deberes, así como las condiciones de ingreso, promociones, ascensos, traslados, suspensiones, cesantías y los recursos contra las resoluciones que afecten a tales servidores.

En este sentido, se ha acotado que la carrera administrativa debe garantizar la continuidad y promoción del elemento humano capacitado y con experiencia que desempeña de manera eficiente las funciones públicas, ya sea en el Estado o en los entes descentralizados por criterio territorial –los municipios– o por criterio funcional –las instituciones oficiales autónomas– (sentencia de 19-XII-2012, Amp. 1-2011).

*2.*Asimismo, este tribunal ya ha establecido –sentencia de 4-II-2015, Amp. 523-2012–que el art. 219 inc. 1° de la Cn. establece, de manera general, la carrera administrativa, la cual implica el derecho a la estabilidad laboral para todo servidor público en ella incluido. Derecho que le protege frente a remociones o destituciones arbitrarias, y también frente a actuaciones que provocan desmejoras laborales injustificadas; tales como rebaja en la jerarquía organizacional, desmejora salarial, etc.

Así, la pertenencia a la carrera administrativa y la consecuente estabilidad laboral que supone, faculta al servidor público a conservar un trabajo cuando concurran las condiciones siguientes: (i) que subsista el puesto de trabajo; (ii) que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; (iii) que las labores se desarrollen con eficiencia; (iv) que no se cometa falta grave que la ley considere causal de despido; (v) que subsista la institución para la cual se presta el servicio; y (vi) que el puesto no sea de aquellos cuyo desempeño requiere de confianza personal o política –sentencia de 13-III-2015, Amp. 84-2012–.

Asimismo, es criterio de este tribunal que en virtud del art. 219 inc. 2° de la Cn. que contempla la estabilidad laboral de los servidores públicos, estos gozan de protección constitucional no solo frente a destituciones arbitrarias, sino también frente a traslados arbitrarios –sentencia de 4-II-2015, Amp. 523-2012–.

3. Sin embargo, debe reiterarse que tal derecho no es absoluto, sino que puede ser limitado e, incluso, privarse de él a su titular; de forma que pueden preverse supuestos taxativos en los que el titular del derecho sea suspendido, inhabilitado o destituido, pero todo con estricto apego a las condiciones, garantías y procedimientos establecidos en la Constitución y desarrollados en la ley –en sentido formal–".

PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD O APTITUD SON LOS ÚNICOS PARÁMETROS QUE DOTAN DE CONTENIDO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

"**V.** A partir de lo anterior, es preciso abordar algunas implicaciones del principio de igualdad en la carrera administrativa.

1. El art. 219 Cn., a la vez que establece la carrera administrativa, determina que el ingreso a esta, las promociones y los ascensos deberán basarse en el mérito y la aptitud. Ello es comprensible dado que la carrera administrativa *debe*

garantizar la continuidad y promoción del elemento humano capacitado y con experiencia que desempeña de manera eficiente las funciones públicas.

Por su parte, el principio de igualdad establecido en el art. 3 Cn. –como arriba se apuntó–, obliga al legislador a *no establecer normas que impliquen restricciones en el goce de los derechos de los sujetos basadas en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.* Y en ese mismo sentido, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que todos los ciudadanos gocen, sin restricciones indebidas, del derecho a "Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

2. Al combinar los citados preceptos –en cuanto a las implicaciones arriba acotadas–, se advierte que su observancia se vuelve interdependiente; en tanto que, para garantizar los fines de la carrera administrativa, es preciso que el personal correspondiente tenga el mérito y la aptitud o capacidad necesarios para ejercer la función o servicio atinente; condición que requerirá convocatorias tan igualitarias, abiertas y libres como las circunstancias permitan. Por ende, el acceso a la carrera administrativa se determinará tomando como base el mérito y la capacidad o aptitud; los cuales, a su vez, han de ser verificados a la luz de los diversos requisitos y condiciones establecidos por el legislador para el acceso a la función pública que hayan de reunir los candidatos.

De tal forma, en cuanto al acceso a la carrera administrativa, los principios de mérito y capacidad o aptitud son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad. Y el alcance de los primeros deberá establecerse concretamente en las bases de la convocatoria, según los lineamientos fijados previamente en la ley respectiva.

Entonces, el mérito y la capacidad o aptitud constituyen conceptos jurídicos que deben determinarse en cada caso concreto, según sea la función o servicio correspondiente; área en la cual el legislador contará con un cierto margen de configuración.

3. Ahora bien, los requisitos que doten de contenido al mérito y a la capacidad o aptitud, han de estar vinculados directamente con la función a desempeñar, en términos generales y objetivos, debiendo evitar configurar requisitos que atiendan al perfil de personas determinadas. Por ello, los requisitos establecidos en cada caso deben justificarse objetiva y razonablemente con base en el trabajo a desarrollar.

4. Finalmente, es de indicar que la exigencia constitucional de aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad o aptitud no se agota en la fase de ingreso a la carrera administrativa, sino que se extiende a lo largo de esta. Por tanto, el derecho reconocido en el art. 219 Cn. comprende, además del acceso a la carrera administrativa, el desarrollo o promoción dentro de esta".

EXCLUSIÓN DE TRABAJADORES CONTRATADOS CON POSTERIORIDAD AL 31 DE ENERO DE 2009 DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, ES ES INCONSTITUCIONAL POR CUANTO CONTRADICE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

"*1.* Como se ha reiterado en esta sentencia, en el presente proceso se rebate la regla desigual que establece el art. 2 del D.L. 10/2009, pues excluye del

ingreso a la carrera administrativa a las personas con contratos posteriores al 31 de enero de 2009.

A. Y es que, en virtud del D.L. 10/2009 se reformó la Ley del Servicio Civil con "el propósito de garantizar los derechos de los empleados públicos contratados bajo el régimen de contrato" –considerando IV del citado decreto–; de tal forma, en su art. 1 inc. 2° se determinó que "cualquier persona que preste servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas contratadas bajo el régimen de contrato, estarán comprendidas [sic] en la carrera administrativa".

Sin embargo, el objeto de control establece un mandato que excluye de lo anterior a las personas con contratos posteriores al 31 de enero de 2009. Quienes, por tanto, aun si cumplen con las condiciones de prestar servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, contratadas bajo el régimen de contrato, *no estarán comprendidas en la carrera administrativa.*

De tal forma, el precepto impugnado excluye de los beneficios que acarrea el ingreso a la carrera administrativa a la personas que, no obstante cumplir con las condiciones establecidas por el art. 1 del D.L. 10/2009, hayan sido contratadas después del 31 de enero de 2009. Por lo que genera un trato dispar entre las personas con contratos previos o de dicha fecha y las que tienen contratos posteriores.

B. Ahora bien, habiendo comprobado que existe una diferencia en el trato normativo de los colectivos precitados, es preciso establecer las consecuencias jurídicas entre estos.

Así, se advierte que el trato desigual establecido en el objeto de control genera una disminución en la esfera de protección del derecho a la estabilidad laboral de las personas destinatarias de dicho mandato. Como lo expresó el legislador en el considerando III del D.L. 10/2009, "existe un gran número de empleadas y empleados públicos que están contratados bajo la figura del contrato, situación que les lleva a no estar incorporados en la carrera administrativa, *lo cual les hace vulnerables para su continuidad en el desempeño de sus funciones"* –cursiva añadida–. Es decir, el propio legislador reconoce que la exclusión de la carrera administrativa provoca una situación de vulnerabilidad a las personas concernidas.

Ahora bien, tal distinción en el trato normativo, y las consecuencias jurídicas peyorativas que generan en un sector social no implican, necesariamente, una vulneración al principio de igualdad; pues –según se apuntó en el acápite III de esta sentencia– existe la posibilidad de que haya una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas, con lo cual se superaría el test de constitucionalidad del precepto impugnado.

2. Referido lo anterior, y a fin de decidir la constitucionalidad del objeto de control, corresponde examinar los argumentos de los intervinientes en el presente proceso.

*A.*a. Los solicitantes sostuvieron que el art. 2 del D.L. 10/2009 desampara a los empleados públicos que suscribieron sus contratos de trabajo a partir del 1-II-2009, mientras que favorece a aquellos que lo hicieron antes del 31-I-2009.

Distinción que se fundamenta en el simple transcurrir del tiempo, por lo que resulta arbitraria e injustificada.

b. De conformidad con lo consignado en el numeral precedente, los argumentos de los actores resultan atendibles, pues al examinar el contenido normativo de las disposiciones legales concernidas, se determinó que efectivamente el objeto de control establece una regla dispar entre los sujetos comparados, y dicha regla genera consecuencias limitativas en la esfera jurídica de las personas que tienen contratos posteriores al 31-I-2009.

B. a. En lo que atañe a la Asamblea Legislativa, alegó que el decreto impugnado pretendía que las personas vinculadas por contrato ingresaran a la carrera administrativa, pues antes no gozaban de tal beneficio. Pero debía buscarse un equilibrio; *pues al tiempo de la reforma estaba próximo un cambio de administración del Órgano Ejecutivo, y debía tratar de evitarse una contratación masiva que pusiera en aprietos las finanzas del Estado.* Y se refirió al principio de equilibrio financiero del presupuesto, el cual obsta que al Poder Ejecutivo se le imponga una directriz sobre la forma en que debe proveer el financiamiento del presupuesto.

b. Añadió que los empleados que ingresaron después del 31-I-2009, como todo trabajador, tienen estabilidad laboral.

c. Y concluyó: que la reforma buscaba lograr un equilibrio, integrando a personal del Estado en la carrera administrativa pero salvaguardando las finanzas públicas; que no pone en desigualdad a los empleados; que se ha justificado el objeto de la norma excluyente y que no viola el derecho a la estabilidad laboral.

d. Tales argumentos resultan incoherentes: por un lado, se afirma que no hay desigualdad; luego, que la exclusión del beneficio –desigualdad– está justificada porque se daría un cambio en la administración del Ejecutivo; por último, que la exclusión se basó en el principio de equilibrio financiero del presupuesto, que entiende como prohibición de injerencia en las facultades financieras del Órgano Ejecutivo. Tales argumentos no guardan relación entre sí, e incluso resultan contradictorios, pues: se niega la desigualdad, pero pretende justificarse; se expone que se quería evitar el peligro de que la nueva administración del Ejecutivo hiciera una contratación excesiva –lo que implica una limitación para tal ente–, y luego se argumenta a favor de la libertad financiera de este. Además, no puede advertirse de qué manera la disposición impugnada beneficia las finanzas públicas. De manera que con lo expuesto por la autoridad emisora de la disposición impugnada no se logra justificar diferenciación en análisis.

Y tampoco en el texto del D.L. 10/2009 se consignó alguna razón para justificar la distinción contemplada en el art. 2 del aludido decreto.

Por tanto, esta Sala no encuentra justificación alguna para el trato desigual establecido en el art. 2 del D.L. 10/2009.

C. a. Por último, el Fiscal General de la República expuso que la norma establecida en el art. 2 del D.L. 10/2009 muestra criterios de discriminación, y restringe el derecho a la estabilidad laboral de quienes hayan sido contratados después del 31 de enero de 2009.

b. Tales aseveraciones también resultan atendibles para este tribunal, porque se ha verificado el trato desigual y no se ha incorporado una justificación para este.

3. A. Vistos los argumentos de los intervinientes; y a la luz de las consideraciones arriba consignadas, esta Sala concluye que la distinción hecha por el art. 2 del D.L. 10/2009 respecto del ingreso a la carrera administrativa de las personas con contratos posteriores al 31 de enero de 2009 es inconstitucional por cuanto *contradice el principio de igualdad* establecido en el art. 3 inc. 1° Cn. en relación con el art. 219 inc. 2° Cn., ya que establece un trato desigual que genera una disminución en la esfera de protección que otorga el ingreso a la carrera administrativa, basándose en criterios distintos del mérito y la capacidad o aptitud; pues por lo estipulado en el objeto de control se excluye a un colectivo indeterminado de personas, tomando en consideración únicamente que su contratación se haya efectuado después del 31 enero de 2009. Con lo cual se genera, por tanto, una consecuencia jurídica peyorativa en comparación con las personas con contratos previos a la mencionada fecha; sin que se haya encontrado alguna justificación para dicho trato desigual.

B. Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 2 del D.L. 10/2009, *por vulnerar el principio de igualdad previsto en el art. 3 inc. 1° Cn. en relación con el art. 219 inc. 2° Cn. respecto del ingreso a la carrera administrativa; y así deberá declararse en esta sentencia.*

4. Como consecuencia de lo anterior, resulta inoperante examinar si el precepto impugnado contradice, por vía refleja, el art. 144 Cn., por lo que este motivo de inconstitucionalidad deberá sobreseerse".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 28-2013, fecha de la resolución: 04/11/2015.

INHABILITACIÓN PARA PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

ARTÍCULO 158 ROMANO I, LETRA A) DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GENERA UN DOBLE CASTIGO AL CONTRATISTA

"V**.** A continuación se realizará el examen del motivo de inconstitucionalidad planteado.

1. De forma concreta, el demandante señaló que el objeto de control transgrede la garantía del art. 11 inc. 1° Cn., pues, habilita para que la Administración Pública pueda sancionar a un oferente o contratista con la "pena" de inhabilitación por el periodo de un año para participar en procedimientos de contratación administrativa como resultado de haber sido sancionado con multas por la misma institución dos o más veces dentro del mismo ejercicio fiscal.

Sin embargo, en opinión del Fiscal General de la República, quien solicitó la desestimación de la cuestión, sostuvo que sí existe un hecho nuevo, totalmente distinto de la imposición de las multas, dado que éstas son derivadas de la naturaleza eminentemente contractual de la relación entre la Administración Pública y el oferente o contratista, que pueden incurrir en el incumplimiento de sus obligaciones; por lo tanto, a su juicio, no existiría identidad de hechos, ni de sanciones, basando tal argumento en que la inhabilitación se aplica en función de "responsabilidad administrativa".

A. Por ende, el debate sobre la constitucionalidad del art. 158 romano 1, letra a) LACAP se plantea porque, a juicio del ciudadano Albeño Salas, dicha disposición legal no sanciona un hecho nuevo, sino que se limita a tipificar hechos que ya han sancionados, y ello conlleva sancionar dos veces un mismo hecho sin que la segunda sanción tenga como fundamento la protección de un interés jurídico diferente.

Se trata de aclarar si con la inhabilitación contemplada en el artículo objetado se está sancionando *un factum* distinto al que fue sancionado con la imposición de dos o más multas por la misma institución en el mismo periodo fiscal.

Para determinar lo anterior, es necesario desarrollar un *test* dirigido a comprobar si existe o no los requerimientos para consolidación de la triple identidad de la causa —en abstracto—, tomando como base la formulación lingüística de la disposición legal objetada; por ello, forzosamente se debe realizar el examen de fondo de la vulneración alegada, en aplicación de los fundamentos jurídicos que explican el *non bis in idem* y así determinar si se da la triple identidad requerida.

a. En relación con el primer punto de este planteamiento, se advierte que el precepto cuestionado pretende castigar hechos realizados por un mismo sujeto ya sancionados previamente por medio de dos o más multas en el mismo ejercicio fiscal, o, en otros términos más directos, concurre en el objeto de control, el elemento relativo a la identidad de hechos exigido para la aplicación del principio *non bis in idem.* Y es que, en efecto, el tipo administrativo impugnado *no sanciona una nueva acción u omisión de un mismo oferente o contratista,* por lo tanto, realmente no se requiere de un nuevo comportamiento ilícito de uno de los mencionados sujetos sometidos al ámbito de aplicación del mencionado artículo.

En definitiva, la infracción administrativa contenida en el art. 158 romano I, letra a) LACAP tiene un carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática, dado que absorbe el contenido factual de las dos o más multas anteriormente impuestas; por lo tanto, el objeto de control tipifica como infracción anteriores hechos que, todos ellos, ya han sido necesariamente sancionados previamente por medio de multas impuestas por una misma institución pública *—indiferentemente deriven o no de un mismo contrato—,* lo que de manera indudable lleva una doble sanción por los *mismos hechos.*

b. Como segundo análisis, debe determinarse sí el precepto impugnado vincula a los mismos sujetos. Así, el objeto de control señala que para configurar la infracción administrativa de inhabilitación es necesario que una *misma* institución multe dos o más veces al oferente o contratista en el mismo año fiscal, lo cual conlleva forzosamente que la imposición de la inhabilitación sea por la misma entidad pública.

Desde tal perspectiva, no puede interpretarse que la inhabilitación sea decretada por una institución pública distinta, debido a un factor lógico de vinculación, es decir, una dependencia pública distinta no tendría competencia para imponer la inhabilitación, si previamente, no ha celebrado un contrato administrativo con el oferente o contratista.

Por tanto, para este Tribunal existe una identidad subjetiva entre el sujeto que impone la inhabilitación, (institución pública contratante) y el sujeto al que se

le sanciona (oferente o contratista multado en dos o más ocasiones dentro de un mismo ejercicio fiscal).

c. Una vez verificado en el asunto ahora enjuiciado, la identidad fáctica entre las multas y la inhabilitación, se debe determinar si las mismas responden a un mismo fundamento o si, por el contrario, persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. Y es que, la doble identidad de sujeto y de hechos apreciada en el precepto cuestionado en el presente proceso constitucional no supone, *per se,* la vulneración del principio *non bis in ídem*—art. 11 inc. 1° Cn. —. En efecto, nos encontramos ante un tipo sancionador destinado a castigar a determinados sujetos —ofertante o contratista que haya sido sancionado con multa por la misma institución dos o más veces dentro del mismo ejercicio fiscal— y, que se encuentran en una relación de sujeción o de supremacía especial.

Por consiguiente, el problema a dilucidar, en este apartado, es determinar si estamos en presencia de la misma causa, es decir, si ante un mismo hecho encontramos que la duplicidad de sanciones que pertenecen al mismo orden normativo, tiene como objetivo preservar fines distintos; por ello, el precepto enjuiciado sería perfectamente válido (a pesar de la identidad de sujeto y de hechos) si la doble sanción respondiese a castigos orientados a la protección de bienes o intereses jurídicos distintos; a *contrario sensu,*será inconstitucional si no existe tal presupuesto, es decir, no es admisible crear una infracción autónoma si, a pesar de sancionar los mismos hechos responde a su vez a los mismos fundamentos.

i. Desde tal perspectiva, para analizar si existe una fundamentación diferente, deberá recurrirse —por orden de prevalencia— a los siguientes documentos: (i) el informe rendido por la autoridad emisora de la norma en el proceso, ya que se entiende que dicho informe contiene una argumentación reflexiva orientada primordialmente a la defensa de la disposición impugnada; (ii) los Considerandos de la ley; (iii) el texto mismo de la ley; y (iv) los documentos oficiales previos a la emisión de la ley que sean de contenido técnico, mediante los cuales se propone a la autoridad emisora, la elaboración de la norma impugnada —trabajos preparatorios y exposiciones de motivos-- *(Cfr.* con Sentencias de 8-XI-2004, 15-III-2006 y 29IX-2011, Incs. 2-2002, 10-2005 y 10-2006).

ii. Empero, dado la falta de justificación de la entidad emisora de la disposición objetada, en el presente caso, de todas las sanciones contempladas en el precepto cuestionado —multas e inhabilitación—, no puede inferirse la existencia de un interés jurídicamente protegido diverso entre ellas, en otras palabras, se desconoce el interés jurídico tutelado que ambas sanciones intentan salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

iii. Debe agregase que el decreto por el cual fue reformado el objeto de control, no explica cuál es el fundamento que pretende resguardar la sanción de inhabilitación; por lo anterior, es *inadmisible* la opinión del Fiscal General de la República, quién atribuye como fundamento jurídico a la disposición objetada, la presunta “responsabilidad administrativa”, la que tuviera basamento constitucional, si la misma deviniera de un nuevo hecho ilícito realizado por el oferente o contratista, lo cual, no sucede en el presente caso.

B. En atención hasta lo ahora expuesto, esta Sala considera que la identidad de las sanciones impuestas al mismo oferente o contratista por una misma institución perteneciente a la Administración Pública, en aplicación del art. 158 romano I, letra a) LACAP, se produce porque comparten elementos nucleares comunes, de modo que al imponerse ambas sanciones resulta doblemente castigado un mismo sujeto por una misma conducta, sin que pueda justificarse la reiteración sancionadora en un diferente fundamento.

Por ello, no se muestra conforme al principio *non bis in idem,* que la acumulación de conductas efectuadas en el pasado y sancionadas con multa puedan constituir una conducta *ex novo* y por ende distinta a las anteriores.

En consecuencia, este Tribunal entiende que el legislador pretende tipificar de forma separada y posterior, la inhabilitación como un tipo y sanción autónoma de las dos o más multas impuestas por la misma institución dentro del mismo ejercicio fiscal, sin que para ello exista un interés jurídico diferente entre ambas sanciones, lo cual, en definitiva, entraña una contravención a la prohibición de doble juzgamiento —art. 11 inc. 1° Cn.—, de lo que se concluye que el objeto de control es *inconstitucional* y así deberá declararse en el fallo".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2012, fecha de la resolución: 13/02/2015.

INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

CRITERIO INTERPRETATIVO DECISIVO PARA DECISIONES ESTATALES QUE INCIDAN EN DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

"IV. Dentro del líbelo de la demanda, se relaciona el principio de interés superior del niño contemplado en el art. 12 de la LEPINA, éste puede entenderse como un criterio interpretativo decisivo en cuanto a todas aquellas decisiones estatales –particularmente restrictivas– que incidan en los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Así, el inc. 3° del referido precepto dispone: "...[s]e entiende por interés superior de la niña, niño o adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad".

Al respecto, es importante mencionar que su plasmación originaria se encuentra en el art. 3.1. de la Convención Sobre los Derechos del Niño –CSDN– que establece: "... [e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El ideal básico tanto de la Convención como del marco normativo nacional *supra* relacionado, permite afirmar que todas las personas, incluidos los niños, niñas y adolescentes, gozan de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que su promoción y prestación se constituye en una obligación del Estado. Adicionalmente, tomando en cuenta la diferencia existente en cuanto a su progresivo desarrollo físico y psico-

lógico, existen otros derechos fundamentales y diferentes mecanismos de protección específica para este sector de la población.

En otros términos, la niñez y la adolescencia cuentan con el haz de derechos inherentes a su condición de seres humanos, más aquellos derechos que les corresponden de acuerdo a su especial condición.

De esta óptica, *los derechos de la niñez y adolescencia contemplados tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en la normativa nacional, se constituyen en un sistema integrado frente a la acción del Estado, y de forma correlativa –en virtud de su dimensión objetiva– representan por su parte, un deber de los poderes públicos de satisfacerlos en el diseño y ejecución de las diversas políticas públicas orientadas a dicho sector de la población salvadoreña.*

Lo anterior nos sirve para desentrañar el sentido hermenéutico del art. 12 de la LEPINA, el cual debe ser entendido como *principio jurídico de aplicación preferente o rector en todas aquellas decisiones –particularmente de carácter discrecional– que puedan incidir o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.* En otras palabras, con su aplicación *se intenta potenciar cada uno de los derechos fundamentales que les asiste conforme el contenido y alcance del mismo en el caso concreto, sin poder afectar de ninguna manera su núcleo esencial.*

En tal sintonía se muestra lo expuesto en el párrafo 59 de la Opinión Consultiva 17-2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CrIDH– relativa a la condición jurídica de los derechos humanos del niño, cuando estipuló que este principio "...se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades".

En otras palabras, el principio del interés superior del menor busca la plena satisfacción de cada uno de sus derechos, pero también resulta ser una garantía ante todos aquellos actos que los anulen en forma ilegítima.

El principio en análisis funciona también como un criterio ponderativo a tener en cuenta dentro del ámbito de los conflictos jurídicos que se susciten con otros intereses en juego, cuyos titulares sean terceros, o que concurran en el caso del mismo niño o adolescente. Al acaecer estas colisiones, es imprescindible tener en cuenta un análisis integral del conjunto de los derechos puestos en juego y de los que puedan resultar afectados mediante la decisión judicial o administrativa; debiéndose optar por la medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos en juego y la menor restricción de ellos, lo que implica no sólo considerar el número de ellos, sino su importancia. A esto hace referencia la opinión consultiva antes relacionada cuando estipula que es preciso ponderar "no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño" (párrafo 61)".

EFECTO DE TRASCENDENCIA A TERCEROS DE LA PENA DE PRISIÓN

"*1*. Como se ha expuesto en líneas anteriores, la estancia en prisión incide no sólo en la persona que la sufre, sino en todo el núcleo familiar, ya que las

relaciones entre sus integrantes no se brindan en un entorno óptimamente normalizado. A la larga, ello produce un proceso de desarraigo que culmina con la ruptura de tales vínculos, y en particular, el relativo entre madres e hijos. Esto es lo que se conoce como el efecto de trascendencia a terceros el cual es inherente a la ejecución de la pena de prisión, y que debe ser minimizado en lo posible a fin de evitar que la finalidad de reintegración social fracase.

A esto hace referencia el principio XVIII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas que detalla: "[l]as personas privadas de libertad tendrán derecho (...) a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas y con sus respectivas parejas".

De igual forma, la CSDN en su artículo 9.3 establece lo siguiente: "[l]os Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"".

PERMANENCIA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON SUS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD BUSCA POTENCIAR RELACIONES MATERNO-FILIALES Y PLENO DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD

"*2.* Y es que para evitar este proceso de deterioro –posiblemente irreversible del vínculo familiar–, es que el legislador ha decidido que las mujeres que cumplen una pena privativa de libertad puedan tener a sus hijos menores de cinco años a su cuidado, siempre y cuando se den las condiciones establecidas en el art. 249 RGLP: *(a)* solicitud por parte de la madre; *(b)* estudio psico-social tanto de la situación familiar del menor y de la personalidad de la madre; *(c)* resolución razonada por parte del Equipo Técnico Criminológico del Centro autorizando o denegando la permanencia del infante; y *(d)* su ubicación, previo examen médico pediatra, en el sector materno infantil del centro o el que se encuentre ubicado en la instalación penitenciaria más cercana.

En cada caso, entonces, el personal penitenciario idóneo deberá examinar y evaluar cada situación en concreto y resolver lo mejor para el bienestar, desarrollo e interés superior de la niñez.

Se evidencia entonces, *que el Estado salvadoreño, ha decidido hacer prevalecer la relación madre e hijo, y adecuar las condiciones de su estancia a las que corresponden –hasta donde sea posible– a un ambiente semejante al que corresponde a una vida fuera de la cárcel.*

En este sentido, el art. 404 RGLP, establece: *(a)* el Equipo técnico criminológico programará actividades formativas y lúdicas, así como salidas programadas al exterior de los niños y adolescentes, con especial énfasis a su integración social en la comunidad donde esté ubicado el centro; *(b)* habrá un pedagogo infantil que orientará la programación educacional y lúdica; *(c)*la Administración penitenciaria garantizará a los menores las horas de descanso y juego que ellos necesiten, además de brindarles un espacio con elementos de juego y entretenimientos adecuados; *(d)* habrá un médico-pediatra encargado de su salud; *(e)* las

visitas, por regla general, no serán restringidas; y *(f)* la Administración brindará a su cargo todo lo necesario para el cuidado infantil de los hijos que estén bajo el cuido de sus madres.

Esta opción, tomada por el legislador, también se desarrolla en el art. 405 RGLP, que permite la posibilidad a las internas pernoctar en su domicilio a fin de mantener el contacto familiar, y regresar al centro penitenciario en horario diurno para cumplir con su pena.

3. En forma diferente al planteamiento de los demandantes, no nos encontramos ante intereses constitucionales contrapuestos, sino complementarios desde la óptica de la salvaguarda del vínculo familiar y donde la madre tiene un rol protagónico en cuanto la crianza y cuidado del niño.

Así, el art. 5 CSDN estipula que los Estados "...respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (...) en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Y de igual manera, el art. 18 CSDN afirma que los padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los niños de acuerdo a su interés superior.

De mayor claridad, en lo que concierne al tema, se presenta el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –conocido también como el Protocolo de San Salvador– que en su tenor literal expone: "[t]odo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

4. En suma, el legislador ha pretendido proteger al niño de los efectos que podría ocasionarle en su desarrollo emocional y psicológico el ser separado de su madre, dándole prevalencia a sus derechos, como la parte más necesitada de protección de ambos, lo cual es coincidente con el resguardo de su interés superior. Por ello, es que no pueden ser considerados inconstitucionales los preceptos analizados, ya que ellos buscan potenciar las relaciones materno-filiales y el pleno desarrollo de la personalidad del niño, lo cual se encuentra en plena consonancia con el art. 34 e inc. 1° del art. 35 Cn.

La única excepción a lo anterior, sucede en aquellos casos en que la permanencia del referido vínculo se presenta nociva para el normal desarrollo del niño o representa un peligro para su integridad personal, como acontece en las situaciones de maltrato. Situación, por cierto, regulada en el art. 250 del RGLP".

CONTACTO CON SUS HIJOS PERMITE REINSERCIÓN DE LA RECLUSA EN SU MEDIO SOCIAL

"*5.* Tampoco lo anterior es contrario al proceso de reintegración al que se aludió *supra,* pues la mejor manera de conseguir la reinserción de la reclusa en su medio social, es a través del contacto con su familia, evitando que una segregación prolongada dé lugar a un progresivo proceso desocializador.

Conforme a esta perspectiva, la resocialización implica que el proceso de ejecución penitenciaria, concluya en dotar a las mujeres que cumplan una pena

de prisión, de una nueva oportunidad de vivir una vida sin delito, y de reintegrarse a la sociedad como una persona respetuosa del orden jurídico. En tal tarea, el Estado no puede constituirse en un mero gendarme de la cárcel y mostrar desinterés en sus condiciones familiares. Al contrario, resulta una obligación estatal intervenir ante aquellas situaciones y conflictos que puedan convertirse en factores determinantes de un probable cuadro de reincidencia o de una futura profesión delictiva.

Dicha obligación estatal se traduce, por una parte, en la construcción de un sistema de ejecución de penas con claras opciones de reintegración social, pero también con eliminar cualquier obstáculo o factor que incremente los niveles de asocialidad de los que puede adolecer algunos sectores de la población reclusa como acontece con el sector femenino.

En tales casos, el compromiso estatal tiene que enfocarse en que los centros de desarrollo infantil que puedan existir dentro de los centros penitenciarios garanticen las condiciones de una vida en libertad con los servicios de salud, psicosociales y otros, como una forma de potenciar el normal desarrollo de los niños y el ejercicio oportuno de los derechos de la madre y de la familia, buscando con ello su bienestar e integración (art. 32 Cn.).

A ello hacen referencia los incisos 3, 4, 5 y 6 del Principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que estipulan: "[e]l Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud públicas sean incorporadas en los lugares de privación de libertad (...). Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad. (...) En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz".

De forma específica, el inciso 6 del referido principio afirma claramente que: "[c]uando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez"".

SALA DE LO CONSTITUCIONAL ES INCOMPETENTE PARA DETERMINAR PERÍODO DE TIEMPO ADECUADO DE PERMANENCIA DE MENORES DE EDAD CON SUS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD

"*6.* Por último, resta referirse a la pretensión de los demandantes, en que el periodo de permanencia de los hijos con sus madres en los centros penales sea de un máximo de dos años.

Al respecto, conviene afirmar que no es competencia de esta Sala establecer cuál es el periodo de tiempo adecuado en el tema que nos ocupa. Pues ello le corresponde al legislador, conforme las valoraciones político-criminales y técnicas que considere oportunas. En el presente caso, lo ha fijado hasta los cinco años y es una decisión que esta Sala no puede sustituir.

Pero por otra parte, y desde lo establecido en la sentencia dictada el 13-III-2006 –Inc. 27-2005–, se ha dicho que no corresponde a esta Sala efectuar un juicio de perfectibilidad sobre aquellos preceptos que se identifican como objeto de control. Pues la finalidad del proceso de inconstitucionalidad es declarar con efectos generales la adecuación o no de determinadas proposiciones jurídicas con la Constitución, y no en señalar si la técnica legislativa empleada o su formulación resulta ser correcta, oportuna y adecuada conforme a lo que "debería ser" según los accionantes.

Por ello, no resulta procedente conocer en esta instancia, una pretensión que tenga como fundamento una percepción individual de cómo debería ser regulada de mejor manera una materia jurídica, ya que este proceso no se trata de realizar un juicio de perfección sino de límites constitucionales".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 128-2012, fecha de la resolución: 28/09/2015.

INTERVENCIÓN DE TELECOMUNICACIONES

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ES GARANTÍA FUNDAMENTAL A LOS DERECHOS DE INTIMIDAD PERSONAL Y PRIVACIDAD

"X. Tanto los demandantes del proceso 42-2007 como del proceso 89-2007, han controvertido, diferentes preceptos de la LECAT relativas a los actos de investigación y de prueba que pueden suscitarse dentro de un procedimiento penal iniciado por alguno de los supuestos típicos contemplados en dicha ley especial.

En particular, se han visto controvertidas las estipulaciones contenidas en los arts. 42 y 45 LECAT, exceptuándose el caso del inciso último del art. 37 LECAT que ha sido tratado anteriormente. Conviene efectuar un análisis detenido de cada uno de estos dos casos.

1. La letra a del art. 42 LECAT es una norma que remite necesariamente al art. 302 del Código Penal para su entendimiento, y que permite considerar no punible "la interferencia o comunicación telefónica" en los casos en que "*se estuviere recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiere el cumplimiento de determinados*

hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de delitos de crimen organizado, y 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 en que se reciban tales amenazas o exigencias".

De acuerdo con los demandantes del proceso 42-2007, la disposición impugnada "legaliza" la intervención de cualquiera de los sistemas de comunicación, lo cual es contrario a lo estipulado en el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983 cuando se consideró que "la conversación telefónica es un medio de comunicación privado y porque su administración es un servicio público que debe de rodearse de las máximas garantías para que su uso no vulnere la privacidad a que las personas tienen derecho. Con ese propósito se incluye la prohibición de interferir e intervenir las conversaciones telefónicas. La violación de esta prohibición por parte de particulares, funcionarios o empleados públicos conlleva una responsabilidad penal o civil que la ley secundaria habrá que determinar".

A. Al respecto, conviniendo plenamente con lo anterior, nuestra Constitución reconoce el secreto de las comunicaciones como una garantía fundamental a los derechos de intimidad personal y privacidad. Desde esta óptica en general, el estatuto fundamental reconoce un ámbito de protección 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, sea que provengan de otros particulares o de personas al servicio del Estado, lo cual puede llegar hasta la responsabilidad penal (art. 184 y sig. así como el 302 C.Pn.)".

PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA ROMPER LIMITACIÓN AL SECRETO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Ahora bien, si bien el secreto de las comunicaciones se constituye en una barrera frente a las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares, debe reconocerse que no es una garantía que tenga carácter absoluto, pues su ámbito de protección se encuentra sujeto a límites que pueden derivar de su ponderación con otros derechos e intereses constitucionales que también deben resultar protegidos.

En efecto, en forma general, el inc.1° del art. 246 Cn. habilita al Órgano Legislativo para que éste regule y limite justificadamente derechos fundamentales por medio de la producción de una ley formal, y donde tal positivación obedezca a una finalidad también justificada desde el punto de vista constitucional, sin atentar contra el contenido esencial del derecho en mención. Y en el caso particular del secreto de las comunicaciones, la redacción actual del art. 24 Cn. –conforme al Decreto Legislativo n° 36 de 27-V-2009, publicado en el Diario Oficial n° 102, Tomo 383, de 4-VI-2009– se estipula claramente 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 intervención ilegal carecerá de valor".

Por lo anterior, para que tal limitación constituya una injerencia admisible en el ámbito de la intimidad, debe estar prevista en la ley y ha de constituir una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad del país, la prevención del delito, así como la protección de los derechos fundamentales. Y esto es particularmente importante en el ámbito del proceso penal, ya que las intervenciones telefónicas participan tanto de la naturaleza y funciones propias de los actos de investigación y de prueba. Aquí, resulta imprescindible la existencia de una normativa que establezca claramente los presupuestos esenciales para la adopción de tal medida, su duración y alcance, así como su control.

Ello ha tenido lugar mediante la promulgación de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones –en adelante LEIT–, mediante el Decreto Legislativo n° 285 de 18-II-2010 y publicado en el D.O. n° 51, Tomo n° 386 de 15-III-2010, y la cual regula en sus diferentes aspectos cómo habrá de realizarse dicha intervención en el ámbito del proceso penal salvadoreño.

En consecuencia, las autorizaciones para limitar el secreto a las comunicaciones dentro del ámbito de la persecución del delito, deben respetar al menos cuatro presupuestos: *(a)* que la posibilidad de limitación al respeto de la intimidad personal y familiar debe encontrarse prevista en una ley formal –considerando IV de la LEIT–;*(b)* que tal injerencia sea necesaria de acuerdo a determinados fines constitucionales y en los casos que en realidad lo ameriten –art. 2 letra b LEIT–; *(c)* que pueda ser autorizada por el órgano jurisdiccional mediante resolución motivada –art. 2 letra a LEIT–, y *(d)* que exista un control fiscal y judicial antes, durante y de forma posterior a la cesación de la injerencia –arts. 7, 8, 15 y 16 LEIT–.

Ello se muestra coincidente con lo establecido –por ejemplo– por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en varias sentencias ha concretado como límites en esta materia que: *(a)* la intervención a las comunicaciones debe estar prevista por la ley, *(b)* ir dirigida a fin legítimo; y *(c)*ser necesaria en una sociedad democrática para dichos fines conforme una ponderación basada en el principio de proporcionalidad (sentencias de 6-IX-1978 –Caso Klass y otros–, 30-VII-98 –Caso Valenzuela Contreras– y 28-8-98 –Caso Lambert–)".

CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA VÍCTIMA PUEDE OTORGAR LICITUD A LOS DATOS OBTENIDOS

"*B.* En el caso *subjudice*, el art. 42 letra a LECAT considera como medios de prueba todos aquellos elementos obtenidos de acuerdo con lo estipulado en el art. 302 del C.Pn., y éste a su vez permite "la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias", la cual así obtenida podrá ser valorada por el Juez.

En un sentido estricto, lo que dicho artículo pretende regular es el alcance del consentimiento de las víctimas o perjudicados para que sus conversaciones puedan ser conocidas por terceros, y aún grabadas para su posterior incorporación al juicio penal. En suma, el "secreto" de la comunicación es lo resguardado

y donde la presencia ajena de un tercero es lo que da sentido al tipo regulado en el inciso primero del art. 302 C.Pn.; a *contrario sensu,* cuando alguno de los interlocutores da su aprobación para que otros presentes escuchen –por ejemplo: por medio de un amplificador de voz– o graben esa conversación, tal presupuesto valida dicha práctica bajo el cumplimiento de los demás presupuestos que contempla la disposición. Y ello acontece por el carácter disponible que tiene el presente bien jurídico con relación a su titular.

Esto ya había sido señalado por esta Sala, en la Inc. 5-2001 –ya citada– al referirse al tópico relativo a la grabación de la comunicación por parte de uno de los intervinientes. Sobre ello se sostuvo: "…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 os 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 auto-determinación del individuo en este ámbito".

La anterior interpretación constitucional, queda adicionalmente confirmada por el art. 46 LEIT cuando literalmente expresa: "[l]a grabación de telecomunicaciones autorizada por uno de los participantes legítimos en la comunicación, no será considerada intervención y podrá ser valorada como prueba conforme a las reglas generales".

En consecuencia, el consentimiento expreso de la víctima perfectamente identificable puede tener los efectos despenalizadores y otorgar –además– un carácter de licitud a los datos obtenidos a efectos de su incorporación documental en el proceso penal. Sin embargo, no puede desconocerse que, ante bienes jurídicos de carácter supra-individual o difuso como la seguridad del Estado, el orden público o la paz pública, tal anuencia obviamente no podrá existir; y particularmente, ello es importante en los delitos asociados al terrorismo".

"En estos casos, *es procedente que la autorización y control tanto de la intervención como de la interceptación de las comunicaciones quede bajo la exclusiva potestad jurisdiccional, como se ha regulado en la mayoría de los códigos procesales penales más actualizados, así como lo establecido en la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones.*

C. El ejercicio de tal autorización se sujeta indiscutiblemente al principio constitucional de proporcionalidad, el cual viene a conciliar el interés del Estado en la investigación y el descubrimiento de la verdad formalizada propia del proceso penal. Así, tal directriz impone: *(a)* la actuación sobre la base de una sospecha relevante, es decir, en virtud de indicios serios del cometimiento de un ilícito y de la probable responsabilidad penal en los presuntos hechos; *(b)* la necesidad de tal medida a los efectos de investigación, lo cual supone una valoración acerca de lo imprescindible que resulte la intromisión en las comunicaciones a efectos del descubrimiento de la verdad material, y la probable frustración de las pesquisas al no efectuarse; y *(c)* la adecuación entre la restricción en el derecho y la gravedad de los hechos indagados, por lo que, la esfera de actuación de los derechos fundamentales únicamente puede ceder ante la persecución de un ilícito grave y de relevancia social.

Finalmente, cabe recordar que toda restricción o limitación a este derecho a la intimidad personal y familiar debe estar debidamente motivado como garantía del cumplimiento del resto de presupuestos anteriormente citados (art. 24 inc. 2° Cn.).

Por todo lo anterior, debe declararse que la letra a del art. 42 LECAT, no es inconstitucional bajo las anteriores consideraciones de contenido complementario a la norma controvertida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 22-2007AC, fecha de la resolución: 24/08/2015.

INTERVENCIONES CORPORALES

DEFINICIÓN

"III. En un sentido amplio, la doctrina procesal penal define las intervenciones corporales como todas aquellas diligencias que recaen sobre el cuerpo del imputado o de terceros, con el fin de investigar la realización de un delito y establecer una probable participación en el mismo. En tal sentido, esta Sala las caracterizó como actos de investigación que recaen con diferente intensidad sobre el cuerpo de una persona como parte de una investigación penal; y cuya autorización y práctica requiere el cumplimiento de requisitos objetivos, subjetivos y formales. Lo anterior, con el fin de buscar una variedad de elementos necesarios para la averiguación y prueba de un hecho delictivo –Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–.

Así, dentro de tal categoría se comprenden, en general, tanto las inspecciones y los registros corporales como las intervenciones corporales en sentido estricto; distinción que es recogida dentro del Código Procesal Penal en los arts. 199 y 200 C.Pr.Pn. Así, las primeras implican una simple observación o reconocimiento en el cuerpo de una persona a fin de individualizar al imputado o descubrir objetos incorporados al mismo. Mientras que las segundas, implican la extracción de algún tipo de evidencia –v. gr. exámenes de sangre u orina, etc.– o la observación mediante un medio tecnológico –v. gr. rayos X, resonancias magnéticas, etc.–.

En tal sentido estipula el inc. 1° del artículo últimamente citado: "...[c]uando resulte necesario obtener o extraer del cuerpo de una persona señalada como autor o partícipe de un hecho delictivo, muestras de fluidos corporales, practicar radiografías o tomografías que permitan identificar objetos en su interior o realizar cualquier otro procedimiento que implique intervenirlo, el fiscal solicitará la autorización del juez competente, cuando éste se negaré a la realización, caso contrario, procederá a la diligencia en presencia de su defensor, quien deberá acreditar que ha informado las consecuencias de la realización de la misma".

Por ello, y dentro de las características más sobresalientes de la requisa personal entre otras, es que comportan una leve injerencia en el derecho a la intimidad y su realización parte de una previa valoración policial concerniente a la fundada sospecha de participación criminal, lo cual deberá hacerse constar en las actas respectivas.

El objeto sobre el cual recaen estas prácticas se constituye regularmente en el cuerpo del sindicado y su ejercicio tiene una finalidad netamente incriminatoria, esto es: encontrar objetos escondidos o extraer vestigios biológicos que puedan ser utilizados como elementos de comparación en el análisis pericial para el caso de las intervenciones. Se tratan entonces de diligencias de investigación cuyos resultados tienen una clara utilidad probatoria".

LEVES Y GRAVES

"En otro aspecto, la dogmática procesal penal suele distinguir entre intervenciones corporales leves y graves. Se consideran así a las primeras, en cuanto que, desde una perspectiva objetiva, no tienen la idoneidad suficiente para poner en peligro la salud ni afectar la indemnidad personal –v. gr. extracción de ciertos elementos del cuerpo tales como pelos o uñas –; mientras que las segundas ostentan una alta probabilidad de poner en riesgo la salud – v. gr. extracción del líquido encefalorraquídeo–.

Esta clasificación ha sido tenida en cuenta por esta Sala, quien las caracteriza de acuerdo al grado de sacrificio que imponen a la integridad física, así: *leves,* aquellas que conforme a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no son susceptibles de poner en peligro la salud ni ocasionar sufrimientos al sujeto pasivo; *graves,* donde existe un riesgo extremo de lesión. Caracterización que por cierto, muestra la necesidad de tener en cuenta de forma ineludible la opinión de los especialistas médicos en el ámbito de su autorización –al respecto, la ya citada sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001–.

La práctica de estos exámenes puede comportar afectaciones a ciertos derechos fundamentales de quien resulte sujeto pasivo de los mismos, como acontece con la integridad o incolumnidad corporal, la dignidad humana, la presunción de inocencia y la libertad ambulatoria.

En tal sentido, se aduce que en los casos de su ejecución no consentida, pueden llegar a constituirse en un trato degradante, –por ejemplo si recae el examen en zonas púdicas puede vulnerar el sentido de recato e intimidad personal–.

Frente a ello, esta Sala ha señalado una diversidad de presupuestos y límites que deberán tenerse en cuenta en el ámbito de la autorización como en su realización. En primer lugar, el reconocimiento que no existen derechos constitucionales de naturaleza absoluta, sino que estos pueden restringirse atendiendo a otros derechos, valores y bienes de naturaleza constitucional.

En tal sentido, *se ha reconocido la existencia de un interés estatal en la persecución del delito y en la aplicación de la ley penal, lo cual puede suponer una merma en la protección de ciertos derechos y garantías fundamentales de quienes pudieran resultar penalmente relacionados. Sin embargo, cuando se incida en la esfera de estos últimos debe realizarse bajo parámetros de legalidad y proporcionalidad* –Sentencia de de 12-IV-2007, Inc. 28-2006–.

En efecto, bajo el presupuesto de la legalidad, o en relación con la existencia de una ley previa que habilite la práctica, tanto de la inspección y los registros, como de las intervenciones corporales, debe tenerse en cuenta que el art. 19

Cn. expresamente permite la práctica de estos actos de investigación sea "para prevenir o averiguar delitos o faltas". De igual forma, acontece con los arts. 199 y 200 del código procesal penal en vigor, los cuales establecen las condiciones que dan lugar a su adopción y ejecución".

EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL

"Por otra parte, existe una exclusividad jurisdiccional en cuanto a su realización coactiva, lo que implica un análisis acerca de la gravedad del hecho y de la existencia de una imputación suficiente por parte del juez que analiza su adopción, lo cual deberá plasmarse adecuadamente en su resolución, hipótesis que expresamente estipula el art. 200 C.Pr.Pn.

De acuerdo al tenor legal, tanto el fiscal como el juez pueden efectuar estas prácticas corporales, y se requiere la existencia de indicios previos y suficientes relativos a la comisión delictiva y de la participación –en particular, del imputado– que justifiquen su adopción. Por ende, la resolución pertinente tendrá obligadamente que efectuar una estimación adecuada de la existencia de motivos suficientes para efectuarla.

Un aspecto importante para la admisibilidad constitucional tanto de los registros e inspección como de las intervenciones corporales, es la observancia del principio constitucional de proporcionalidad. En efecto, ya desde la sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, esta Sala afirmó que en materia sancionatoria es imprescindible efectuar una ponderación de los intereses en conflicto, lo que implica una prohibición de exceso en que pudieran incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de los derechos fundamentales. Así, toda medida que tenga incidencia en los derechos fundamentales debe: *(a)* servir objetivamente para determinar los hechos que constituyan el objeto del proceso; *(b)* ser menos gravosa de todas aquellas aptas para conseguir dicho fin en cuanto al grado de sacrificio; y *(c)* que aún siendo idónea y necesaria, el sacrifico que imponga a tales derechos no resulte excesivo en comparación con la gravedad de los hechos y el grado de sospecha existente.

Uno de los aspectos que se desprende de los anteriores requisitos, es que las intervenciones corporales deben reservarse para el establecimiento de ilícitos graves –art. 18 inc. 2° C.Pn.– esto es que atienda a su grado de penalidad, el grado de autoría o participación y la probabilidad que la medida tenga éxito en cuanto a los extremos probatorios que se intentan comprobar. Adicionalmente, es ineludible que sean realizados por personal médico tratándose de intervenciones corporales que impliquen graves riesgos a la salud.

Pese a todos estos presupuestos y requisitos, las intervenciones corporales no pueden imponer una excesiva afectación al sujeto pasivo de la misma, en particular a su salud e integridad corporal; pero por otra parte, su ejecución no puede ser llevada al extremo de constituir un trato degradante.

En este último sentido, conviene tener presente que el sustrato ideológico de la Constitución salvadoreña radica en una concepción personalista del Estado derivado del valor dignidad humana, lo cual impone que tanto las inspecciones

y registros corporales como las intervenciones no puedan tener un contenido vejatorio o humillante. […]"

LÍMITE A LA INTERVENCIÓN CORPORAL

"Ahora bien, el inc. 2° del Art. 200 C. Pr. Pn., establece claramente como límite a la intervención corporal en ausencia del consentimiento de la víctima, la autorización judicial; este requerimiento, indiscutiblemente implica que el juzgador debe motivar su resolución y efectuar de manera ineludible un juicio de ponderación que le permita concluir en la necesidad y razonabilidad de llevar a cabo ese acto de investigación.

Ciertamente el legislador no define expresamente qué tipo de intervenciones corporales son permitidas sin consentimiento y cuáles no; no obstante, encomienda al juzgador, bajo su potestad jurisdiccional, analizar si la diligencia a realizar es necesaria, si vulnera los derechos de integridad física, salud o dignidad humana de la víctima, o si es posible alcanzar la verdad de los hechos a través de otros medios de investigación que permitan prescindir de este tipo de actos, así como definir si someter a la víctima a determinada modalidad de intervención constituiría de alguna manera una forma de revictimizarla y reiterar el daño ya ocasionado.

Es importante considerar que la disposición cuestionada no establece como regla general prescindir del consentimiento informado de la víctima para los actos de investigación mencionados, al contrario, deberá consentimiento– estimarse como presupuesto esencial antes de proceder a la práctica de los mismos; sin embargo, en caso que la víctima no acceda, no es constitucionalmente válido establecer su voluntad como regla absoluta ante circunstancias en las que ese acto de investigación sea estrictamente necesario, cuando no exista otro mecanismo para obtener el resultado que se pretende con el mismo, siempre que, en ambas situaciones, no se vulneren los derechos de integridad física, salud y dignidad humana.

En este orden, el inc. 2° del Art. 200 C. Pr. Pn. permite conciliar los derechos de la víctima en el proceso penal, en cuanto a su libre determinación y dignidad humana, y los fines mismos de la justicia penal, en tanto medie una decisión motivada del juez para permitir la práctica de las intervenciones corporales, respecto a la necesidad de llevarlas a cabo y la ausencia de lesión a los derechos antes indicados".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 62-2012, fecha de la resolución: 17/07/2015.

JUICIO EJECUTIVO

MECANISMO PROCESAL CREADO PARA QUE LAS ENTIDADES BANCARIAS RECUPEREN ÁGILMENTE LOS FONDOS CAPTADOS DEL PÚBLICO

"IV**.** Según el esquema establecido para esta sentencia, corresponde referirse a los procesos ejecutivos en los que interviene un sujeto bancario.

1. A. Esta Sala ha sostenido en su jurisprudencia —sentencia de 22-XII-2004, Inc. 82003— que las instituciones bancaras operan dentro del ámbito mercantil, en el cual se cuenta con una legislación y principios generales propios, tendentes a favorecer la agilización de los contratos comerciales, facilitar su prueba, tener en cuenta la vigencia de los usos y prácticas mercantiles como fuentes de interpretación e integración de los contratos, etc.

De igual modo —según la precitada jurisprudencia—, dichas entidades son determinantes en la economía de un país, por sus funciones en relación con el traslado, cambio y custodia de la moneda; así como las relacionadas con las actividades crediticias y de intermediación en el manejo de capitales.

B. Y es que en las operaciones crediticias los bancos fungen como "negociantes de crédito", pues se realizan entre quienes necesitan dinero para sus negocios y los que se encuentran en la situación de desprenderse de su dinero para colocarlo de forma ventajosa. Entonces, son mediadores en el mercado de capitales, que dan a crédito el dinero que ellos reciben. Se trata de operaciones de crédito cuya finalidad —en términos generales— es facilitar el comercio y la industria a los capitales que necesitan para su funcionamiento y desarrollo —Inc. 8-2003–.

Ahora bien, dichas transacciones se caracterizan por la existencia de un desfase en el tiempo transcurrido entre el momento de recibir la propiedad del dinero y en el que debe restituirse una cantidad equivalente. De manera que existe una operación bancaria cuando se produce la transferencia de la propiedad, tanto cuando el banco la reciba de uno de sus clientes, como cuando el banco la transfiera a otro; es decir, sobre este supuesto el banco se encuentra en una permanente y doble posición dentro de los negocios de crédito, resultante de su función intermediario, pues realiza negocios de crédito para captar recursos y hace lo propio, enseguida, para colocarlos.

C. Por las razones anteriores, cuentan con "una regulación especialísima, dado que los bancos manejan fondos del público, y en ese sentido deben existir más controles y regulaciones para salvaguardar los intereses del público depositante, además porque la banca juega un importante papel en la economía de los países; su ejercicio se encuentra sometido a las más estrictas normas, tanto para el nacimiento de las personas jurídicas que tienen por objeto el desarrollo de las actividades bancarias, como para la realización de estas mismas, en la medida en que deben someterse a los parámetros, instrucciones y restricciones que suele imponer el legislador común" —Inc. 8-2003—.

Así, esta Sala ya ha considerado la circunstancia de que el legislador le otorgue a los sujetos bancarios un mecanismo procesal para que puedan recuperar ágilmente los fondos captados del público: el juicio ejecutivo. Este es "un proceso especial, de ejecución, mediante el que se hace efectivo el cumplimiento de una obligación documentada. Tal proceso se halla sometido a trámites específicos, distintos del ordinario —v. gr., menor número de actos, reducción de sus dimensiones temporales y formales—, que le otorgan mayor celeridad en su desarrollo y conclusión" —Inc. 8-2003—. A diferencia del ordinario, no tiene por objeto la declaración de derechos dudosos o controvertidos que deban ser determinados

por el juez, sino que es un proceso configurado con el propósito de efectuar el cobro de un crédito originado en un negocio que sirve de base a la ejecución.

En ese sentido —como ya se ha indicado en la jurisprudencia reseñada—, la citación para la defensa del ejecutado es el acto mediante el cual se acuerda o se otorga al mismo la posibilidad de oponerse a la actuación ejecutiva, valiéndose para ello *del planteamiento de las excepciones previstas por la ley"*.

ENUMERACIÓN DE EXCEPCIONES CONDICIONA LA AMPLITUD DE LA PARTICIPACIÓN DEFENSIVA DEL EJECUTADO

"*2.* Así, *en los juicios ejecutivos promovidos por sujetos bancarios no se excluye la posibilidad de platear excepciones;* pues, incluso dentro de tal proceso, donde se pretende la realización coactiva de un derecho que ya ha sido declarado, y con independencia de la calidad del sujeto que lo haya incoado, *debe existir la posibilidad de plantear excepciones,* por cuanto estas implican *la potestad del demandado para oponerse a la acción del demandante; a través del planteamiento de hechos impeditivos o negativos, que excluyen los efectos jurídicos o niegan el fundamento de la pretensión intentada en contra de aquel.*

Por tanto —como se ha indicado en la precitada Inc. 8-2003 —, *la enumeración de excepciones condiciona la amplitud de la participación defensiva del ejecutado,* derecho —de defensa— que debe preservarse en todo proceso jurisdiccional, incluyendo el proceso ejecutivo incoado por entes bancarios; por lo cual, al demandando debe permitírsele *utilizar todas las excepciones previstas por el legislador.* Máxime, si te toma en consideración que en el juicio ejecutivo al demandado se le conceden menos oportunidades de intervención que en los procesos ordinarios".

ARTÍCULO 65 ORDINAL 2° DE LA LEY DEL BANCO DE FOMENTO AGROPECUARIO TRANSGREDE PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DEBE ENTENDERSE DEROGADO POR EL ARTÍCULO 249 DE LA CONSTITUCIÓN

"**V.** Acotado lo anterior, corresponde analizar el contenido normativo del objeto de control, examinar los argumentos de los intervinientes y establecer si la distinción contemplada en el ordinal 2° del art. 65 de la LBFA quebranta o no el principio de igualdad.

*1.*Acerca de lo primero, el objeto de control establece que toda "acción ejecutiva que el Banco entablare, quedará sujeta a las leyes comunes", con la siguiente modificación: "como excepciones únicamente se admitirán la de pago efectivo y de error en la liquidación".

Del texto reseñado se colige que el juicio ejecutivo *incoado por el BFA* muestra particularidades respecto *del incoado por cualquier otro sujeto* —incluyendo algún otro banco—, específicamente respecto de *la admisión de excepciones, que se reducen a dos: pago efectivo y error en la liquidación.* Por tanto, cuando el BFA promueve un juicio ejecutivo, queda excluida la posibilidad de plantear cualquier otra oposición prevista en la normativa procesal mercantil que no sea una de las aludidas por el precepto impugnado. De tal manera, se restringen las

posibilidades de oposición del demandado por el BFA, no así las posibilidades de intervención de dicho ente.

Además, se advierte que tales modificaciones concurren cuando el BFA actúa como demandante, pero no en caso de que este tenga la calidad de demandado.

2. Respecto de tal contenido normativo los intervinientes han manifestado:

A. a. En cuanto a la autoridad emisora del objeto de control, como se apuntó en el considerando I de esta sentencia, no se analizarán los argumentos que pudo haber expuesto para justificar la constitucionalidad del art. 65 ord. 2° LBFA.

b. Asimismo, en el decreto legislativo en cuya virtud se creó la disposición impugnada tampoco aparecen elementos a favor de su constitucionalidad; pues solo se consignó que para favorecer la agricultura y la actividad agropecuaria era preciso destinar recursos específicos para facilitar el financiamiento, a mediano y largo plazo, a productores agropecuarios de las diferentes categorías, principalmente los considerados como pequeños y de limitados recursos. Fin para el cual resultaba conveniente encomendar la tarea de tal financiamiento a un organismo especializado.

c. De tal forma, a instancia de la autoridad emisora del objeto de control no se incorporaron elementos a favor de la constitucionalidad del art. 65 ord. 2° LBFA.

B. a. Por su parte, el Fiscal General de la República sostuvo que el derecho de igualdad en el proceso lleva implícito el principio de contradicción, ya que, tanto el demandante como el demandado deben tener las mismas posibilidades de alegar, probar o impugnar. Pero si el deudor en el juicio ejecutivo promovido por el BFA solo puede oponer las excepciones de pago efectivo y error en la liquidación, mientras que, si el BFA es el ejecutado, puede oponer cualquier excepción, se advierte un trato diferenciado que vulnera el art. 3 Cn., pues las partes deben tener la misma posibilidad de defensa a través de las excepciones previstas.

b. Añadió que en el proceso jurisdiccional, los contendientes han de contar con los medios necesarios para alegar y probar todo aquello que sea conducente a la afirmación de sus derechos e intereses legítimos; pero la disposición impugnada limita las excepciones que pudieran ser alegadas por las partes, ya que solo admite dos; excluyendo otras como la prescripción, lo cual redunda en beneficio de la parte actora y en detrimento de la parte demandada.

c. Este tribunal converge con lo anterior, puesto que, efectivamente, el precepto impugnado restringe las posibilidades de intervención del demandado por el BFA, a quien únicamente se le permite la alegación de dos excepciones; asimismo, solo restringe las posibilidades de intervención de este, mas no las del BFA.

C. a. Respecto de la cuestión en análisis, la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro indicó que en virtud de la disposición inaplicada el legislador ha dispuesto una regulación con garantías diferenciadas en los procesos ejecutivos, atendiendo a la calidad de uno de los sujetos concernidos, lo cual contraría el principio de igualdad.

Agregó que en el juicio ejecutivo promovido por el BFA solamente se puede oponer dos clases de excepciones, mientras que si el BFA es el ejecutado, este puede oponer cualquier clase de excepción. Debiendo ambas partes tener la

misma participación a través de las excepciones; pues no existe razón que justifique tal diferenciación o desigualdad.

b. En lo que a la Cámara de la Segunda Sección de Occidente concierne, esta sostuvo que debido a lo regulado por la disposición inaplicada, en la tramitación de un juicio ejecutivo ordinario en el que no intervenga el BFA, el ejecutado tiene la oportunidad de alegar un número mayor de excepciones. En cambio, en la tramitación de un juicio promovido por el BFA, la parte ejecutada solo puede alegar dos excepciones. De tal manera, los medios de defensa que tiene una persona natural o jurídica frente a una acción interpuesta por otra persona natural o jurídica no son los mismos que posee cuando la acción es interpuesta por el banco citado.

c. Esta Sala también comparte el criterio expuesto por las aludidas autoridades; pues, como se indicó en considerando III, en virtud del principio de igualdad, el legislador, al momento de configurar la normativa secundaria, *debe tratar de manera paritaria a los que se encuentran en situaciones equiparables,* evitando *establecer normas que impliquen restricciones en el goce de los derechos de los sujetos, basadas en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.* Y específicamente dentro de un proceso jurisdiccional, en virtud de la igualdad procesal, las partes involucradas están en igualdad de derechos, obligaciones y cargas procesales; debiendo existir identidad de armas entre los contendientes.

3. Ahora bien, vistos los argumentos de los intervinientes y a la luz de las consideraciones precedentes, corresponde efectuar el juicio de igualdad, a fin determinar si la distinción dispuesta por el objeto de control contraviene o no el art. 3 Cn.

A. a. Como se ha reiterado en esta sentencia, en el presente proceso *se rebate la regla que establece el art. 65 ord. 2° de la LBFA,* pues determina que únicamente se admitan la excepción de pago efectivo y error en la liquidación, mientras que la legislación mercantil permite más excepciones.

b. En ese sentido, para dirimir la cuestión se compararán dos normas establecidas en leyes secundarias; vista tal circunstancia, es preciso reiterar que esta Sala no tutela normas infraconstitucionales, pues su competencia en el proceso de inconstitucionalidad es establecer si existe o no el contraste normativo entre las disposiciones constitucionales que, ya sea el actor o alguna autoridad jurisdiccional, propone como fundamento material de su pretensión y el respectivo objeto de control también así propuesto. De tal forma, en este caso, el parámetro de control es el principio de igualdad establecido en el art. 3 inc. 1° Cn., en cuya virtud se analizará si el precepto legal inaplicado efectivamente establece una regla que vulnera dicho principio, en relación con el trato normativo que, a la misma situación, provee otro precepto legal.

B. En ese orden, para esclarecer si existe el alegado trato contrario al principio de igualdad, es necesario determinar el contenido normativo de dos preceptos legales: el del impugnado, y el del precepto legal con el cual se compara.

a. Así, el precepto impugnado *efectivamente establece reglas diferenciadas respecto de la admisión de excepciones para los procesos ejecutivos incoados*

por el BFA, pues en tales procesos solo son admisibles el pago efectivo y el error en la liquidación.

b.Por su parte, el precepto con el cual debe compararse, el art. 464 del CPCM, establece que "serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición: 1°. Solución o Pago efectivo. 2°. Pluspetición, prescripción o caducidad. 3°. No cumplir el título ejecutivo los requisitos legales. 4°. Quita, espera o pacto o promesa de no pedir. 5°. Transacción".

c. Al comparar ambas disposiciones, se advierte un trato dispar entre sí, respecto de la amplitud de las excepciones u oposiciones admisibles en el proceso ejecutivo; pues, cuando el proceso sea incoado por el BFA solo serán admisibles la excepción de pago efectivo y el error en la liquidación; mientras que en el proceso ejecutivo promovido por cualquier otra persona natural o jurídica —incluso un ente bancario— se admiten otras excepciones.

Por tanto, el objeto de control limita considerablemente *la potestad del demandado para oponerse a la acción del demandante a través del planteamiento de hechos impeditivos o negativos, que excluyen los efectos jurídicos o niegan el fundamento de la pretensión intentada en su contra.* Y de tal manera, se reduce la *amplitud de la participación defensiva del ejecutado* en un proceso iniciado por el BFA, respecto de la que se tiene en un proceso del mismo tipo promovido por cualquier otro ente; pues la normativa común aplicable contempla más motivos de oposición que los previstos por el objeto de control. Además, las limitantes relacionadas recaen solo sobre uno de los sujetos procesales: el demandado por el BFA, pero dejan indemnes las potestades de actuación que regularmente tiene el referido banco, con lo cual se genera una desigualdad procesal.

d. Sin embargo, tal distinción en el trato normativo, y las consecuencias jurídicas peyorativas que generan en las personas demandadas en un juicio promovido por el BFA no implican, necesariamente, una vulneración al principio de igualdad; pues existe la posibilidad de que haya una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas, con lo cual se superaría el test de constitucionalidad de la norma inaplicada.

Como se indicó en acápite IV, si bien, por la naturaleza de las transacciones bancarias, se admite la posibilidad de que el legislador configure una normativa especial para los juicios promovidos por sujetos bancarios, no se excluye la *posibilidad de platear excepciones.*

En ese sentido, debía justificarse la reducción de las excepciones admisibles en el proceso ejecutivo incoado por el BFA, respecto de las que pueden plantearse en un juicio de igual naturaleza promovido por otro sujeto. Tal circunstancia no ha ocurrido en el presente caso, pues, según se apuntó, no se han incorporado argumentos a favor de la constitucionalidad del objeto de control, ni fueron consignados en el decreto legislativo que le dio origen.

C. En consecuencia, esta Sala concluye que la distinción hecha por el art. 65 ord. 2° LBFA respecto de las excepciones que admisibles en el juicio ejecutivo incoado por el BFA *contradice el principio de igualdad* establecido en el art. 3 inc. 1° Cn., ya que instaura un trato desigual que genera una disminución en las posibilidades de intervención de la persona demandada en un juicio ejecutivo por el citado banco, pues las excepciones que le son admisibles son menos que las

previstas en otro precepto legal —art. 464 CPCM —; ya que por lo estipulado en el objeto de control solo se admiten la excepción de pago efectivo y la de error en la liquidación, mientras que el art. 464 del CPCM admite las excepciones pluspetición, prescripción, caducidad, no cumplir el título ejecutivo los requisitos legales, quita, espera, pacto o promesa de no pedir y transacción. Generando, por tanto, una consecuencia jurídica menos benéfica en las personas demandadas en juicio ejecutivo por el citado ente bancario en relación con las personas demandas por cualquier otro ente en ese mismo tipo de proceso; sin que se haya encontrado alguna justificación para dicho trato desigual.

De tal manera, es preciso declarar la contradicción del ord. 2° del art. 65 LBFA con el principio de igualdad previsto en el art. 3 inc. 1° Cn., y; por tanto, corresponde aplicar la cláusula derogatoria establecida en el art. 249 Cn.

4. Como consecuencia de lo anterior, resulta inoperante examinar si el precepto impugnado conculca los derechos de defensa y audiencia contemplados en el art. 11 Cn.

4. Finalmente, esta Sala estima necesario aclarar que, como se arriba se indicó —apartado II.1—, el ord. 2° del art. 65 LBFA es un precepto preconstitucional; por lo que el control constitucionalidad realizado solo obedece a razones de seguridad jurídica, pero la sentencia de fondo en dicho proceso no produce la invalidación de la disposición o cuerpo normativo objeto de control, sino que se limita a constatar de un modo general y obligatorio la derogación producida por el art. 249 Cn. el 20-XII-1983.

Ahora bien, según la jurisprudencia de este tribunal —sentencia de 9-VII-2014, Inc. 5-2012—, ello provoca dos consecuencias importantes: la primera, que en tanto constatación, los efectos de la sentencia que decide sobre la legitimidad constitucional de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional, *por regla general,* se retrotraen siempre al 20-XII-1983; es decir, no se trata de una constatación constitutiva, como en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, sino de una constatación declarativa. La segunda consecuencia es que, constatada tal derogación por esta Sala, de un modo general y obligatorio, la disposición sobre la cual recaiga dicha constatación ya no puede ser aplicada por los funcionarios judiciales y administrativos, por haberse establecido que es una disposición inexistente.

Por tanto, en el fallo a pronunciar esta Sala se limitará a declarar de modo general y obligatorio que el objeto de control fue derogado el 20-XII-1983, fecha en que entró en vigencia la Ley Suprema. Sin embargo, como se estableció en la sentencia de 21-IV-2011, Inc. 16-2005, este tribunal tiene la facultad de graduar los efectos del fallo, los que en el presente caso serán de observancia general a partir de la notificación de esta sentencia.

Lo anterior implica que los efectos concretos de la sentencia de inconstitucionalidad en la que se constate la derogación general de las normas preconstitucionales dependerán de una ponderación, frente al caso concreto particular, del alcance de dos principios: la supremacía de la Constitución —que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es, retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica —que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro— .

Así, esta Sala aclara: (i) la sentencia estimativa en el proceso de inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales produce efectos retroactivos; es decir, que la norma inaplicada por la autoridad requirente, quedó derogada desde el momento que entró en vigencia la Constitución de la República; sin embargo, este tipo de fallo puede menoscabar la seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas, derechos adquiridos consolidados y efectos jurídicos ya producidos, lo cual se encuentra prohibido por el principio de seguridad jurídica —art. 2 Cn.—. De tal modo, haciendo uso de la facultad de modulación de los efectos de las sentencias pronunciadas en los procesos de inconstitucionalidad, este tribunal determina que *la presente sentencia surtirá sus efectos jurídicos hacia el futuro;* en consecuencia, para el caso sub iúdice, (ii) los procesos resueltos de conformidad con el objeto de control con anterioridad a la notificación de esta sentencia, constituyen resoluciones judiciales, que fueron pronunciadas en el ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales de los órganos jurisdiccionales competentes en materia mercantil, que no podrán ser modificados o revisados con fundamento en los argumentos expuestos en la presente sentencia. Por tanto, las situaciones jurídicas ordenadas según la ley inconstitucional *que ya están firmes,* no pueden ser sometidas a revisión por la jurisdicción ordinaria o constitucional en los procesos concretos de su competencia; pues dicha declaratoria no comporta la anulación de los actos jurídicos dictados en ejecución del precepto legal cuya derogatoria se declara, en cuanto constituyen situaciones jurídicas consolidadas —como se sostuvo en las sentencias de 23-I-2013, 14-X-2013 y 13-VI-2014, Incs. 49-2011, 77-2013 y 18-2014, respectivamente—".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 50-2012AC, fecha de la resolución: 13/05/2015.

JUNTA DE VECINOS

SOBERANÍA POPULAR IMPLICA QUE LA GESTIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS AFECTA A LA GENERALIDAD

"III. 1. El principio de soberanía popular se encuentra consagrado en la segunda frase del art. 83 de la Cn., el cual establece: "La soberanía reside en el pueblo [...]". Esto significa que el pueblo es el titular del poder soberano, en el sentido de que todas las normas jurídicas y cargos públicos que ejercen poder real emanan directa o indirectamente de la voluntad popular.

Así, la *soberanía popular* implica que la gestión de los asuntos públicos afecta a la generalidad, y en esa medida, tiene interés en la misma. Por ello, el destino de la sociedad debe ser decidido por todos sus integrantes, debiendo reconocerse a cada ciudadano un voto con el mismo valor. En otras palabras: (i) las decisiones generales que afectan el destino colectivo debe tomarlas el pueblo; (ii) todos los cargos que ejercen poder público deben ser de elección popular o derivados de los cargos de elección popular; y (iii) las decisiones las toma la mayoría, atendiendo a sus intereses, pero con respeto a las minorías (sentencia 9-VII-2014, Inc. 52-2014)".

PROCESOS ELECTORALES SON EL ORIGEN DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR ELECCIÓN

"2. A. El gobierno democrático y representativo —art. 85 inc. 1° de la Cn.— demanda de quienes son elegidos como representantes del pueblo, un compromiso con el mismo, en el sentido de que no actúan en nombre o a favor de grupos de poder o de sectores determinados, sino de todos y cada uno de los miembros que conforman la sociedad salvadoreña, y que —por tanto— deben tomar en cuenta la voluntad y los intereses de la totalidad de sus representados. Este sistema se da a través de las elecciones que posibilitan que los ciudadanos ejerzan un control sobre los actos de sus representantes y reduce las posibilidades de que éstos procedan por su cuenta en forma arbitraria.

B. De esta manera, los procesos electorales son el origen de la *legitimación* de los funcionarios públicos de elección que se da a través del sufragio. En El Salvador, las elecciones de los gobernantes se realizan a través de dos vías: (i) elección de primer grado, en la cual se elige a los representantes por medio de una votación directa —*Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano, y los miembros de los Concejos Municipales (arts. 80 inc. y 202 Cn*)—; es decir, que los electores participan de manera inmediata en la designación de los funcionarios del gobierno; y (ii) elección indirecta, la cual implica que los ciudadanos designan a sus representantes, quienes a su vez eligen a otros funcionarios para el ejercicio de determinados cargos".

DERECHO AL SUFRAGIO

3. A. En torno a la elección de primer grado, el *soberano es quien elige*, por medio del ejercicio del *derecho al sufragio*, el cual descansa sobre tres elementos: el principio de soberanía popular; la democracia como forma de gobierno; y la representación política. Lo anterior se afirma porque la elección popular de los gobernantes sirve, tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno, como para que los gobernantes ejerzan la calidad de representantes del mismo.

Por ello, el sufragio se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política. Así concebido, el sufragio se puede definir como un *procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente*, a fin de designar a los titulares del poder político (sufragio electoral) —sentencia de 1-X-2014, Inc. 66-2013—.

B. En la sentencia de 26-VI-2000, Inc. 16-99, se señaló que el derecho al sufragio tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo.

Según el primero, el sufragio aparece como una facultad del ciudadano (derecho de libertad) garantizada por el ordenamiento jurídico, es decir, *la facultad constitucional de elegir a las personas que se desempeñarán en los órganos representativos de gobierno* —art. 72 ord. 1° Cn. —. También son expresión de este sentido subjetivo las facultades de elegir y de presentarse como candidato. Conforme al segundo, el derecho al sufragio es un principio básico del ordenamiento democrático. Visto como principio, el sufragio tiene

una dimensión institucional indiscutible que radica en el hecho de que sin sufragio no hay democracia".

DERECHOS POLÍTICOS COMO DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

"Desde tales perspectivas, los derechos políticos se han caracterizado como *derechos de participación* que generan un conjunto de condiciones positivas para posibilitar que el ciudadano participe en la vida política; en otras palabras, son derechos que representan todos los instrumentos que posee el ciudadano para participar activamente en la vida pública o, si se quiere, el poder político con el que cuenta aquél para participar, configurar, incidir y decidir en la vida política del Estado.

En esa línea, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en sus sentencias de 23-VI-2005, 6-VIII-2008 y 23-VIII-2013, *Casos Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Yatama vs. Nicaragua y, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, respectivamente, ha sostenido que "[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos"; *es por ello que, el ejercicio de todo cargo público de elección popular se legitima constitucionalmente por la realización de elecciones libres, democráticas y periódicas, en las que se garantice al cuerpo electoral la posibilidad real y efectiva de poder elegir, configurar e incidir en la estructura interior de los órganos de representación política estatal, por medio de la emisión del sufragio ac*tivo (sentencia de 1-X-2014, Inc. 66-2013, ya citada)".

TODO AQUÉL QUE PRETENDA GOBERNAR UN MUNICIPIO DEBE CONTAR CON LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DIRECTA

"C. Como corolario de lo anterior y de conformidad a los arts. 80 inc. 1° y 202 Cn., este Tribunal considera que, todas las personas que pretendan gobernar el municipio deben contar *con legitimidad constitucional democrática directa, derivada estrictamente del sufragio ejercido por el cuerpo electoral,* ya que es necesario garantizar una administración municipal que fortalezca la intervención de los ciudadanos en la vida de sus propias comunidades a través del gobierno local, ya que es en este nivel en donde se produce la iniciación de la intervención del ciudadano en los asuntos de carácter público que, por atañer directamente a sus intereses más cercanos, lo incitan a interesarse en las actividades del municipio (Cfr. con el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, Título VI, Capítulo VI, Sección II).

IV. *1.* Con respecto al *principio de indelegabilidad de funciones*, establecido en el art. 86 inc. 1° Cn., es preciso traer a cuenta la sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, en la cual se afirmó que el poder público al que hace referencia el mencio-

nado precepto constitucional, no radica en órgano alguno del Gobierno, sino que emana del pueblo, y se incorpora en las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, según lo prescrito en la Constitución, dicho poder se ejerce mediante los órganos que componen el Gobierno; para tal fin, la Constitución atribuye a los órganos de gobierno potestades —v. gr., la potestad legislativa, la potestad ejecutiva y la potestad jurisdiccional— cuyo contenido es distinto en relación con los órganos constituidos. Ello obedece a la idea de que el poder no debe estar concentrado en una sola mano, y la idea rectora de que el ejercicio dividido —o separado— del poder constituye un mecanismo de control y limitación del mismo, así como de respeto de los derechos de los individuos frente al Estado (sentencia de 5-IV-2005, Inc. 46-2003).

2. En plena concordancia con lo anterior, la Ley Suprema consagra el principio de indelegabilidad de las atribuciones de los órganos del Gobierno —art. 86 inc. 1° Cn.—, el cual parte de la constatación que cada órgano del gobierno 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.

Así, la distribución del poder en el sistema jurídico-constitucional salvadoreño obedece básicamente a un esquema competencial, de manera que las funciones esenciales al Estado —legislar, administrar justicia, entre otras— se encuentran disgregadas en distintos órganos, con la finalidad que éstos las ejerzan con independencia respecto de los otros.

Esto significa que el conjunto de las atribuciones jurídico-políticas y jurídico-administrativas comprendidas en la competencia de cada órgano es —en principio— improrrogable, es decir, no puede ser transferido por su titular a un órgano distinto (sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003, ya citada). De lo contrario, la posibilidad de delegación podría soslayar la distribución de poder pretendida por el reparto constitucional de las competencias de cada órgano (sentencia 5-XII-2012, Inc. 13-2012).

3. Sin embargo, también se ha reconocido que entre unidades administrativas de un mismo órgano, o entre un órgano del Gobierno y un ente descentralizado, la delegación puede operar como un medio técnico para optimizar el desempeño de la Administración Pública, en términos de eficiencia y eficacia (sentencia de 20-I-2009, Inc. 84-2006). En tales casos, se trata de la aplicación de un principio de distribución y especialización de funciones o labores que, junto con otros beneficios, favorece la gestión técnica de los asuntos, desconcentra su atención por los niveles superiores de cada órgano y reduce los tiempos de respuesta de la Administración. La condición de validez de esa delegación es que esté prevista en una disposición con el mismo rango que la que ha otorgado la competencia delegada, esto es, una ley en sentido formal (sentencia de 14-XII-201 1, Amp. 517-2009).

4. Lo dicho hasta aquí basta para afirmar que el principio de indelegabilidad de las atribuciones de los órganos de Gobierno implica que ninguno de los poderes públicos puede desprenderse de las atribuciones que la Constitución le ha asignado y conferirla a otro de dichos órganos; entendiendo que la delegación puede operar únicamente entre unidades administrativas de un mismo órgano o entre un órgano del Gobierno y un ente descentralizado; por tanto, *ninguna autoridad*

pública puede conferir atribuciones constitucionales de un órgano público —cuyo miembros deben ser elegidos por votación popular— a otro ente público o privado, ya que esto afectaría la participación y representación política de los ciudadanos".

DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES AL PODER NORMATIVO

"V. *1. Los derechos fundamentales se erigen como límites al poder normativo*. Y es que, aquellos son un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que éstos deben orientarse. En el Estado Constitucional, los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos; en tanto que libertades, potestades, pretensiones son protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión —objetiva y subjetiva— se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares.

En ese orden, dentro de los límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma directa, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, que, por el contrario, demanda a los propios poderes adecuar su actuación al ejercicio de los derechos fundamentales, se encuentra el deber de garantizar el ejercicio del derecho al sufragio en su dimensión activa.

B. En definitiva, todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones negativas y positivas de libertad, razón por la cual dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse que: (i) imponen deberes no sólo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos; (ii) demandan prestaciones, que pueden adoptar carácter individual o colectivo; y, (iii) en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes. El basamento de esto es que los derechos fundamentales, además de erigirse en límites a la ley, constituyen su objeto de regulación (sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005). Por ello, el legislador tiene una vinculación negativa y una vinculación positiva en relación con los derechos fundamentales. Esta última es la que, justamente, le impone a tal órgano la tarea de promoción legislativa de los mencionados derechos desde su carácter objetivo".

ATRIBUCIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE CREAR, FUSIONAR E INCORPORAR MUNICIPIOS DEBE RESPETAR EL DERECHO AL SUFRAGIO

"Bajo tales premisas, la Ley Suprema *no* establece qué Órgano de Estado podrá crear municipios; a falta de tal previsión normativa, el art. 19 CM prescribe que el Órgano Legislativo es a quien corresponde crear, fusionar e incorporar los municipios, los cuales, de conformidad con el art. 202 Cn., serán regidos por un Concejo Municipal que estará formado de un Alcalde, un Síndico y dos o más Regidores cuyo número será proporcional a la población; tales funcionarios públicos —como ya se adelantó— son de elección popular, a tenor de lo dispuesto en el art. 80 inc. 1° Cn., la cual se realiza por medio del ejercicio del derecho al sufragio activo.

C. A partir de *la relación internormativa de las disposiciones jurídicas antes citadas y que la Constitución de la República tiene entre sus objetivos estructurar el ejercicio del poder político en la sociedad y garantizar los derechos de las personas, este Tribunal advierte que la atribución del Órgano Legislativo para crear, fusionar e incorporar municipios debe respetar el ejercicio del derecho al sufragio, porque, además de (i) ser la manera en como los ciudadanos buscan de forma directa decidir, participar e incidir en la vida política municipal, en principio, (ii) no existe una razón que justifique suficientemente que el municipio inicie operaciones sin la participación de sus ciudadanos, expresada en la elección del Concejo Municipal, ya que los asuntos que éste desarrolle afectará de forma inmediata la vida de aquellos —arts. 78, 80 inc. 1° y 202 Cn.—".*

GOBIERNO LOCAL ÚNICAMENTE PUEDE EJERCERSE POR AQUELLOS ELECTOS DEMOCRÁTICAMENTE

"VI. 1. A continuación se realizará el examen de los motivos de inconstitucionalidad planteados.

1. Básicamente, la parte actora alegó que el contenido material del objeto de control permite al Ministerio de Gobernación elegir una Junta de Vecinos que administrará el municipio hasta la toma de posesión del Concejo Municipal electo, lo cual, a su juicio, contraviene los arts. 80 inc. 1°, 86 inc. 1° y 202 Cn., porque dicho ente desarrollará las funciones inherentes de los Concejos Municipales, sin que hayan sido electas de forma directa por el cuerpo electoral. En contraposición a dicha tesis, en términos generales, la autoridad demandada y el Fiscal General de la República explicitaron que la Junta de Vecinos tendrá un carácter logístico y transitorio, con la función de ejercer ciertas actividades ante determinadas situaciones, por consiguiente, en su opinión, las personas que integran tal organización, no son funcionarios de elección popular, por ende, no desarrollan las atribuciones y competencias asignadas constitucional y legalmente para los Concejos Municipales.

A. Con respecto a los argumentos de la Asamblea Legislativa y del Fiscal General de la República, este Tribunal considera que no son atendibles y por lo tanto, deben de ser rechazados. Tal posición se justifica en atención a las siguientes razones: (i) los demandantes no han cuestionado la transitoriedad de la Junta de Vecinos, sino su función en la etapa de creación del municipio; en ese orden, es forzoso afirmar la transitoriedad de la Junta de Vecinos nombrada por el Ministro de Gobernación, debido a que la Constitución manda a que sean los Concejos Municipales quienes gobiernen los municipios; (ii) sí bien, han hecho alusión a que el ente tendrá un carácter "logístico", tal aspecto irrespeta el deber del Órgano Legislativo de ejecutar sus atribuciones —creación, fusión e incorporación de municipios— a la luz de los derechos fundamentales —derecho al sufragio activo—, en la forma anteriormente explicitada por esta Sala; es decir, (*iii) la existencia constitucional del municipio debe iniciar simultáneamente con la toma de posesión de su Concejo Municipal, puesto que es la expresión máxima de soberanía popular y de representación política del ciudadano, de conformidad con lo prescrito en los arts. 78, 80 inc. 1° y 202 Cn. —en cuanto al ámbito local se refiere—.*

B. Al entrar en el tenor literal de la disposición legal sometida a enjuiciamiento constitucional, se advierte que contempla dos aspectos a considerar: (i) existe un desfase entre la creación del municipio y la toma de posesión del Concejo Municipal constitucionalmente electo; es decir, expresamente se colige el ejercicio previo de la atribución prescrita en el art. 19 CM; (ii) que durante el lapso de tiempo entre la creación el municipio y la toma de posesión antes aludida, la Junta de Vecinos —nombrada por el Ministro de Gobernación— administrará el municipio, lo cual implica la realización de acciones, planes, políticas que afectarán directamente a la población de la circunscripción territorial de la nueva corporación local.

2. El gobierno local únicamente puede ejercerse por aquellos electos democráticamente. El gobierno local, en donde se incluye la administración del municipio, es una de las muchas atribuciones que debe desarrollar el Concejo Municipal en el ejercicio de sus funciones, por ende, para realizar dicha actividad es ineludible que quienes lo compongan tengan legitimación democrática directa otorgada por todos los ciudadanos del municipio en elecciones libres, en las que el cuerpo electoral haya ejercido su derecho al sufragio activo, después de conocer todas las opciones políticas".

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 21 INC. 2° DEL CÓDIGO MUNICIPAL, POR CONTEMPLAR QUE LA JUNTA DE VECINOS ADMINISTRE EL MUNICIPIO, SIN QUE SUS MIEMBROS HAYAN SIDO ELECTOS POPULARMENTE

"*Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que, en el sistema jurídico- político salvadoreño, el Concejo Municipal —única autoridad que constitucionalmente está autorizada para administrar el municipio— será electa exclusivamente por medio del ejercicio del sufragio, el cual es un procedimiento institucionalizado, mediante el cual, los ciudadanos se manifiestan políticamente a fin de designar a los titulares del poder político —local—, en consecuencia, ninguna otra autoridad pública o privada puede administrar el municipio, puesto que ello implicaría una contravención a los principios de democracia representativa e inderogabilidad de las funciones.*

En consecuencia, al establecerse en el art. 21 inc. 2° CM la posibilidad que un cuerpo colegiado pueda administrar el municipio sin haber sido electo popularmente, se concluye que el objeto de control es inconstitucional, por contravenir los Art. 80 inc. 1°, 86 inc. 1° y 202 Cn., y así deberá declararse en el fallo".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 76-2011, fecha de la resolución: 19/01/2015.

LEY DE PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DEL ARRESTO O MULTA ADMINISTRATIVOS

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL SON EXIGIBLES CON LAS PARTICULARIDADES NECESARIAS AL ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

"4. Siendo entonces, indistinto el gravamen aflictivo de las sanciones gubernativas con las jurisdiccionales-penales, se ha llegado a sostener de firma

mayoritaria, tanto por la doctrina penal como por la administrativa, que estamos en presencia de un único poder estatal de castigar –ius puniendi– que se bifurcaen una u otra dimensión atendiendo avaloraciones políticas y de oportunidad conforme a las finalidades de ordenación que se persiguen. Lo cual ha llevado a señalar por parte de esta Sala, que los principios inherentes a la aplicación del Derecho penal –sustantivo y procesal– son exigibles, con las particularidades necesarias, al ámbito administrativo sancionador. Esto ha permitido una progresiva introducción de las garantías y principios tradicionales del orden jurídico penal al administrativo sancionador.

Al efecto, en la sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, se enumeraron principios tales como el de legalidad formal, reserva de ley, tipicidad, prohibición de la retroactividad, interdicción de la analogía, proporcionalidad de la sanción y culpabilidad.

En particular, resalta con toda nitidez el desarrollo que el principio constitucional de legalidad ha tenido en materia administrativa sancionadora, lo que conlleva la previa determinación de las conductas infractoras así como de sus sanciones bajo un obligado producto de carácter legislativo. Lo que implica una garantía de libertad y seguridad jurídica ante cualquier restricción de derechos fundamentales que pueda efectuarse en el ejercicio de la actividad administrativa.

Adicionalmente, se entiende al procedimiento administrativo como un medio de garantía a favor del administrado ante una eventual sanción, lo que implica que en su desarrollo deben ser respetadas garantías tales como la existencia de un procedimiento contradictorio, la presunción de inocencia, la defensa técnica y el acceso a los medios impugnativos necesarios para controvertir la decisión desfavorable. A esto hace referencia el art. 14 Cn., cuando relaciona la aplicación del “debido proceso” en sede administrativa.

Sobre ello, en la sentencia de 14-III-2009, HC 19-2008, se afirmó acerca de la potestad de restringir el derecho de libertad personal, que la autoridad administrativa debe cumplir previamente con el respeto a la garantía del juicio previo así también con el derecho de audiencia y el de defensa, el cual comprende la oportunidad de controlar la prueba de cargo, controvertirla, refutarla y ofrecer prueba de descargo en un término previamente designado para ello.

En similares términos, y de forma más reciente, en la sentencia de 29-IV-2013, Inc. 18-2008, se estipuló que dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios, resulta exigible el cumplimiento de los principios, derechos y garantías que conforman el denominado proceso constitucionalmente configurado, antes de concluir con una decisión declarativa acerca de la existencia o no de un ilícito administrativo y la aplicación de la sanción respectiva”.

POSTULADOS DE UNA PROGRESIVA JURIDIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

“5.Es perceptible entonces, que nos encontramos ante una progresiva juridificación de la actividad sancionatoria de la Administración, que a grandes rasgos puede sintetizarse en los siguientes postulados: *(a)*su actuación debe estar regida por una ley emitida por el Órgano Legislativo que enuncie tanto las

sanciones como las infracciones, aún y cuando dicho producto normativo pueda ser excepcionalmente complementado en aspectos colaterales por la actividad reglamentaria –el principio de reserva de ley formal–; *(b)* la determinación del cometimiento de una infracción y su correspondiente castigo, debe efectuarse conforme un procedimiento formalizado en el que se respeten las garantías básicas del *proceso constitucionalmente configurado; y (c)* tiene que existir un control jurisdiccional sobre las actividades anteriormente mencionadas, que puede ser ejercido tanto por la jurisdicción contenciosa administrativa como por la jurisdicción constitucional –art. 172 inc. 1° Cn.–."

LIBERTAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA DE RANGO FUNDAMENTAL

"IV**.** *1*. En la sentencia de 14-V-2009, HC 19-2008, se afirmó a la libertad como una categoría jurídica de rango fundamental y cuyo reconocimiento constitucional se encuentra en los arts. 2 y 4 Cn., los cuales establecen que todas las personas tienen "derecho a la libertad". Se ha entendido igualmente como un elemento inherente al Estado Constitucional de Derecho y un valor fundamental derivado de nuestra herencia humanista. En tal sentido, la libertad –como la igualdad– es una proyección inmediata e inseparable de la dignidad humana, de manera que la convivencia social sólo es posible a partir de su reconocimiento, así como de la adecuación permanente de los medios para garantizar en cada época su eficacia.

En un sentido específico, si bien se ha entendido circunscrito a la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos –la denominada *libertad negativa–,* en el ordenamiento constitucional salvadoreño, 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 –lo que se conoce como *libertad positiva* o *auto-determinación–.* La primera se refiere a una cualificación de la acción, la segunda una cualificación de la voluntad. En este sentido, en la sentencia dictada el 27-VIII-2014, Inc. 79-2011, se afirmó que la libertad personal constituye la facultad de auto-determinación o la posibilidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones, sin injerencias legales o arbitrarias de terceros. Por ello, un presupuesto fundamental de dicha auto-determinación es la disposición de la persona sobre sí misma y sobre sus acciones en relación con el espacio físico, es decir, la posibilidad de ir y venir de acuerdo con su voluntad y fines.

2. Por otra parte, el mismo derecho impone: *(a)* su carácter de límite al poder estatal consagrado a favor de la persona humana, de manera que toda autoridad debe abstenerse de ejecutar actos que quebranten o interfieran con su goce, siendo admisibles únicamente las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico; y *(b)* su reconocimiento universal o *erga omnes,* que significa su pertenencia a toda persona humana con independencia de sus condiciones particulares tales como edad, sexo, ocupación y nacionalidad entre otras, debiendo preservarse el goce de tal derecho tanto si se trata de un nacional como de un extranjero.

3. En lo relativo a las limitaciones, dentro del esquema constitucional, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada de hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que no existan razones suficientes para su restricción –consagración normativa de protección de terceros o de interés general–. Tales limitaciones deben relacionarse con los valores fundamentales del ordenamiento constitucional tales como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común –al respecto, sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96–. En caso que esto no se cumpla, la limitación a la libertad puede considerarse ilegal o arbitraria.

En tal sentido, la ilegalidad de la cual puede adolecer una medida limitatoria puede devenir de la falta de cobertura legal suficiente que la ampare (lo que se relaciona con el principio constitucional de la reserva de ley formal), mientras su arbitrariedad sobreviene cuando resulte desproporcionada, irrazonable o lesiva de la afectación de su contenido esencial".

TIEMPO COMO LÍMITE CUANTITATIVO DE LAS INJERENCIAS TOLERABLES EN LA ESFERA JURÍDICA DE LAS PERSONAS

"4. En la sentencia dictada el 27-VIII-2014, Inc. 79-2011, se reconoció que en el ámbito del derecho a la libertad física existe una dimensión temporal que debe ser tenida en cuenta.

Desde esta óptica, el tiempo funciona como un límite de carácter cuantitativo de las injerencias que pueden ser toleradas en la esfera jurídica de las personas. Así proporciona seguridad –al reducir la incertidumbre– y libertad –al posibilitar la previsión del plan de vida– a los afectados, reportando entonces una *función de garantía.* Y es que verdaderamente, la lesión a este derecho no implica la mera contención especial del desplazamiento físico, sino que suspende o altera su contacto con otros, interrumpe su actividad laboral, económica o productiva, recorta la disposición propia de las formas y momentos para atender sus necesidades básicas, colocándole en una situación de molesta dependencia respecto de sus celadores, y abre la posibilidad de efectos negativos futuros e indeterminados sobre su imagen social o sus planes de vida, de un modo más intenso que otras sanciones o medidas.

Ese perjuicio, derivado de todo lo anterior, se incrementa a medida que la privación de libertad se prolonga en el tiempo, de ahí que, la existencia de un límite de duración cumple una importante función protectora. Por tal motivo, es que la Constitución es sumamente clara y explícita con relación a este derecho fundamental –arts. 13 y 14 Cn.– fijando directamente los plazos de ciertas formas de privación de libertad y prohibiendo su carácter perpetuo –art. 27 Cn.

1. El derecho de libertad personal, si bien se restringe de forma regular en el ámbito penal, también se permite a la Administración hacerlo previa realización de un procedimiento de acuerdo a lo estipulado en el art. 14 Cn.; sin embargo, *la potestad sancionadora de la Administración se encuentra jurídicamente limitada tanto por la ley como por la Constitución. El primer tópico se relaciona con el principio constitucional de reserva de ley; y en cuanto al segundo, al respeto de aquellos límites que expresamente la misma Constitución impone".*

RESPETO AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY COMO GARANTÍA DE LIBERTAD

"2. Respecto al *principio de reserva de ley,* se ha entendido como una técnica de distribución de potestades a .favor del Órgano Legislativo en el que ciertas materias sólo pueden ser reguladas de forma exclusiva por el mismo.

El fundamento de ello radica en que únicamente el organismo colegiado en mención, puede garantizar a los ciudadanos el conocimiento y debate de las diferentes propuestas y posiciones sustentadas por los diversos grupos parlamentarios conforme el principio democrático. En otros términos, la preferencia de la ley formal en ciertas materias proviene de la legitimación que posee la Asamblea Legislativa, al representar a la voluntad general.

Conforme lo anterior, esta Sala ha señalado en diferentes pronunciamientos que los ámbitos regularmente sometidos a la cobertura del principio de reserva de ley, son aquellos relacionados básicamente con el patrimonio, la libertad, la seguridad y la defensa. Pero, con un especial énfasis, lo que comprende la tipificación de conductas ilícitas y sus sanciones.

En tal sentido, cuando se decide sancionar un comportamiento mediante la privación o restricción de un derecho fundamental, deberá efectuarse mediante la producción de una *ley formal,* es decir, aquel producto normativo emitido por el legislador, y en el que se establezca de forma previa, precisa e inequívoca la materia de prohibición así como su consecuencia jurídica.

Esto nos lleva a afirmar, que el principio constitucional en análisis, implica que la única fuente creadora de delitos, penas, medidas de seguridad, infracciones, sanciones administrativas y modalidades agravatorias es la ley. Por ende, el Derecho Administrativo Sancionador, al igual que el Derecho Penal, se encuentra sujeto a tal exigencia, y no puede la Administración Pública crear por sí misma ilícitos y sanciones de forma reglamentaria; debiendo quedar circunscrita la potestad normativa de la Administración a un necesario carácter complementario de la ley, siempre y cuando ésta última lo habilite.

La reserva de ley se constituye, en otras palabras, en una verdadera garantía de libertad respecto a los ámbitos vitales de los ciudadanos".

ARRESTO NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE MÁXIMO DE CINCO DÍAS

"3. Sin embargo, aún y *cuando las limitaciones a derechos .fundamentales tales como la libertad, pueda efectuarse conforme a una ley emitida por el Legislativo, esta última no puede traspasar los límites temporales que aparezcan expresamente establecidos por la Constitución.*

En efecto, conforme a la jurisprudencia emitida por esta Sala, se ha sostenido que si bien la autoridad administrativa tiene reconocida una competencia constitucional para imponer el arresto; existen dos condiciones que deben ser cumplidas: *(a)* respetar las garantías contenidas en la noción del debido proceso o proceso constitucionalmente configurado; y *(b)* no exceder en cuanto a su imposición el límite máximo de cinco días -al respecto, sentencia de 19-III-98, Habeas Corpus 70-98–.

Así, conforme a lo establecido en los razonamientos anteriores, el derecho de libertad no implica únicamente una protección ante los actos de privación o restricción ilegal que puedan ejecutarse tanto por el Estado como por los particulares; sino que también, el mismo, posee una faceta positiva constituida en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones o circunstancias que son exigidas por el ordenamiento jurídico para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida -sentencia de 21-VII-1998, Amp. 62-7–.

Dentro de estas condiciones se relaciona el tiempo permitido para el mantenimiento de arresto administrativo que en el caso del art. 14 de la ley secundaria impugnada constituye una evidente transgresión de la Constitución, excediéndose en diez días al término estipulado en el art. 14 Cn.

El irrestricto respeto a tal término, en diversos escenarios de la actuación administrativa, ha sido reiterado en una variedad de fallos emitidos por esta Sala. Por ejemplo, en el caso de los extranjeros que ingresan ilegalmente al país, su periodo de arresto no puede exceder de cinco días; más allá de ese periodo se entiende que nos encontramos ante un acto lesivo a sus derechos fundamentales –Sentencias de 14-V-2009 y 26-VIII-2011, HC 19-2008 y 6-2011, respectivamente–.

De igual forma, se ha señalado que en las relaciones de sujeción o supremacía especial –como las acontecen en el ámbito militar–, el respeto a la disciplina y su relevancia como medio o instrumento para lograr la eficacia, tampoco constituyen motivaciones suficientes para exceder del máximo de 5 días que establece la Constitución –sentencia de 27-VIII-2011, Inc. 79-2011.

Por ende, y siguiendo la anterior línea jurisprudencial, resulta procedente declarar la inconstitucionalidad de la norma secundaria cuestionada".

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEBE ADECUAR LA LEY PARA LA IMPOSICIÓN DEL ARRESTO O MULTA ADMINSTRATIVOS, AL LÍMITE MÁXIMO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN

"4. En conclusión, y confirme el principio de supremacía constitucional, el límite temporal de cinco días contemplado en el art. 14 Cn. para el arresto como sanción administrativa no puede ser obviado tanto en el marco de la producción normativa legislativa como dentro de los procedimientos de imposición de castigos que efectúe la Administración.

Resulta imprescindible entonces, que la Asamblea Legislativa adecue la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos —en lo que concierne al arresto— a los límites temporales previstos en la Constitución y reiterados en esta sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 107-2012, fecha de la resolución: 29/06/2015.

LEYES PENALES EN BLANCO

DESVENTAJAS DE LA PROLIFERACIÓN DE ESTATUTOS PUNITIVOS

"3. A. Para los efectos de esta sentencia, conviene referirse al principio de legalidad, en relación con la técnica legislativa de las *leyes penales en blanco.*

La ley penal en blanco es toda aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta cualesquiera que sea su origen y ubicación de esta última *(La Ley penal en blanco).* Generalmente, tal complementación implica la remisión a una disposición diferente a la penal, que puede ser del mismo rango normativo *(normas penales en blanco impropias)* o de uno inferior *(normas penales en blanco propias).* En cuanto a las segundas, éstas se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al Legislativo y de inferior jerarquía (disposición reglamentaria, ordenanza, acto administrativo, etc.).

Un amplio sector doctrinario reconoce la necesidad de hacer uso de esta técnica legislativa al existir sectores sociales altamente dinámicos (medio ambiente, salud pública, comercio exterior, seguridad vial, entre otros), y cuya ordenación jurídica debe adecuarse con celeridad a tal realidad. Pero también, su excesiva proliferación en los estatutos punitivos dan lugar una serie de desventajas como son: (i) la excesiva indeterminación de la conducta típica con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica y la función preventivo-general que la norma aporta a los ciudadanos; (ii) las dificultades que entrañan al aplicador del Derecho Penal en la tarea interpretativa, pues le obligan a remitirse a ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho; además de encontrarse con la discordancia relativa al alcance y contenido de ambos tipos de normas, y (iii) por último, quizás el problema más importante relativo a las leyes penales en blanco propias, cuando el complemento de la norma penal constituye una disposición emanada de una autoridad diferente al Legislativo, y que suele ser regularmente de inferior jerarquía, lo cual constituye una infracción al principio constitucional de la división de poderes dentro del marco del Estado Constitucional".

DISTINCIÓN ENTRE LEYES PENALES EN BLANCO EN SENTIDO ESTRICTO Y LEYES PENALES EN BLANCO AL REVÉS

"Igualmente, se distingue entre *leyes penales en blanco en sentido estricto y leyes penales en blanco al revés.* Las primeras establecen la sanción a imponer, siendo necesario complementar el supuesto de hecho; de forma distinta acontece en la ley en blanco *al revés,* cuya conducta prohibida está plenamente descrita, más no la consecuencia jurídica cuya determinación requiere de otra norma. La única manera de solventar estas contradicciones entre esta técnica legislativa y el, principio de legalidad, radica en fijarle límites a su utilización.

En efecto, el *legislador penal* tiene siempre la posibilidad de recurrir a la complementación normativa por medio de un reenvío exterior, es decir, a otra disposición de igual o inferior rango legal, siempre que la naturaleza de la materia así lo exija, y describa de forma clara, precisa e inequívoca la conducta penalmente sancionada, sin dejarla indeterminada absoluta o completamente a criterio de una autoridad distinta, particularmente de inferior rango.

En atención a lo manifestado y de *forma ilustrativa,* la jurisprudencia comparada, v.gr. el Tribunal Constitucional español ha afirmado que el reenvío a un reglamento para la complementación de la norma penal resulta válido bajo estas

condiciones: (i) que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; y (ii) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la materia de prohibición, satisfaciendo con ello la exigencia de certeza. De acuerdo con tales fallos, el reenvío a materias diferentes del tipo ha de tener un carácter adjetivo o complementario, más no principal.

Como se advierte, se trata de consideraciones valederas en relación con el Derecho Administrativo Sancionador, y que esta Sala igualmente suscribe como parámetros orientadores para la actividad legisferante en el ámbito criminal".

EXIGENCIAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LA LEY PENAL APLICABLES AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

"B. El principio *supra* citado impone al menos dos claras exigencias en la configuración de la ley penal, aplicables al derecho administrativo sancionador: (i) se excluye la costumbre como posible fuente de delitos y penas; y (ii) no basta con la existencia de la ley escrita para cumplir con tal presupuesto, sino que ella ha de ser una producción del Legislativo, como representante del pueblo; con lo cual se excluye a los reglamentos, las ordenanzas ministeriales o municipales, etc. como fuentes de producción de ilícitos y consecuencias jurídicas. En suma, ambos corolarios hacen relación al carácter fundamentalmente político del principio de legalidad.

Sin embargo, como se ha relacionado en lo relativo a las leyes penales en blanco, en algunas ocasiones –y con regularidad en relación con el comportamiento típico– el complemento de la materia de prohibición queda entregado a una autoridad de rango inferior a aquella competente para crear leyes (leyes penales en blanco propias).

Ello no resulta *per se* inconstitucional, pues como ha sido ampliamente detallado, si la protección administrativa o penal del bien jurídico se encuentra inexorablemente relacionada con aquellos sectores sociales cuya regulación jurídica no puede permanecer estática y, además, si el núcleo de la prohibición penal aparece claramente detallado mediante el reenvío expreso y netamente complementario, tal técnica legislativa se encuentra dentro de los ámbitos de admisibilidad".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 108-2012, fecha de la resolución: 08/07/2015.

LICITACIÓN PÚBLICA

INSTAURADA POR EL CONSTITUYENTE COMO REGLA GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

"III.Según el orden precitado, debe definirse si el art. 234 inc. 1° Cn. establece la licitación pública como regla de contratación estatal y las consecuencias normativas que de ello se derivan.

1. Como se sostuvo en la sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98, la inclusión constitucional de algún precepto jurídico —derecho, principio, garantía, proce-

dimiento, etc.-*implica la voluntad constituyente de tutelarlo.* Por ende, ello tiene consecuencias sobre la actuación legislativa; pues esta, si bien cuenta con algunos márgenes estructurales de acción, no puede soslayar los mandatos que devienen del texto constitucional —sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006—.

Así, el tenor del art. 234 inc. 1° Cn. dispone que cuando "el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley".

En definitiva, si la sola mención constitucional de un precepto jurídico implica la voluntad de tutelarla, la forma en que el precepto constitucional referido alude a la licitación pública implica más que la voluntad de resguardo u observancia, deja claro que se *ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública.* A la vez, se advierte que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que *el legislador, excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto.*

2. A partir de lo anterior se generan determinadas consecuencias jurídicas:

A. Primeramente, que la licitación pública sea la regla general de contratación establecida por la norma suprema supone que *así debe ser acogida en la normativa infraconstitucional.* Por lo que el mero quebrantamiento de dicha regla constituye una vulneración constitucional que puede plantearse y examinarse de manera autónoma; es decir, sin que deba alegarse en relación con la transgresión de algún otro precepto constitucional.

Ahora bien, en virtud del parámetro de control analizado, el *legislador secundario queda habilitado para determinar los casos en los que, por mediar supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación.*

B. En ese sentido, debe descartarse la interpretación que postule la licitación pública como un mecanismo de contratación pública subsidiario a la ley, aplicable en aquellos casos en que se carezca de una ley secundaria que haya regulado la contratación por medios distintos. De igual modo, debe rechazarse la idea de que el legislador tiene plena libertad de escoger si opta por la licitación pública como forma de contratación o si, de manera general, elige otro mecanismo. Pues ambas interpretaciones contradicen los mandatos consignados en art. 234 inc. 1° Cn.

IV. Determinado lo anterior, corresponde efectuar algunas consideraciones acerca de la licitación pública y la contratación directa.

1. A. Se puede entender por licitación pública el procedimiento administrativo a través del cual la Administración invita a los interesados a que, con plena observancia de las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa, o conveniente (auto de 11-XI-2011, Amp. 301-2011).

B. Así, la opción del constituyente por la licitación pública como regla general de contratación de la Administración puede explicarse a partir de las características y principios que le rigen".

PRINCIPIOS DEL PROCESO LICITATORIO

"*B. a.* Entre sus características, se puede citar que se trata de un procedimiento *automático* de elección del contratante de la Administración Pública, pues el contrato concernido se *adjudicará al postulante que objetivamente haya planteado la mejor oferta;* esto es, el menor costo con las mejores condiciones de ejecución; de manera que en ello no interviene la libre voluntad de la entidad licitante.

b. Por otra parte, la licitación resulta garante para la Administración Pública porque *desde el momento en que plantean sus ofertas, los oferentes quedan obligados a* mantenerlas mientras se verifica la adjudicación; y al que se le adjudica, hasta que concluya el acto o la obra respectiva.

c. Además, la licitación pública se caracteriza porque persigue que, a través de un acto de la Administración, de entre varias soluciones posibles se seleccione la que mejor contemple los intereses generales.

D. En cuanto a los principios rectores, el proceso licitatorio se sujeta a los principios de oposición o concurrencia, publicidad e igualdad.

a. Respecto del primero, es de afirmar que constituye la base jurídica de la licitación, pues la oposición o concurrencia implica que *pueda ofertar todo aquel que cumpla los requisitos respectivos* —jurídicos, técnicos, económicos, etc.—. Ello, por cuanto es razonable suponer que si varios interesados plantean sus ofertas, la Administración Pública podrá seleccionar al postor que muestre las condiciones más favorables, a partir de la sola comparación objetiva de las ofertas realizadas.

En tal sentido, la licitación persigue resguardar los intereses de la Administración Pública, pues busca optimizar la competencia y el acceso a la contratación. Además, la presentación de varios oferentes y la selección pública del más apropiado de estos, disminuye la sospecha de connivencia entre el licitador seleccionado y la Administración Pública.

Sin embargo, en la práctica podrían acaecer circunstancias que impidan la oposición. Así, puede ocurrir que, pese a la publicidad de las bases de la licitación —a la cual se hará referencia enseguida—, solo se presente un oferente, a quien se le adjudicaría la licitación sin que haya oposición fáctica; e incluso, que ninguno se presente; o que los postulantes no satisfagan los requerimientos de la Administración. Ante tales supuestos, la licitación se declararía desierta o inepta y, *como excepción,* podría optarse por otro procedimiento de contratación, que será definido a partir de los parámetros que haya configurado el legislador. Entonces, con tal excepción no se soslayaría el interés público que se resguarda a través del principio de oposición, ya que en ese supuesto concreto no median las condiciones para que se ejecute la licitación.

b. Ahora bien, como arriba se apuntó, otro principio licitatorio es el de publicidad. Tal principio implica, por un lado, la proscripción de reserva o secreto de lo concerniente a la licitación —en todas sus fases—; pero además, supone la adopción de los mecanismos idóneos disponibles para difundir oportunamente la cuestión.

Y es que, la oposición solo puede practicarse si los potenciales licitadores se enteran oportunamente de su apertura. De manera que la falta o ineptitud de

los mecanismos de publicidad podría viciar la licitación misma, en tanto que, en ausencia de la publicidad no pueden darse por observados los demás principios que rigen el mecanismo contractual en mención.

b. Abordado lo anterior, queda por aludir el principio de igualdad, el cual ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de esta Sala —a cuyos postulados nos referirnos para evitar innecesarias reiteraciones, verbigracia, sentencia de 19-I-2015, Inc. 34-2011—, y aplicado al ámbito que nos ocupa, se materializa en que desde el inicio del procedimiento licitatorio hasta la adjudicación del contrato o su formalización, todos los oferentes se encuentren en la misma posición, con idénticas facilidades y sujetos a las mismas bases; es decir, implica que no haya preferencia ni distinción entre estos, sino que se elija a quien plantee la mejor oferta.

Dicho de otra forma, que todas las personas interesadas en una licitación puedan estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la Administración Pública, el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que las entidades administrativas licitantes "establezcan requisitos a los oferentes, puesto que son precisamente tales entidades las que, sobre la base de parámetros específicos, pueden determinar a cabalidad el perfil del ofertante que cubriría las necesidades concretas a raíz de las cuales se ha generado la licitación, de manera que corresponde a ellas, por el conocimiento de las necesidades que la motivan, establecer las limitaciones o requisitos que considere pertinentes para cada licitación dentro de los parámetros de razonabilidad que impone el ordenamiento jurídico" (sentencia de 26-IX-2001, Amp. 600-2000)".

BASES DE LICITACIÓN

"*E.* Por otra parte, se ha dicho que la licitación es un procedimiento, por cuanto se desarrolla en fases sucesivas y concatenadas, que, con las variables que pueda introducir el legislador, han de incluir: (a) establecimiento del pliego de condiciones o de las bases de la licitación; luego, (b) llamado a la licitación; seguidamente (c) la presentación de las ofertas; que es sucedida por (d) la apertura de las ofertas; y finaliza con (e) la adjudicación. Tales fases, grosso modo, suponen lo siguiente:

a. *El establecimiento del pliego de condiciones o bases de la licitación* es el punto de partida de la licitación; corresponde en exclusiva a la Administración, y consiste en definir qué se licita, las condiciones del contrato que se quiere celebrar y el trámite que observará la licitación. Así, en auto de 11-XI-2011, Amp. 301-2011, se consignó que "contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación; en ese sentido encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas a que la Administración pretende llegar y *son fijadas unilateralmente por ésta".*

b. *El llamado a la licitación* implica la noticia dirigida al público sobre la licitación; y ha de mostrar el objeto y modalidades del contrato a celebrar.
c. *La presentación de ofertas* corresponde a los sujetos que, teniendo idoneidad para contratar con la Administración Pública, muestren interés en participar en la licitación. En esta fase, las propuestas u ofertas han de ser recibidas por la Administración —si se hubiesen presentado en tiempo, lugar y forma—, aunque, oportunamente, solo sean consideradas las que observan los requisitos respectivos.
Es preciso reiterar que al presentar su oferta, el oferente queda obligado a mantenerla por el tiempo que a tal efecto establezca la normativa aplicable o las bases de la licitación.
d. *La apertura de las ofertas* es el acto en que, con la amplitud y cumplimiento de las formalidades establecidas por la legislación, la Administración hace constar el número y titulares de las ofertas recibidas; toma conocimiento de su contenido; y deja constancia de tales elementos. Estos han de ser sucesivamente analizados por el ente licitante.
e. *La adjudicación* es el acto en virtud del cual la Administración —luego de haber analizado todas las ofertas consideradas y exponer las razones técnicas y objetivas pertinentes— decide cuál es la más ventajosa y exterioriza su aceptación.
f. Finalmente, es preciso indicar que todas las fases anteriores están abiertas a una amplia configuración legislativa, será el legislador el que atemperará la extensión, formalidades y requisitos de cada fase, pudiendo incluso añadir otras, según las necesidades que identifique o los fines que persiga".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 61-2011, fecha de la resolución: 10/04/2015.

MULTA REGULADA EN LA LEY DE LA CARRERA DOCENTE

SALARIO MÍNIMO VIGENTE PARÁMETRO PARA IMPONER SANCIONES RESPONDE A INTERESES DE CONVENIENCIA PRÁCTICA

"*1.* Dado que se impugna la sanción de multa –salario mínimo urbano mensual– que, tal como lo prescribe el art. 86 inc. final, frase final LCD, se aplicaría al funcionario que no acate la decisión de la Junta o el Tribunal, conviene expresar lo siguiente:

A. Uno de los fundamentos que ha sostenido la Fiscal General de la República en funciones, es el relativo a que el salario mínimo vigente no se fija de acuerdo a una ley formal, es decir, emitida por el Órgano Legislativo, sino que resulta fijado por medio de un Decreto Ejecutivo, que tiene como base un proyecto de decreto elaborado por el Consejo Nacional de Salario Mínimo (arts. 155 al 159 del Código de Trabajo), lo cual es contrario al principio de legalidad, en su vertiente *no hay pena sin ley cierta.*

Actualmente, el salario mínimo para los sectores productivos de la nación se encuentra regulado en el Decreto Ejecutivo n° 104, de 1-VII-2013, publicado en el Diario Oficial N° 119, torno 400 de 1-VII-2013. Dicho decreto clasifica a los factores de producción en: (i) trabajadores de comercio y servicio; (ii) trabajadores

de industria; (iii) trabajadores de maquila textil y confección; y (iv) trabajadores de recolección de cosechas de café, algodón y caña de azúcar.

B. Ahora bien, la controversia sometida a análisis de esta Sala, versa sobre una *ley penal en blanco al revés,* es decir, donde el complemento de la sanción se determina conforme a una disposición contenida en una normativa de menor jerarquía –Decreto Ejecutivo–.

Al respecto, la doctrina es unánime en afirmar que la sanción penal debe encontrarse nítidamente establecida en el "tipo garantía". Sin embargo, es dable inferir más de alguna razón de conveniencia práctica que haya impulsado al legislador a su utilización en la *Ley de la Carrera Docente,* como es el hecho de que si se imponen cantidades exactas de dinero como límites internos y externos de la pena de multa, tales valores pueden resultar superados en el devenir histórico por diversos fenómenos económicos (por ejemplo: devaluación de la moneda, inflación, la mayor capacidad adquisitiva de la población, etc.), volviéndose inútiles las finalidades intimidatorias perseguidas por la política criminal estatal. Por otra parte, la elección del "salario mínimo mensual" como unidad económica en este sector del ordenamiento jurídico, responde a su clara referencia y fácil manejo para la actividad judicial, además de contar con el indiscutible conocimiento de la colectividad en general.

C. Desde la perspectiva constitucional, el reenvío expreso a una norma de jerarquía distinta con la cual se integra la consecuencia jurídica de una disposición formal, *debe expresar claramente el objeto de complemento,* y éste debe encontrarse estipulado en forma precisa e inequívoca, aún cuando se trate de materia administrativa como la reglamentaria.

En efecto, si el fundamento principal del *nullum crimen sine lege praevia et stricta* consiste en la necesidad de garantizar al ciudadano que siempre será advertido de lo que está amenazado con una sanción mediante una ley formal preexistente en la cual se encuentre determinado, esto debe ser garantizado tanto por la norma que expresa el reenvío como por la norma que sirve de complemento.

En otras palabras, la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, las personas sepan precisamente lo que deben hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena o sanción administrativa.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MULTA QUE HACE REFERENCIA A "SALARIOS MÍNIMOS URBANO MENSUALES"

"D. En conclusión, dada su actualidad o dinamismo y el fácil manejo de los mismos, es válido establecer valores abstractos que complementen a la norma en blanco; sin embargo, ésta debe ser clara en la determinación de la categoría o especie que efectivamente lo complemente, como exigencia del mandato de certeza que deriva del principio de legalidad penal -art. 15 Cn.-.

Ello no acontece en relación con el supuesto de multa que plantea el 86 inc. final, parte final LCD, en la cual se hace referencia a la unidad económica de "salarios mínimos urbano mensuales", ya que dicho término no resulta contemplado en el Decreto Ejecutivo n° 104, de 1-VII-2013, publicado en el Diario Oficial N° 119, tomo 400 de 1-VII-2013; y es que, el decreto en comento solamente

establece la clasificación del salario mínimo según los sectores productivos siguientes: (i) trabajadores de comercio y servicio; (ii) trabajadores de industria; y (iii) trabajadores de maquila textil y confección.

En efecto, en cada prescripción que tase la multa o sanciones económicas conforme a un parámetro abstracto como el salario mínimo, resulta indispensable el señalamiento expreso del Legislador sobre la especie de salario al que se acudirá según el sector productivo o la clasificación que sobre los mismos emite el Órgano Ejecutivo, para no generar violaciones a la seguridad jurídica y al *principio de legalidad.*

En el presente caso, existe una indeterminación sobre qué rubro económico debe ser tenido en cuenta para la integración de la sanción administrativa. Y origina un ámbito de discrecionalidad difícilmente justificable, derivada de una defectuosa regulación de la materia, la cual pone en serio riesgo la aplicación efectiva del Derecho Administrativo Sancionador, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica en general".

Distinto es el caso en el cual se determine, cuando menos, el sector productivo al que dicho salario mínimo sea aplicable, pues esto reduce la, indeterminación, y proporciona un grado de certeza cuantificable según se trate del salario mínimo para trabajadores de la industria, comercio y servicios, maquila textil y confección entre otros fijados por el Órgano Ejecutivo.

Ante lo evidenciado mediante el análisis que precede, esta Sala determina que el art. 86 inc. final, frase final LCD, en lo que a la pena de multa de un salario mínimo urbano mensual concierne, es inconstitucional por contradecir el principio de legalidad –art. 15 Cn.–, en tanto que el reenvío normativo deja indeterminada la pena de multa que debe escoger la autoridad administrativa que sanciona al funcionario desobediente de la orden de reinstalo emitida por la Junta o el Tribunal.

E. Declarada la inconstitucional del art. 86 inc. final LCD, resulta indispensable exhortar a la Asamblea Legislativa que enmiende el vicio de inconstitucionalidad advertido, en el sentido de readecuar el precepto normativo especificando con exactitud a qué tipo de salario mínimo urbano mensual se refiere la multa contenida en la disposición declarada inconstitucional; para ello, deberá tomar como parámetro de su función legislativa las consideraciones jurídicas expuestas en la presente decisión".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 108-2012, fecha de la resolución: 08/07/2015.

MULTAS ADMINISTRATIVAS APLICADAS POR EL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL HA AFIRMADO QUE EL DENOMINADO PRINCIPIO DE LEGALIDAD ES UNA DERIVACIÓN CONCEPTUAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

"Al vincular las ideas hasta el momento desarrolladas, esta Sala advierte que *en el presente proceso se discute la constitucionalidad de una disposición legal que tiene por objeto sancionar las infracciones en el marco de la heterotutela,*

pues del contenido de la disposición legal objetada se infiere que, la aplicación de multas administrativas por parte del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, previo la tramitación del debido proceso, está dirigida a los administrados que ocasionen daños al medio ambiente, a los recursos naturales o a la salud humana; en consecuencia, considerando los efectos negativos que puede traer aparejada la imposición de una multa en el patrimonio de las personas, se debe recordar la protección de bienes jurídicos –como el medio ambiente, para el presente caso–, no significa una zona en la que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración Pública pueda limitar los mismos .sin habilitación legal previa; y es que, estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y, por lo tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos .fundamentales, sin perjuicio que la Administración goza de un poder normativo y sancionatorio (Cfr. con Sentencia de 13-II-2015, Inc. 21-2012).

IV**.** Corresponde en este apartado, efectuar algunas consideraciones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales en relación con el principio legalidad (con especial énfasis en la determinación de la pena), y la importante función que éste desempeña dentro del ámbito del poder punitivo estatal.

1. A. Como se había adelantado, la actuación de la Administración Pública tiene como *presupuesto previo y condicional el principio de habilitación previa,* conforme a ello, surge el concepto de legalidad que significa conformidad a la ley, por ello se llama "principio de legalidad" a la sujeción y el respeto por parte de las autoridades públicas al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable; de este modo, la concreción del citado principio reafirma la seguridad jurídica del individuo, referente a que su situación no será modificada más que por procedimientos regulares y por autoridades competentes previamente establecidas (Sentencia de 25-XI-2002, Amp. 375-2002); de esta manera, en reiteradas resoluciones se ha manifestado que éste rige la actividad estatal, y que tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende, desde luego, la ley Fundamental. Y es que, el principio de legalidad expresamente consagrado en la Constitución, rige a todos los poderes públicos –en los que se incluye la Administración Pública–, por lo que toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido por ley, la que construye y delimita *(Cfr.* con Sentencia de 22-III-2002, Amp. 58-2001).

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que el denominado principio de legalidad es una derivación conceptual de la seguridad jurídica, y que consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico, todo ello como un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho. Como se advierte, el ideal esencial que persigue este principio, es que los miembros de la colectividad social sean gobernados por la voluntad racional y justa de las leyes y no por la voluntad arbitraria de los hombres (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96).

En esa línea, en materia penal, este principio adquiere connotaciones más acentuadas que en las otras ramas jurídicas, en razón de los intereses que son puestos en juego: la protección de los diversos bienes jurídicos –individuales o

colectivos– de la ciudadanía en general, y el derecho fundamental a la libertad –y otros conexos– de los cuales puede verse privado quien se indique como realizador o ayudante de un hecho delictivo, siendo confirmada tal aseveración por medio del proceso penal; siendo estas ideas plenamente trasladables al ámbito administrativo sancionador, pues, en definitiva, en ambos casos, se busca la verificación de la existencia del ilícito y la determinación de la responsabilidad del presunto infractor en aquél.

Por lo tanto, *la determinación prescriptiva de las conductas punibles y las subsecuentes penas o sanciones, obliga a que no se utilicen conceptos oscuros, indeterminados o inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras.*

B. En nuestra Ley Suprema, el principio de legalidad en materia punitiva se encuentra contemplado en el art. 15, el cual prescribe que «[n]adie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley»; en ese orden, tal canon constitucional establece un principio que debe ser *optimizado* por el legislador, en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas imperantes, debiendo entonces la Asamblea Legislativa concretizarlo en los diferentes ámbitos de aplicación en que este proceda.

Por su parte, en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, bajo similares estructuras lingüísticas, el mencionado principio se encuentra regulado en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»); disposiciones convencionales que además de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico –art. 144 inc. 2° Cn–, y por lo tanto, obligatorias para todos los poderes públicos, generan una análoga y mayor cobertura a la establecida en la llamada parte dogmática de nuestra Constitución, ofreciendo fructíferas directrices para una más expansiva y humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental *(Cfr.* con Auto de 20-VI-2014, Inc. 36-2014), las cuales, en términos generales, indican que en materia penal –y por extensión la administrativa sancionadora y disciplinaria–, la fijación de los hechos que sean constitutivos de ilícitos o infracciones y las subsecuentes sanciones deben fijarse en una ley formal de manera previa, cierta e inequívoca.

En efecto, así se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias del 2-II-2001 y 23-XI-2010, Casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá y Vélez Loor vs. Panamá,* parágrafos 106 y 183, expresando que: "... el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin

embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la -fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva" (en similar sentido, se ha pronunciado en las Sentencias del 25-XI-2005 y 6-V-2008, Casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú y Yvon Neptune vs. Haití,* parágrafos 187 y 125 respectivamente).

C. Entrelazando las anteriores premisas, y de acuerdo con la sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96 –ya citada–, el principio de legalidad comporta en el ámbito punitivo: (i) la *garantía criminal,* como seguridad que nadie será sancionado por hechos que no haya sido previamente tipificados como hechos punibles por la ley penal; (ii) la *garantía penal,* como seguridad que a nadie se le impondrá otra pena que la prevista en la ley penal para el respectivo delito; (iii) la *garantía jurisdiccional,* es decir, la seguridad que a nadie se le impondrá la pena prevista por la ley para el hecho punible atribuido, sino como consecuencia de un proceso jurisdiccional que tenga por objeto la comprobación de la existencia de tal delito, y la averiguación de quién lo haya cometido, a fin de sancionar al culpable; y, (iv) la *garantía ejecutiva,* en el sentido que a nadie se le aplicará la pena en grado diverso o de modo diferente a la regulación específica que para tal efecto se haya hecho previamente en la ley.

Por ello, en el ámbito de la creación y aplicación del ordenamiento jurídico punitivo, este principio impone –al menos– tres exigencias, que conforman una descripción esquemática elemental: (i) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;* la cual exige la existencia de una ley promulgada con anterioridad a la ejecución del hecho que se pretende sancionar, impidiéndose con ello su aplicación retroactiva a situaciones anteriores a su vigencia; (ii) *nullum crimen, nulla poena sine lege escrita,* denominado también "principio de reserva", el cual establece que la creación, modificación o derogación expresa leyes penales únicamente puede efectuarla el órgano constitucionalmente facultado para ello —en nuestro medio, el Órgano Legislativo, art. 131 ord. 5° Cn.—; y, (iii) *nullum crimen, nulla poena sine lege estricta,* que impone que la redacción normativa de la conducta penalmente prohibida así como de su pena sean claras, precisas e inequívocas (Cfr. con Sentencias de 28-V-1999, 13-VI-1999 y 25-XI-2002, Amps. 422-97, 419-98 y 375-2002, respectivamente); las anteriores exigencias permiten una

correcta aplicación del Derecho por parte del juez penal u autoridad competente para la aplicación de la sanción, quien no puede castigar hechos distintos o imponer penas diferentes a las que ha establecido la voluntad general expresada en el parlamento –prohibición de la analogía *in malam partem*"

DOSIMETRÍA DE LA PENA

"2. A. Consecuentemente, el principio de legalidad de la pena, en términos concretos implica, por una parte, la determinación de las penas o sanciones que correspondan a cada delito o infracción en abstracto debe hacerse con un carácter previo, claro e inequívoco, incluyendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad –agravantes o atenuantes– y, las que puedan ser aplicadas a los distintos sujetos que intervienen en la comisión del hecho delictual –autores o partícipes en cualquier grado–; y, por otra, que no corresponde a la determinación que hace el legislador de manera abstracta, general y objetiva, sino a la realizada por juez o autoridad que en su aplicación desciende de la norma legal para hacerla actuar en forma concreta, individual y subjetiva, que es lo que se conoce como la *dosimetría de la pena.*

Y es que, este principio no solo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política hacia el individuo de que no puede ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido establecidas previamente, evitando así los abusos de poder (Sentencias de l5-VI-2004 y 22-I-2010, Amps. 117-2003 y 471-2005, respectivamente).

Así, la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.

B. Por ello, cuando *el legislador incumple tales obligaciones, la norma en cuestión viola la Constitución, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación;* por lo tanto, el mandato contenido en el art. 15 Cn. exige del Órgano Legislativo definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad del procesado.

3. A efectos de esta sentencia, conviene referirse particularmente al principio últimamente expresado, relacionado con la técnica legislativa de las leyes penales en blanco.

A. Básicamente, la "ley penal en blanco" es aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta cualesquiera que sean el origen y ubicación de esta última (Sentencia de 5-VI-2009, Inc. 108-2007).

Generalmente, tal complementación implica la remisión a una disposición diferente a la penal, que puede ser del mismo rango normativo *(normas penales en blanco impropias)* o de uno inferior *(normas penales en blanco propias).* En cuanto a las segundas, éstas se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al Legislativo y de inferior jerarquía (disposición reglamentaria, ordenanza, acto administrativo, etc.) – Sentencia de 9-X-2007, Inc. 27-2006–.

Asimismo, en la sentencia precitada, se sostuvo que un amplio sector doctrinario reconoce la necesidad de hacer uso de esta técnica legislativa al existir sectores sociales altamente dinámicos (medio ambiente, salud pública, comercio exterior, seguridad vial, entre otros), y cuya ordenación jurídica debe adecuarse con celeridad a tal realidad. Pero también, la proliferación en los estatutos punitivos dan lugar a una serie de desventajas como son: (i) la excesiva indeterminación de la conducta típica con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica y la función preventivo-general que la norma aporta a los ciudadanos; (ii) las dificultades que entrañan al aplicador del Derecho Penal en la tarea interpretativa, pues le obligan a remitirse a ámbitos jurídicos o que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho; además de encontrarse con la discordancia relativa al alcance y contenido de ambos tipos de normas; y, por último, (iii) quizás el problema más importante relativo a las leyes penales en blanco propias, cuando el complemento de la norma penal constituye una disposición emanada de una autoridad diferente al Legislativo, y que suele ser regularmente de inferior jerarquía, lo cual pudiera constituir una infracción al principio constitucional de la división de poderes dentro del marco del Estado Constitucional.

B. Sin perjuicio de las anteriores consecuencias, el uso de este tipo de técnicas legislativas no resulta *per se* inconstitucional, pues, si la protección penal del bien jurídico se encuentra inexorablemente relacionada con aquellos sectores sociales cuya regulación jurídica no puede permanecer estática y, además, si el núcleo de la prohibición penal aparece claramente detallado en el tipo, teniendo el reenvío un carácter expreso y netamente complementario, tal técnica legislativa se encuentra dentro de los ámbitos de admisibilidad.

Con fundamento en la anterior premisa, debe distinguirse entre: (i) leyes penales en blanco en “sentido estricto”, es decir, aquellas que establecen la sanción a imponer, siendo necesario complementar el supuesto de hecho; y, (ii) leyes penales en blanco “al revés” –tópico aplicable al presente proceso– en las que la conducta prohibida está plenamente descrita, más no la consecuencia jurídica cuya determinación requiere de otra norma. Por lo tanto, la única manera de solventar estas contradicciones entre esta técnica legislativa y el principio de legalidad, radica en fijarle límites a su utilización (Sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 55-2006).

En consecuencia, *el legislador tiene siempre la posibilidad de recurrir a la complementación normativa por medio de un reenvío exterior, es decir, a otra disposición de igual o inferior rango legal, siempre que la naturaleza de la materia así lo exija, y describa de firma clara, precisa e inequívoca tanto la conducta penalmente sancionada y la sanción a imponer, no pudiendo dejar su determinación absoluta o completa a una autoridad distinta, particularmente de inferior rango.*

C. Aquí vale la pena citar de forma ilustrativa, los parámetros que al respecto ha emitido el Tribunal Constitucional español en sus ya célebres sentencias emitidas el 5-VII-1990, 16-IX-1992 y 28-II-1994 en relación con el tema. Así, ha afirmado que el reenvío a un reglamento para la complementación de la norma penal resulta válido bajo estas condiciones: (i) que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; y (ii) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la materia de prohibición, satisfaciendo con ello la exigencia de certeza. De acuerdo con tales fallos, el reenvío a materias diferentes del tipo ha de tener un carácter adjetivo o complementario, más no principal.

En esa línea, la jurisprudencia constitucional ha advertido que, se trata de consideraciones igualmente valederas con relación al Derecho Penal salvadoreño, y que son atendibles en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, por lo que esta Sala igualmente suscribe como requisitos y parámetros obligatorios a los cuales debe sujetarse la actividad legisferante en el ámbito punitivo".

LA CATEGORÍA DEL SALARIO MÍNIMO DIARIO URBANO PARA LA CIUDAD DE SAN SALVADOR NO HA SIDO PREVISTO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

"Conforme el artículo impugnado –art. 89 LMA–, las multas se establecerán en salarios mínimos mensuales, equivaliendo cada salario mínimo mensual a treinta salarios mínimos diarios urbanos vigentes para la ciudad de San Salvador, *sin especificar qué se entenderá por éste último.*

A partir de lo expuesto, *la facultad que tiene el Órgano Legislativo para hacer uso de la "ley penal en blanco al revés", en el caso concreto, tiene como límite que, la prescripción en la tasa de la multa o sanciones económicas conforme a un parámetro abstracto como el salario mínimo, debe hacerse de forma expresa por parte del legislador sobre la especie de salario al que se acudirá según el sector productivo o la clasificación que emite el Órgano Ejecutivo, para no generar violaciones a la seguridad jurídica y al principio de legalidad penal.*

Por lo tanto, conviene recordar que, los tribunales jurisdiccionales y las demás autoridades públicas deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico y no sólo en atención a las normas que regulan una actuación específica, tal como lo establece la Constitución y el principio de unidad del ordenamiento jurídico; de manera que, el operador jurídico debe: (i) identificar las disposiciones legales que incidan relevantemente en la interpretación de otras y, (ii) realizar una interpretación sistemática, integral y armónica de las mismas a la luz de los contenidos constitucionales *(Cfr..* con Sentencias de 17-XI-2014 y 26-VI-2015, Incs. 59-2014 y 46-2012); en consecuencia, debe acudirse a los cuerpos normativos que fijan los salarios mínimos en El Salvador.

Y es que, tal como lo prescribe el art. 38 ord. 2° Cn., todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo, que se fijará periódicamente; para fijarlo, la Ley Suprema establece que se deberá atender sobre todo al costo de la vida, a la índole de la labor, a los diferentes sistemas de remuneración, a las distintas zonas de producción y a otros criterios similares; parámetros que son desarrollados en los arts. 155 al 159 del Código de Trabajo, y que actualmente,

son concretizados normativamente por medio de la determinación de la siguiente tipología salarial: (i) trabajadores de comercio y servicio; (ii) trabajadores de industria; (iii) trabajadores de maquila textil y confección; y (iv) trabajadores agropecuarios (este último sub-dividido en los salarios correspondientes a las cosechas de café, caña de azúcar y algodón), contentivos en los Decretos Ejecutivos n° 103, 104, 105 y 106 todos del 1-VII-2013, publicados en el Diario Oficial n° 119, tomo 400, de 1-VII-2013.

De lo anterior, *este Tribunal entiende que la categoría del salario mínimo diario urbano para la ciudad de San Salvador no ha sido previsto por el ordenamiento jurídico, ya que no es uno de los parámetros desarrollados por medio de los Decretos Ejecutivos que fijan el salario mínimo de la nación.*

V. A continuación se realizará el examen del motivo de inconstitucionalidad planteado.

1. De forma concreta, los demandantes –y, en última instancia el Fiscal General de la República– señalaron que el objeto de control conculca el principio constitucional prescrito en el art. 15 Cn., pues, el salario mínimo diario urbano para la ciudad de San Salvador –que constituye la base cuantitativa para la imposición de la multa prescrita en el art. 89 LMA–, no es contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual es contrario al principio de legalidad. en su variante del *nullum crimen, nulla poena sine lege estricta.*

En ese orden, tal como se ha expresado en esta decisión, el uso de la técnica del reenvio para la integración de la consecuencia jurídica de una disposición punitiva está condicionado a que esta última debe expresar claramente el objeto de complemento, y éste debe encontrarse estipulado en forma precisa e inequívoca.

En efecto, si el fundamento principal del *nullum crimen, nulla paella sine lege estricta* consiste en la necesidad de garantizar al ciudadano que siempre será advertido lo que está amenazado con una pena mediante una ley formal preexistente en la cual se encuentre determinado, esto debe ser garantizado tanto por la norma que expresa el reenvío como por la norma que sirve de complemento.

En otras palabras, y siguiendo a Enrique Cury, “la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena”.

2. En conclusión, dada su actualidad o dinamismo y el fácil manejo de los mismos, es válido establecer valores abstractos que complementen a la norma penal en blanco; sin embargo, ésta debe ser clara en la determinación de la categoría o especie que efectivamente lo complemente, como exigencia del mandato de certeza que deriva del principio de legalidad penal –art. 15 Cn.–”.

EL ART. 89 LMA ES INCONSTITUCIONAL POR LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“Empero, ello no acontece en lo dispuesto en el art. 89 LMA, en el que, se hace referencia a la unidad económica de “salarios mínimos diarios urbanos vigentes para la ciudad de San Salvador”, y siendo que dicho término que no

resulta contemplado en los Decretos Ejecutivos n° 103, 104, 105 y 106 todos del l-VII-2013, publicados en el Diario Oficial n° 119, tomo 400, de 1-VII-2013, que establecen la clasificación del salario mínimo según los sectores productivos de la nación de la forma siguiente: (i) trabajadores de comercio y servicio; (ii) trabajadores de industria; (iii) trabajadores de maquila textil y confección; y (iv) trabajadores agropecuarios (este último sub-dividido en los salarios correspondientes a las cosechas de café, caña de azúcar y algodón.); se concluye que la disposición legal objetada no precisa a cuál salario acudir de la tipología antes mencionada.

En efecto, en cada prescripción que tase la multa o sanciones económicas a partir un parámetro abstracto como el salario mínimo, es endosable el señalamiento expreso por parte del Órgano Legislativo, respecto a la especie de salario al que se acudirá según el sector productivo o la clasificación que sobre los mismos emite el Órgano Ejecutivo, para no generar violaciones a la seguridad jurídica y al principio de legalidad penal.

En el presente caso, existe una excesiva indeterminación de qué rubro económico debe ser tenido en cuenta para la integración de la sanción penal. Y origina un ámbito de discrecionalidad judicial difícilmente justificable, derivada de una defectuosa regulación de la materia, la cual pone en serio riesgo la aplicación efectiva del Derecho Administrativo Sancionador, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica en general.

Distinto es el caso en el cual se indique, cuando menos, el sector productivo al que dicho salario mínimo sea aplicable, pues esto reduce la indeterminación, y proporciona un grado de certeza cuantificable según se trate del salario mínimo para trabajadores de la industria, comercio y servicios, maquila textil y confección o trabajadores agropecuarios, entre otros fijados por el Órgano Ejecutivo.

En consecuencia, el principio de legalidad exige el estricto sometimiento del aplicador la ley, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación; lo que, en el Derecho Administrativo Sancionador, se traduce en la necesaria predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones -en su versión sustantiva-, y de las autoridades, procedimientos y competencias –en su versión procesal–; por tanto, *es viable afirmar que el objeto de control no cumple con la primera de las facetas apuntadas, por lo tanto, no es conforme a la Constitución.*

3. De esta manera, siendo patente la indeterminación en la que incurre el legislador al normar el parámetro cuantitativo –salario mínimo– por el que se calculará la multa a imponer por parte del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales a los administrados que ocasionen daños al medio ambiente, a los recursos naturales o a la salud humana; al no indicar clara y específicamente cuál de los salarios mínimos vigente en el ordenamiento jurídico será la base para establecer aquella sanción, este Tribunal considera que el art. 89 LMA es inconstitucional por la infracción al principio de legalidad –art. 15 Cn.– y así deberá declararse.

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 115-2012, fecha de la resolución: 31/08/2015.

NORMAS PRE CONSTITUCIONALES

INSERCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO PRECONSTITUIDO

"II. 1. Advierte esta Sala que la disposición sometida a su control pertenece a un cuerpo normativo preconstitucional. Así, cuando se trata de analizar normativa preconstitucional --como se ha dicho en reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde la sentencia de 20-VI-1999, Inc. 4-88—, es de considerar que al entrar en vigencia la Constitución, el 20-XII-1983, no apareció en un vacío jurídico, sino que se insertó en un ordenamiento preexistente, que no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, pero fue modificado por esta. Ello plantea el supuesto de *la inserción de la Constitución en el ordenamiento preconstituido,* circunstancia que de suyo produce una incompatibilidad lógica entre ciertas disposiciones o cuerpos normativos del ordenamiento preexistente y la nueva Constitución, y hace necesario definir el efecto que tal incompatibilidad provoca.

En ese sentido, el artículo 249 de la vigente Constitución establece: "Derógase [...] todas aquellas disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de esta Constitución". En virtud de esta disposición, la incompatibilidad de ciertas disposiciones preconstitucionales con la vigente Constitución, produce su derogación desde el 20-XII-1983. Así, la inclusión de una derogatoria genérica en la vigente Ley Suprema implica una decisión fundamental: no dilatar la existencia de las disposiciones preconstitucionales incompatibles con la nueva Constitución, más allá del 20-XII-1983.

En consecuencia, el control de constitucionalidad realizado por esta Sala sobre la normativa preconstitucional no produce la invalidación de la disposición o cuerpo normativo objeto de control, sino que se limita a *declarar* su contradicción con la normativa constitucional, constatando de un modo general y obligatorio la derogación producida por el artículo 249 Cn. el 20-XII-1983.

Entonces, en la pretensión planteada, esta Sala decidirá si la disposición impugnada ha sido derogada por la Constitución desde que esta entró en vigencia. Por ello, si bien se examinará el fondo la pretensión planteada, ello no se realizará a efecto de verificar una posible inconstitucionalidad de la disposición, sino que su contenido normativo se contrastará con el del objeto de control, a fin de determinar si lo contradice; pues de ser así, el primero quedó derogado al entrar en vigencia el segundo.

2. A. Aclarado lo anterior, es de indicar que para poder aplicar la cláusula derogatoria establecida en el art. 249 Cn., es preciso que el objeto de control no haya sido derogado tácita o expresamente por alguna otra disposición infraconstitucional, ya que, dehaber sido derogado en tales términos, no tendría sentido alguno el examen de su contenido normativo a fin de establecer la derogatoria constitucional, puesto que la derogatoria del respectivo precepto legal ya se habría practicado a través de otros mecanismos; los cuales le habrían excluido del ordenamiento jurídico actual.

B. Y es que, este tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que la finalidad rectora y fundamental del proceso de inconstitucionalidad es establecer un con-

traste entre normas, a partir del cual se pueda verificar la confrontación preceptiva entre la disposición impugnada y la Constitución, a efecto de invalidar o declarar una invalidez previa de la primera si resulta incompatible con la segunda.

Así —se ha reiterado—, el ordinal 2° del artículo 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece como requisitos de la demanda: la identificación de "la ley, decreto o reglamento que se estime inconstitucional" —lo que, doctrinariamente y jurisprudencialmente, se denomina *objeto de control de constitucionalidad—;* y, en el ordinal 3°, que se citen "los artículos pertinentes de la Constitución" que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado —que, también doctrinariamente, se denomina *parámetro de control de constitucionalidad*—(resolución de 4-VII-2007, Inc. 44-2006).

En ese orden, el control abstracto a ejercer por parte de esta Sala radica en la confrontación normativa que el peticionario plantea en su demanda, o bien —según sea el caso— que alguna autoridad jurisdiccional consigna en su declaratoria de inaplicabilidad, y que justifica con sus argumentos, siendo los dos extremos de tal cotejo o confrontación: (a) la disposición constitucional que se propone como canon o parámetro; y (b) la disposición infra-constitucional, cuerpo normativo o acto concreto realizado en aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional que se declara inaplicable o se pide invalidar.

En consecuencia, si se verifica una reforma o derogación de la legislación relacionada con el proceso de inconstitucionalidad, generalmente se altera la tramitación del proceso. Ello, en tanto que las eventuales modificaciones practicadas por el legislador sobre la norma sometida al control constitucional podrían incidir en la resolución del proceso.

Lo anterior, en tanto que el proceso de inconstitucionalidad no detiene al Órgano Legislativo en su labor de legislar —salvo que se haya adoptado una medida cautelar en ese sentido—, por lo cual el alcance del litigio no se perpetúa cuando se plantea la demanda de inconstitucionalidad y tampoco se encuentra ajeno a las modificaciones que puedan surgir a partir del ejercicio de potestades legislativas.

Por consiguiente, la tramitación y normal conclusión del proceso de inconstitucionalidad estarán condicionadas por la existencia del objeto de control, es decir, de la disposición infra-constitucional sobre la cual se ha de realizar el examen de constitucionalidad. De tal forma, si la disposición objeto de control ya ha sido derogada al momento de presentarse la demanda, se derogó durante el desarrollo del proceso, o es expulsada del ordenamiento jurídico mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este tribunal, el objeto de control deja de existir, por lo que el proceso carecería de finalidad, pues no habría un sustrato material sobre el cual pronunciarse.

C. En el caso en análisis se advierte que mediante Decreto Legislativo n° 712, de 18-IX-2008, publicado en el Diario Oficial n° 224 Tomo 381, de 27-XI-2008, se decretó el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual, en su art. 705 deroga "todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código". El juicio ejecutivo es una de las materias que regula dicho cuerpo normativo, y en su art. 464 especifica que "Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición: [...] prescripción o caducidad" —entre

otras causales de oposición—. De tal manera, podría colegirse que cualquier disposición previa relacionada con el juicio ejecutivo que contemple preceptos distintos de los establecidos por el CPCM, ha sido derogada en virtud de los artículos reseñados; entre ellas, la que es objeto de control en este proceso.

Sin embargo, es preciso considerar que, si bien en la LBFA no se encuentra alguna cláusula que expresamente le otorgue el carácter de ley especial, y, por tanto, prevalerte respecto de otras disposiciones —incluso si son posteriores— que rijan ámbitos contemplados por aquella; al analizar íntegramente su contenido se advierte su carácter especial, pues recae sobre un sujeto específico y diferenciado: el BFA; creado para fines concretos: el favorecimiento de la actividad agropecuaria nacional; asimismo, su estructura y funcionamiento se establecen de manera específica; y también se instituyen de manera especial algunas disposiciones de tipo procesal, que, en lo concerniente, excluyen al BFA del régimen jurídico general.

Entonces, para determinar la vigencia del objeto de control, deben tomarse en cuenta las circunstancias arriba relacionadas; a partir de las cuales esta Sala considera que, en atención al criterio especialidad, aquel mantiene su vigencia —a pesar de que el segundo sea posterior—; ya que el CPCM constituye una normativa general, y la LBFA, una especial. De manera que, a juicio de este tribunal, el art. 65 ordinal 2° LBFA no ha sido derogado por el CPCM, sino que, tornando en consideración lo estipulado por el ordenamiento infraconstitucional, mantiene su vigencia; y por ello, es susceptible del análisis constitucional concernido".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 50-2012AC, fecha de la resolución: 13/05/2015.

ORGANISMOS ELECTORALES TEMPORALES

CONTRIBUYEN A LA LEGALIDAD, LEGITIMACIÓN, TRANSPARENCIA Y CREDIBILIDAD DE LOS COMICIOS

"IV. *1.* La estructura orgánica electoral representa un aspecto de particular trascendencia política con implicaciones en la legitimidad de los resultados electorales de los poderes públicos y, por tanto, en el proceso de consolidación democrática; y es que, mediante el desempeño de las funciones que el ordenamiento jurídico ha prescrito para los organismos electorales, tales entes contribuyen a la legalidad, legitimación, transparencia y credibilidad de los comicios, así como el control contra cualquier acto o intento de fraude.

El art. 209 inc. 1° Cn. dispone, por una parte, que "[l]a ley establecerá los organismos necesarios para la recepción, recuento y fiscalización de votos y demás actividades concernientes al sufragio y cuidara de que estén integrados de modo que no predomine en ellos ningún partido o coalición de partidos"; aclarándose que esta disposición, no se refiere al Tribunal Supremo Electoral, cuya integración, competencia y la forma en que los partidos políticos intervienen en su composición es materia de regulación del art. 208 Cn.; y por otra, en el inc. 2° señala que "[nos partidos políticos y coaliciones contendientes tendrán derecho de vigilancia sobre todo el proceso electoral", facultad que no se circunscribe al

día del evento electoral, sino que: (i) inicia desde la elaboración, organización, publicación y actualización del registro electoral, tal como lo establece el art. 77 inc. 2° de la Ley Suprema; (ii) comprendiendo el escrutinio público de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales del Tribunal Supremo Electoral y de todos los intervinientes en los comicios, dentro de las posibilidades que el ordenamiento jurídico haya establecido; (iii) hasta llegar al desarrollo de la vigilancia que permite el art. 209 inc. 1° Cn.

A partir de la disposición constitucional comentada, puede colegirse los siguientes aspectos: (i) la obligación del Órgano Legislativo para legislar una estructura electoral que permita cumplir las diferentes funciones que la Ley Fundamental ha establecido en tomo a las elecciones y al sufragio; y, (ii) la limitación a la libertad de estructuración u opción de la Asamblea Legislativa derivada, *por una parte,* del equilibrio político que debe procurarse en la conformación de tales entes electorales; y, por los principios constitucionales que informan el ordenamiento jurídico electoral, entre ellos, el principio de igualdad.

2. Desde tal perspectiva, el *primer* mandato se cumple al emitirse el Código Electoral, que diseña la administración y la jurisdicción electoral en sus niveles inferiores, por medio de la intervención de los mismos ciudadanos en el ejercicio de sus derechos políticos –arts. 71, 74 y 75 Cn.– conforme a la ley, la cual, específica y detalla los organismos electorales, su composición y funcionamiento –arts. 38 y del 91 al 120 CE–; determinándose legalmente la organización electoral, que responde esencialmente a la administración íntegra del proceso electoral, que comprende tanto la preparación, organización, dirección, vigilancia y promoción de los comicios, como la realización de los escrutinios, la resolución de las impugnaciones y la declaración oficial de la elección. El *segundo,* viene dado por la ineludible necesidad de establecer el equilibrio adecuado en la configuración subjetiva de cada uno de los diferentes organismos electorales temporales –Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos–, en relación a cómo las personas son postuladas por los diferentes partidos políticos y las funciones que desempeñarán dentro de cada uno de dichos entes.

La última exigencia constitucional está regida por una serie de principios que orientan su configuración y funcionamiento: legalidad, igualdad, imparcialidad, verdad electoral, soberanía popular, representación democrática, entre otros; ante ello, el legislador debe desarrollar y respetar los mandatos de optimización constitucionales al momento de emitir la normativa electoral correspondiente. Y es que, un proceso de elecciones transparente, ordenado y eficiente, debe tener especial cuidado en la igualdad entre todas las fuerzas políticas, de modo que ninguna disfrute de ventajas institucionales y se cumplan de manera rigurosa por parte de todos las reglas de juego, lo cual depende básicamente de una administración electoral adecuada".

LOS PARTIDOS POLÍTICOS TIENEN LA FACULTAD DE PROPONER A LAS PERSONAS PARA CONFORMAR LOS ORGANISMOS TEMPORALES, ESTO NO SIGNIFICA QUE DEBAN SER AFILIADAS O SIMPATIZANTES DE LOS MISMOS

"En ese sentido, tal como lo ha considerado la *misma* Asamblea Legislativa –y que esta Sala igualmente comparte–, "... las Juntas, independientemente

de su tipo, estarán integradas por personas que aunque sean propuestas por partidos [políticos], gozan de calidad de funcionarios del cuerpo electoral, por lo que deben, como deber principal, velar por la transparencia del evento electoral" (sic): lo cual indica que, los miembros de los organismos electorales no deben responder a los intereses partidarios y particulares del instituto político que los haya propuesto, sino que, cumplir entre otros deberes, con el de garantizar el respeto al sufragio activo, denunciar y evitar –en la medida de sus posibilidades– todo acto que pueda conducir a la alteración ilegítima de las elecciones y, en general, cumplir y velar porque se cumpla la Constitución de la República –arts. 72 ord. 1°, 73 órd. 2° y 78 Cn.–;

3. A partir de lo expuesto y con la interrelación armónica de los principios constitucionales precitados, se llega a una fundamental premisa para el presente caso: *si bien, los partidos políticos tienen la facultad de proponer a las personas para conformar los organismos temporales, esto no significa que deban ser afiliadas o simpatizantes de los mismos; en efecto, tal como se establece en el art. 209 Cn. y en las disposiciones legales objetadas, los partidos políticos tienen la posibilidad de proponer a las personas que conformarán las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos, pero ello no representa, desde un punto de vista constitucional, una habilitación para que la conformación subjetiva de tales organismos electorales se practique con personas que se vinculen formal o materialmente con los partidos políticos, dado que entre sus deberes está, el garantizar la transparencia, igualdad y veracidad del proceso eleccionario.*

A. Conforme a lo anterior, la doctrina contemporánea en materia electoral denomina *"ciudadanización de sistema electoral",* al proceso por medio del cual, la participación de los ciudadanos se vuelve más intensa, en la medida que se considera como un mecanismo de supervisión y control del desarrollo del proceso de elección de funcionarios con legitimación democrática directa, lo cual obliga a entender que la Ley Fundamental reconoce la existencia y el eventual ejercicio de derechos políticos por parte de los ciudadanos. Estos derechos de participación que generan un conjunto de condiciones positivas para que el ciudadano incida en la vida política; en otros términos, son derechos que representan todos los instrumentos que posee el ciudadano para vincularse activamente en la vida pública o, si se quiere, el poder político con el que cuenta aquél para participar, configurar, incidir y decidir en la vida política del Estado *(Cfr.* con Sentencia de 1-X-2014, Inc. 66-2013).

Y es que, la "autonomía e independencia" de los órganos electorales temporales, además de producir efectos democratizadores, permiten garantizar la eficacia constitucional del derecho al sufragio del pueblo y, subsecuentemente la voluntad popular manifestada en las urnas, salvaguardando así los valores constitucionales que se desarrollan en el proceso de elección, todo con el objeto de que las personas electas cuenten con una mayor legitimidad democrática.

En ese sentido, el art. 209 Cn. prescribe que el legislador tiene como límite para normar la forma en cómo se estructuran los organismos electorales temporales, la prohibición para que algún partido político o coalición pueda predominar en la proposición de sus miembros, pero esto no representa que los ciudadanos

propuestos deban tener vinculación político – partidaria; por lo tanto, los partidos políticos no están habilitados para proponer ciudadanos con vinculación político – partidaria, ya que el alcance de la habilitación constitucional para su intervención en la conformación de los organismos electorales temporales, se limita a proponer a los ciudadanos que serán los miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Juntas Receptoras de Votos, lo cual no indica que los mismos puedan ser miembros de los partidos políticos.

En ese orden, si los partidos políticos –únicamente– pueden proponer ciudadanos –que no deben estar vinculados a los mismos– para la conformación del Tribunal Supremo Electoral, como máxima autoridad en materia electoral –art. 208 inc. 4° Cn.–, esta regla constitucional, con mayor razón, es predicable de los organismos electorales temporales que constituyen las instancias inferiores de la administración y jurisdicción electoral –art. 209 inc. 1° Cn.–. ya que la propuesta de los miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos, agrega un refuerzo de legitimidad en los ciudadanos que integran tales entes y en el ejercicio de las funciones que la Ley Fundamental y el resto del ordenamiento jurídico establecen en los procesos electorales de elecciones de primer grado *(Cfr.* con el Considerando V *2.* de la Sentencia de 13-VI-2014, Inc. 18-2014, Caso *Elección del señor Eugenio Chicas Martínez como magistrado del Tribunal Supremo Electoral).*

En consecuencia, esta limitación constitucional en la participación de los partidos políticos en los organismos electorales temporales –por medio de ciudadanos sin relación directa con los partidos– tiene basamento en una mayor ponderación del interés general que conllevan las elecciones de funcionarios de elección popular, sobre el interés particular de los institutos políticos de incluir a sus afiliados a efecto de garantizar la transparencia, confianza e imparcialidad en los comicios.

Y es que, el canon constitucional precitado establece la obligación del Órgano Legislativo de legislar una estructura electoral que permita cumplir las diferentes funciones que la Ley Fundamental ha establecido en tomo a las elecciones; para ello, el constituyente ha permitido que la Asamblea Legislativa, por medio de sus márgenes de estructuración u opción, diseñe los diferentes entes que participarán junto al Tribunal Supremo Electoral, en la administración electoral, el número de personas que las integrarán, las funciones de éstas en aquellas, así como la competencia y atribuciones que tendrán como entes colegiados, a efectos de cumplir las múltiples funciones relacionadas con el proceso electoral; empero, dicha libertad se ve limitada en virtud del equilibrio político que debe procurarse en la conformación de tales entes electorales, el cual se garantiza en la medida en que los miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos–, *no respondan a intereses, directrices u órdenes de los partidos políticos, dado que su finalidad constitucional es salvaguardar el ejercicio democrático del poder soberano (Cfr.* con Auto de 6-III-2015, Inc. 110-2014), *ya que como miembros de los organismos electorales temporales forman parte de un órgano autónomo e independiente, constituyéndose como representantes de los ciudadanos salvadoreños para efectos electorales, los cuales no deben atender los intereses de la fuerza política que propuso su nombramiento, sino*

más bien, los intereses y derechos fundamentales de los ciudadanos, en tanto soberanos, y valores propios de la democracia representativa.

De esta forma, las Juntas Electorales Departamentales, Municipalidades y Receptoras de Votos, *no son mecanismos que únicamente constatan el cumplimiento formal de determinados requisitos,* sino *verdaderos filtros para la corrección del proceso electoral en aras de garantizar de forma previa la legalidad electoral, que determinan, conforme la Ley Fundamental y al resto del ordenamiento jurídico, el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos que pretendan, por una parte, ejercer el sufragio en su manifestación activa; y, por otra, optar a un cargo público de elección popular* (sufragio pasivo) –arts. 72 ords. 1° y 3°, 76 y 78 Cn.–, debido a que, como ya se ha explicitado, los organismos electorales temporales coadyuvan en la administración y jurisdicción electorales –art. 209 y 235 Cn.– y configuran una parte fundamental para garantizar los principios de transparencia, veracidad y legalidad en tales procesos democráticos; en consecuencia, tales entes electorales deben velar por la debida participación del cuerpo electoral en la emisión del voto y verificar –antes de la elección– que los ciudadanos que pretendan ser candidatos a los diferentes cargos de elección popular, cumplan materialmente, los requisitos constitucionales y legales que requieren para optar a los mismos".

CIUDADANIZACIÓN DEL SISTEMA ELECTORAL EN RELACIÓN CON LOS ORGANISMOS ELECTORALES TEMPORALES

"B. En ese orden, la ciudadanización del sistema electoral en relación con los organismos electorales temporales, en términos generales se lleva a cabo por medio de dos grandes etapas:

La *primera* etapa, *institucionalización de un marco normativo* que desarrolle los mecanismos y procesos de selección de quienes aspiran a desempeñarse como miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos; en el que se fije los requisitos, incompatibilidades, inhabilidades, para el acceso, permanencia y relevo en el cargo temporal. De esta manera, se garantiza la independencia del organismo electoral temporal y el cabal cumplimiento de las obligaciones propias de tales cargos.

La *segunda,* la *profesionalización de los órganos electorales* por medio de una previa, constante y suficiente capacitación de sus miembros, y de la colaboración interinstitucional de las diferentes instituciones del Estado; es aquí en donde cobra mayor importancia el papel del Tribunal Supremo Electoral como máxima autoridad en dicha materia –art. 208 Cn.–, dado que, en la actualidad, la eficacia, transparencia y legalidad del proceso electoral depende de que dicho ente constitucional adopte e implemente las medidas, decisiones y acciones que conlleven a tales fines.

Desde esta perspectiva, la capacitación a los miembros de los organismos temporales electorales, además de ser una obligación del Tribunal Supremo Electoral –art. 83 letra a CE–, debe verse como un eje transversal en todos los procesos eleccionarios, con el fin de que los mismos resguarden el poder soberano ejercido en las urnas.

En este punto, conviene recordar el grave incumplimiento del deber antes enunciado en las últimas elecciones para Diputados para la Asamblea Legislativa de 2015, en la que la falta de capacitación –previa, técnica y oportuna– por parte del Tribunal Supremo Electoral, fue lo que obligó a esta Sala, con fundamento en el –art. 208 inc. 4° Cn.–, a ordenar en el proceso de Amparo 177-2015, el recuento de votos en la elección de diputados de la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador, en cuyo proceso se constató la existencia y validez de 20,990.99 votos más que en el escrutinio final practicado originalmente. No tomar en cuenta lo anterior, implicaría dejar de señalar la responsabilidad directa de los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, pues en definitiva, su función primordial, es la de preparar y fiscalizar el proceso electoral.

Por ello, para evitar circunstancias como la anteriormente enunciada, el proceso de ciudadanización de los organismos electorales debe conllevar la determinación del perfil de las personas que los integrarán y la planificación, supervisión, ejecución y evaluación de la capacitación de los miembros que conformen las diferentes Juntas Electorales.

C. Por lo anterior, a partir de esta decisión, debe distinguirse entre: (i) la participación de los partidos políticos en la *proposición* de los ciudadanos que integrarán los organismos electorales, los cuales, como ya se explicitó, no deberán tener vinculación político – partidaria sino que deben de ser independientes, y así, garantizar el respeto y legalidad en la emisión del sufragio activo; y, (ii) la *vigilancia* de los partidos políticos en el proceso electoral, la cual, como ya se aclaró, inicia desde la elaboración del registro electoral, las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral y de los organismos electorales temporales y el desarrollo de las elecciones, según las facultades, derechos y límites que el ordenamiento jurídico les haya reconocido.

4. Por lo tanto, en términos generales, los organismos electorales son una manifestación contralora de la actividad regida por el Tribunal Supremo Electoral, que coadyuvan al cumplimiento de los fines y objetivos de dicha autoridad; a partir de ello, sus miembros son delegados para el ejercicio independiente de determinadas atribuciones en una circunscripción territorial, sin sujeción a ningún elemento externo que interfiera en sus decisiones o lineamientos de trabajo, asegurando así la imparcialidad requerida en el proceso electoral. Desde tal perspectiva, los organismos electorales temporales tienen dos funciones básicas: (i) la fiscalización objetiva de los eventos electorales; y, (ii) la preparación de los procesos electorales en sus respectivas localidades, fiscalizando y colaborando en el proceso eleccionario; en consecuencia, los miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos, al igual que los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, no están al servicio de intereses partidarios o no partidarios, sino que son miembros de un órgano autónomo, los cuales no deben tener los intereses de la fuerza política que propuso su nombramiento, sino más bien, los valores comunes de la competitividad del sistema y la limpieza del proceso electoral *(Cfr.* con Sentencia de 12-X-1998, Amp. 8-1997, y más recientemente, en el Auto de 6-III-2015, Inc. 110-2014 –ya citado–).

Por tanto, la intervención de los organismos electorales, en cuanto administración electoral, es básicamente para asegurar el correcto desenvolvimiento de

los procesos electorales, tanto en la fase emisión del voto como en el escrutinio del mismo, lo cual garantiza el respeto al derecho del sufragio en sus dimensiones activa y pasiva, potenciando el principio de soberanía popular.

5. Dadas las características de los organismos electorales y su incidencia en los asuntos principales y accesorios de carácter operativo y competencial en el proceso de elección, la Asamblea Legislativa debe adoptar las medidas legislativas que permitan asegurar a todos los contendientes en el proceso eleccionario, en condiciones de igualdad y de transparencia, la participación en la conformación subjetiva de los mismos, ya que es fundamental que su composición no dependa de intereses partidarios".

ELECCIÓN DEL QUINTO MIEMBRO DE LOS ORGANISMOS ELECTORALES

"V. A continuación se realizará el examen del motivo de inconstitucionalidad planteado.

1. Cuando se demanda la inconstitucionalidad de una disposición jurídica por la presunta vulneración a una concreción del principio de igualdad, debe realizarse un "juicio igualdad". Este es un test de carácter progresivo compuesto de los siguientes pasos: (i) como consecuencia de la medida normativa cuestionada, debe determinarse si ésta ha introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; (ii) indagar si las situaciones subjetivas que se invoca para hacer la comparación son homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto, es procedente entrar a (iii) determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma, esto es, si está justificada.

2.A. El argumento central del actor consiste en que "los objetos de control protegen solo el derecho de conformar los organismos electorales de los partidos políticos con representación legislativa; de tal manera que se veda al resto de partidos contendientes porque no tienen tal representación; no obstante que también participan en la elección con sus respectivos candidatos".

a. El primer aspecto que debe dilucidarse es si los arts. 91 inc. 1°, 95 inc. 1° y 99 inc. 1° CE establecen la diferencia a la que el demandante se refiere. Los preceptos impugnados establecen que las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos serán compuestas por un máximo de cinco personas, de las cuales cuatro serán propuestas por los partidos políticos *contendientes* que hayan obtenido el mayor número de votos en la última elección del mismo tipo en que hayan participado. El quinto miembro, en los tres organismos electorales, será elegido por sorteo de entre el resto de partidos o coaliciones que habiendo participado en esa misma elección hayan obtenido representación legislativa.

Esta última estructura normativa, al elegir a los partidos políticos o coaliciones con representación legislativa, *tácitamente excluye la posibilidad de los partidos políticos sin dicha representación para proponer al quinto miembro de los entes que conforman la administración electoral.*

Por su parte, el art. 13 inc. 2° DPCNP es claro al establecer que los candidatos no partidarios no podrán proponer miembros a los organismos electorales, lo cual es indicativo de una *prohibición expresa,* que se traduce en una exclusión para realizar tal postulación.

En consecuencia, del tenor de las disposiciones objeto de escrutinio constitucional, se infiere que la primera de las premisas indicadas por el actor debe aceptarse: el legislador ha establecido normativamente una diferencia para proponer al quinto miembro de los organismos electorales, entre: (i) los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa y, (ii) aquellos partidos que no la tienen y con los candidatos no partidarios.

b. El juicio de igualdad permite también indagar si las situaciones subjetivas que se invoca para hacer la comparación son homogéneas o equiparables. En esa línea, la igualdad demanda para su análisis de un factor adicional denominado "patrón de igualdad" o*"tertium comparationis",* según el cual debe establecerse previamente cuál es el criterio relevante de comparación, porque dos situaciones pueden ser iguales si se analizan desde una perspectiva, pero distintas cuando son vistas desde otra óptica. *En el presente caso, la comparación entre partidos políticos con representación legislativa y partidos políticos sin ella (y los candidatos no partidarios), depende o está restringida a la calidad de contendientes en el proceso electoral.* Este es el criterio que debe guiar el análisis en cuestión. En efecto, puede afirmarse que la representación legislativa es un patrón de igualdad inadecuado y carente de vinculación racional, pues no se infiere una relación directa entre la representación legislativa y una nueva contienda electoral; de aceptarse éste último *tertium comparationis,*se permitiría que un Órgano de Estado influyera a favor y en contra de determinados partidos políticos o de candidatos en las elecciones.

Naturalmente –en relación a los candidatos no partidarios–, esta noción no obliga a desconocer las diferencias que existen entre candidatos partidarios y candidatos no partidarios, según otros criterios de comparación. Por ejemplo, una diferencia fundamental entre ambas clases de sujetos se produce a partir de la vinculación formal con un partido político y con su programa ideológico, que aparece en los primeros, pero no en los segundos (Sentencia de 24-X-2011, Inc. 10-2011).

Sin embargo, la calidad de contendientes en los comicios habilita a considerar que deben gozar de la posibilidad de proponer ciudadanos para que participen en el sorteo para la elección del quinto miembro de las Juntas Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos; por tanto, para la homologación o equiparación entre los partidos políticos, con o sin representación partidaria y los candidatos no partidarios, es un criterio razonable. Y es que, todos los candidatos a diputados –independientemente que sean propuestos por un partido con o sin representación legislativa– ejercen su derecho político al sufragio en su dimensión pasiva; cada uno presenta a la población un programa político y propuestas electorales, y compiten por el mismo tipo de cargo público, parámetros que conllevan similitudes que permiten concluir que son equiparables en cuanto al término de comparación propuesto. Por ello, la segunda de las premi-

sas alegadas por el demandante debe aceptarse porque las clases de sujetos antedichas son equiparables.

c. Finalmente, el juicio de igualdad permite determinar si la diferenciación de dos situaciones subjetivas o dos clases de sujetos está o no justificada, no obstante que ellos guardan semejanzas relevantes.

Al intentar justificar la razonabilidad del trato diferenciador, la Asamblea Legislativa planteó dos argumentos; el *primero,* de carácter axiológico, en el que hizo referencia a la justicia y equidad como fundamentos de la igualdad; a partir de ello, expuso una noción orgánica, competencial y funcional de los organismos electorales, para finalmente afirmar que las distintas "... Juntas Electorales deben constituirse conforme al número máximo de personas establecido por la ley, ya que [...], resultaría contraproducente a la seguridad jurídica, que éste número fuera ilimitado"; por lo que "... no se le puede dar cabida a todas las opciones políticas para integrar las Juntas...", en conclusión, dijo que "es menester del legislador buscar un equilibrio [...] reservando un espacio a propuesta de aquellos institutos que gozan previamente de un respaldo popular...".

A criterio de este Tribunal, este argumento debe ser descartado. El motivo de inconstitucionalidad no cuestiona de ninguna manera el número total de miembros de los organismos electorales; tampoco implica reconocer que los partidos sin representación legislativa y los candidatos no partidarios tengan el pleno derecho de designar un miembro en las Juntas Electorales, *sino de la posibilidad real y efectiva para todos los contendientes, de proponer a una persona para el sorteo en la elección del quinto miembro en los organismo electorales.*

El *segundo* argumento aducido por la autoridad demandada, se fundamenta en el principio de representación proporcional que "... también se aplica analógicamente para la conformación de las Juntas..." de conformidad con los arts. 78 y 85 incs. 1° y 2° Cn.; y agregó que tal principio "... es la mejor forma para garantizar una pluralidad de participantes en el proceso electoral, que estén debidamente legitimados". Tal argumento también debe ser rechazado por las siguientes razones: (i) dicha premisa es *contradictoria,* porque si se pretende garantizar la oportunidad real de proponer al quinto miembro en los organismos electorales, las disposiciones jurídicas objetadas regulan lo inverso, ya que tal prerrogativa únicamente es concedida a ciertos sujetos normativos –partidos políticos con representación legislativa–, excluyendo a los demás contendientes; asimismo, (ii) de la interpretación de los arts. 3 y 209 Cn., se colige que dicho canon constitucional no discrimina la clase de partidos políticos que pueden postular personas para ser el último miembro de organismos electorales, ya que en definitiva, los partidos políticos –así como los candidatos no partidarios– son contendientes en la misma elección, situación que los legitima para recibir un tratamiento paritario en la conformación de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos, en consonancia con el art. 3 Cn.

El Fiscal General de la República arguyó que "el legislador justificó en la norma los parámetros del trato diferenciado basado en el número de votos válidos obtenidos...", y es que, dijo, "... en la democracia representativa tienen derecho los votantes de elegir por quien votan y en consecuencia otorgar la posición privilegiada que hoy se trata de impugnar...."; por tanto, "[n]o todos pueden conformar

las posiciones de prevalencia que les otorga la ley, pero sí se ha querido que la mayoría de institutos políticos que participan en la contienda electoral formen parte de las Juntas Electorales; es de entender que no todos pueden quedar en la misma posición, sino respetar la que el pueblo les ha asignado en el ejercicio de la democracia representativa [a]rt. 85 Cn.".

El referido funcionario ha incurrido en el mismo error justificativo que el Órgano Legislativo, porque evade el objeto del debate. La primera parte del argumento hace referencia a los cuatro miembros propuestos por los partidos políticos con mayor número de votos en la elección de que se trate; la segunda parte deriva del anterior, porque dichos institutos políticos gozan de un posición privilegiada al proponer por *derecho propio* a uno de los miembros de los diferentes organismos electorales.

El último aspecto de la justificación expresada por el Fiscal General de la República, es una consecuencia natural de la conformación de los Juntas Electorales, debido a que no todos los designados por los contendientes podrán ser electos miembros de las mismas.

B. Como se dijo antes, una de las obligaciones o mandatos derivados del principio de igualdad es tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas (o clase de sujetos) en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias. Hay, en definitiva, una exigencia de equiparación. Si la autoridad a quien se dirige dicho mandato no lo cumple, tiene el deber o carga de justificar por qué no ha llevado a efecto la equiparación. Y si a su vez, no logra poner de manifiesto ningún tipo de justificación (fáctica o jurídica) que vuelva razonable el incumplimiento del mandato, entonces debe entenderse que se produce una violación a la exigencia derivada del principio de igualdad consistente en tratar de manera paritaria a las situaciones jurídicas o clases de sujetos cuyas similitudes más relevantes que sus diferencias.

En conclusión, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la argumentación pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

Por tanto, dado que los argumentos aducidos por la Asamblea Legislativa para justificar el trato desigual, en perjuicio de los partidos políticos contendientes sin representación legislativa y los candidatos no partidarios, *fueron descartados,* debe concluirse que esta diferencia en la regulación de estos sujetos carece de legitimidad constitucionalidad, en relación con la posibilidad proponer personas para el sorteo para la elección del quinto miembro de los organismos electorales temporales; en consecuencia, los arts. 91 inc. 1°, 95 inc. 1° y 99 inc. 1° CE; y 13 inc. 2° DPCNP, son *inconstitucionales,* y así deberá declararse en la presente sentencia".

EFECTOS DE LA SENTENCIA: ÓRGANO LEGISLATIVO ESTÁ OBLIGADO A REALIZAR ADECUACIÓN DE LEGISLACIÓN ELECTORAL

"VI. Finalmente, es necesario aclarar los efectos jurídicos de esta sentencia, que se producirán a partir de la notificación de la presente decisión y que

se enuncian de la siguiente manera: (i) la inconstitucionalidad antes declarada sobre los arts. 91 inc. 1°**,** 95 inc. 1° y 99 inc. 1° CE, abarca específicamente el texto relativo a "... [el] quinto o quinta será elegido o elegida por sorteo de entre el resto de partidos o coaliciones que habiendo participado en esa misma elección, hayan obtenido representación legislativa...". En el caso, del art 13 DPCNP, la inconstitucionalidad implica la expulsión del ordenamiento jurídico de todo el inciso 2°, ya que todas esas disposiciones transgreden el principio de igualdad, al establecer un trato diferenciado negativo para los partidos políticos sin representación legislativa y para los candidatos no partidarios, al negárseles la oportunidad de proponer a ciudadanos para el sorteo del quinto miembro de los organismos electorales. Por ello, el Órgano Legislativo deberá emitir, con suficiente anticipación al próximo proceso eleccionario, la normativa que posibilite que partidos políticos contendientes –independientemente que tengan o no representación legislativa– y los candidatos no partidarios puedan proponer ciudadanos para ser el quinto miembro a las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos; y, (ii) Asimismo, conforme al *Considerando IV* 3, el Órgano Legislativo deberá adecuar la legislación electoral para garantizar la adopción e implementación del *proceso de ciudadanización de los organismos electorales temporales,* según se ha explicitado en la presente sentencia, atendiendo el límite constitucional fijado respecto a los ciudadanos propuestos por los partidos políticos contendientes y los candidatos no partidarios, como miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos; y establecer además, las normas jurídicas que permitan la institucionalización y profesionalización de los organismos electorales temporales.

En consecuencia, de acuerdo con lo prescrito en los arts. 91 inc. 1°, 95 inc. **1°** y 99 inc. 1° CE, tales entes electorales estarán conformados por cinco miembros; cuatro de ellos serán propuestos por aquellos partidos políticos contendientes que hayan obtenido el mayor número de votos en la última elección del mismo tipo en que hayan participado, no debiendo tener vinculación político – partidaria; y en el caso del quinto miembro, la Asamblea Legislativa – conforme al efecto anterior–, deberá adecuar la legislación electoral a fin de que todos los partidos políticos contendientes (a excepción de los que ya designaron) y los candidatos no partidarios, puedan proponer a los ciudadanos para el respectivo sorteo; siendo aplicable en este caso, la limitación constitucional antes descrita.

Conforme a lo dispuesto en el art. 172 Cn., que obliga a los tribunales a hacer cumplir las sentencias y resoluciones que emiten, esta Sala dará seguimiento y vigilará el cumplimiento efectivo de la presente sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 139-2013, fecha de la resolución: 22/07/2015.

PODER COERCITIVO, EJERCICIO

SE ENCUENTRA SUJETO A LOS CONDICIONAMIENTOS EXIGIBLES A CUALQUIER ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

"Dentro de ellas, para el caso concreto, interesa resaltar aquellas que se relacionan con el poder sancionatorio de la Administración, y cuyo ejercicio puede

incidir negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de quienes revisten la calidad de administrados. La importancia de esta potestad se manifiesta en el hecho de que, si fuera vedada a la Administración, significaría dejarla sin una herramienta muy eficaz para hacer cumplir el ordenamiento jurídico; en otras palabas, en la actualidad, es innegable que a través del Derecho Administrativo Sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades y servidores públicos (Sentencia de 13-II-2015, Inc. 21-2012).

Ahora bien, el ejercicio de este poder coercitivo –en términos históricos denominado como *poder de policía.*– se encuentra sujeto a los condicionamientos exigibles a cualquier actuación administrativa, a saber: (i) *principio de habilitación previa,* para intervenir negativamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos, la Administración necesita de un respaldo normativo explícito conforme a la reserva de ley formal. Se excluye entonces, toda posibilidad de que pueda imponer limitaciones a las libertades públicas sin norma legal que lo ampare; (ii) *principio de proporcionalidad,* debe existir congruencia entre los fines que persigue la actuación administrativa y las medidas de intervención utilizadas; en otros términos, los medios empleados deben corresponderse con los resultados obtenidos y ser los menos lesivos en cuanto su incidencia en la esfera jurídica de los administrados; (iii) *principio de igualdad,* conforme el art. 3 Cn., la actuación administrativa no puede tener como fundamento una discriminación o un tratamiento desigual irrazonable ante los diversos sectores de la población; y, (iv) *principio favor libertatis,* el cual implica que la Administración –dentro de todos aquellos medios posibles o admisibles para realizar una intervención– debe escoger aquél que resulte más favorable a las libertades ciudadanas (Sentencia de 29-VI-2015, Inc. 107-2012).

La conjugación de los principios de *proporcionalidad y favor libertatis,* generan toda una escala o progresión de la actividad administrativa que pueda significar una limitación a derechos fundamentales, a saber: (i) un *grado menor de intervención,* que conlleva la inscripción en un determinado registro o la obligación de soportar inspecciones; (ii) un *grado intermedio,* como acontece con la autorización, en el que la Administración corrobora que se dan las condiciones exigidas para una actividad; (iii) un *grado superior,* donde la actividad administrativa se concreta en prohibiciones y mandatos; y (iv) un *grado o nivel máximo,* en el que se encuentran las privaciones de derechos Fundamentales a favor del interés público.

B. En esa línea, para garantizar una adecuada intervención, el art. 14 Cn. habilita y condiciona constitucionalmente a la Administración Pública para que pueda sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas. Así lo ha reconocido este Tribunal desde la sentencia de 13-XII-88, Controversia 1-88, en la que afirmó que tal enclave constitucional es válido para el establecimiento de sanciones administrativas. Ahora bien, conforme al modelo constitu-

cional y democrático del ejercicio del poder político, tal potestad sancionatoria se encuentra jurídicamente limitada por la ley, entendida ésta no únicamente como ley formal, sino también por las disposiciones del estatuto fundamental salvadoreño, es decir la misma Ley Suprema.

En efecto, sobre ello versa el denominado principio de legalidad, que determina que toda acción administrativa se presente como un ejercicio de poder atribuido previamente por la ley –art. 15 Cn.–, así como delimitado y construido por ella; de manera que no se pueda actuar sin una atribución normativa previa. De esta forma, la ley otorga o habilita a la Administración facultades de actuación que pueden producir efectos jurídicos como la imposición de una sanción, que puede ser de diversa naturaleza a las mencionadas en el art. 14 Cn., según se ha establecido en varios pronunciamientos de este Tribunal (Sentencias de 19-VII-2007 y 15-I-2004, Amps. 332-2006 y 1005-2002, respectivamente).

C. Por tanto, no debe perderse de vista que dicha potestad sancionadora es una de las facetas que el genérico poder punitivo del Estado muestra frente al administrado o sus servidores, pues la diferencia que posee con respecto a los ilícitos de naturaleza penal es nada más cuantitativa –en razón de la intensidad de la sanción a imponer–; lo anterior conlleva a considerar que la doctrina sobre la materia ha reconocido la aplicación de los principios y reglas constitucionalizadas que presiden el Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, con Fundamento en la homogeneización o unidad punitiva, siempre atendiendo a la singularidad en cada uno de sus procedimientos, en respuesta a la naturaleza de los ilícitos y de sus sanciones, así como a la mayor intervención de las sanciones administrativas sobre las penales en el ordenamiento jurídico; por ello, la aplicación de los principios y garantías que rigen en el ámbito de la legislación penal es igualmente exigible y aplicable en el Derecho Administrativo Sancionador *(Cfr.* Sentencia de 29-VI-2015, Inc. 107-2012 –ya citada–).

Así, conforme a la sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, se sostuvo la doctrina originada por la sentencia del Tribunal Constitucional español de 8-VI-1981 –ref. 2/1981–, en la que se afirmó que, con ciertos matices, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, pues ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales; precedente judicial que fue aclarado en la sentencia pronunciada el 23-IX-2000, Amp. 330-2000, en la que Tribunal sostuvo que las potestades excepcionales de imponer arresto o multa conferidas a la administración deben entenderse en concordancia con toda la Ley Fundamental y no en forma aislada, de lo cual se colige que dichas medidas excepcionales se refieren estrictamente al orden del Derecho Penal, por lo que es pertinente recalcar que la potestad sancionatoria concedida a la administración no se limita a lo taxativamente expuesto por el art. 14 Cn., dado que lo prescrito en cuanto al arresto y la multa son potestades punitivas de la administración pero en materia penal, y no administrativo sancionatoria, pues partir del supuesto que la administración en el resto de sus campos no puede sancionar a los administrados que incumplen la ley, sería quitarle la potestad de *imperium* contenida en la Constitución, al dejarla sin formas eficaces de hacer cumplir el ordenamiento jurídico.

2. 4. En relación con lo anterior, cabe agregar que en el ámbito de los procedimientos que pretenden la determinación de la responsabilidad administrativa de una persona, también es exigible el cumplimiento de los principios y el respeto de los derechos que conforman el proceso constitucionalmente configurado.

En efecto, en materia procesal, en el marco del principio de legalidad es ineludible que la imposición de una sanción administrativa requiera la sustanciación de un procedimiento de comprobación del ilícito, el cual debe concluir con una decisión declarativa acerca de su existencia o no, imponiendo en el primer caso la sanción respectiva. Así, el art. 14 Cn. determina que la autoridad administrativa podrá aplicar las sanciones correspondientes por las contravenciones a las leyes, siempre y cuando se haya dado oportunidad de tramitar el debido proceso. Denominación que ha sido caracterizada por esta Sala como aquel proceso que, independientemente de la pretensión que en el mismo se ventile, respeta la estructura básica que la Constitución prescribe para toda clase de procesos (Sentencias de 2-VII-1998 y 26-VI-2000, Amps. 1-I-96 y 642-99, respectivamente). Por ello, el respeto a este principio no se satisface con cualquier forma de procedimiento, sino uno que respete el haz de derechos y garantías que contempla la Ley Fundamental.

Así, la presunción de inocencia, los derechos de audiencia y defensa, de probar, recurrir y el de un proceso público, conjuntamente con los principios de legalidad (en sus diferentes dimensiones), igualdad, contradicción, culpabilidad, proporcionalidad, y de *non bis in ídem,* son derechos y principios que deben compatibilizarse con la naturaleza del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de potenciar su aplicabilidad en tal ámbito.

3. Los anteriores principios -que sin duda deben adecuarse con la naturaleza del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de potenciar su aplicabilidad- disciplinan tanto los ámbitos propios de la *heterotutela* –relaciones de la Administración hacia el exterior de su estructura– y *autotutela* –relaciones de la Administración hacia el interior de su estructura– administrativa, especialmente en los ámbitos de naturaleza sancionatoria.

A. Mediante la primera faceta –la heterotutela– la Administración se plantea el resguardo y protección de los bienes jurídicos de naturaleza eminentemente social. O bien, como se ha sostenido en la jurisprudencia constitucional, dicha faceta policial administrativa enfrenta al Estado contra conductas ilegales de los administrados que atentan contra los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general (Sentencia de 11-XI-2003, Inc. 16-2001).

En tal sentido, todos los administrados se encuentran sujetos al ámbito general de respeto y protección de aquellos aspectos que la comunidad jurídica considera valiosos y que ha elevado a un rango de protección legal mediante leyes penales o administrativas.

B. Pero también, el ejercicio del poder sancionatorio posee una faceta o dimensión *ad intra* o hacia su interior, respecto de aquellas personas con las que tiene relaciones de naturaleza especial y que van más allá de la vinculación del ciudadano promedio.

A tal fenómeno, la doctrina especializada ha denominado *relaciones de supremacía especial, relaciones especiales de sujeción o de intensa sujeción,* y en la que caben englobarse –no sin voces discrepantes en algunos casos– el régimen jurídico de los servidores públicos, los regímenes disciplinarios de carácter militar y policial, las regulaciones a determinados oficios y profesiones, así como las sanciones impuestas en ámbitos educativos o penitenciarios. Adicionalmente, cabe también dentro de este ámbito el régimen particular que se aplica a los concesionarios que desarrollan un servicio público, y en general, de todos aquellos que contratan bienes y servicios para la Administración Pública".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 115-2012, fecha de la resolución: 31/08/2015.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA

DERECHOS DE INFORMACIÓN, ASISTENCIA, PROTECCIÓN, REPARACIÓN Y PARTICIPACIÓN

"IV. En la sentencia de 23-XII-2010 –Inc. 5-2001–, a raíz del desarrollo de la criminología como una disciplina teórica y práctica, así como de la diversidad de instrumentos internacionales relativos a las víctimas –en precisión, de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad–, puede hablarse en la actualidad de un *principio de autonomía de la víctima.*

En efecto, luego de haber considerado a la víctima con poca participación dentro de la justicia criminal, hoy se reconoce que la misma cuenta con una variedad de derechos fundamentales contenidos dentro del denominado *estatuto procesal de la víctima,* el cual comprende los derechos de *información, asistencia, protección, reparación y participación* dentro de las diferentes fases del procedimiento penal e incluso hasta la ejecución de la condena.

Así, el *derecho a la información* comprende la posibilidad de que la víctima pueda conocer lo que acontece antes, durante y de forma posterior a la sustanciación del informativo penal así como los derechos inherentes a su posición procesal. Pero también, el mismo comprende conocer acerca de las opciones que tiene en relación con su asistencia, protección y reparación –v. gr. recibir información sobre las organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo, el tipo de ayuda, etc.–.

En tal sentido, la *Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas* –en adelante *Carta Iberoamericana*– dispone en su art. 4.1 que la víctima debe ser informada de manera comprensible sobre sus derechos y de las actividades que debe realizar para ejercerlos a lo largo del proceso judicial, de modo que cuente con la información necesaria para la toma de las decisiones garantizando el efectivo acceso a la justicia.

Cabe entonces, entre las más importantes concreciones de esta categoría: *(a)* el derecho a que se le informe la forma y términos en que puede proteger sus intereses; *(b)* el derecho a que se le permita conocer la verdad en relación con el delito que le ha perjudicado; y *(c)* el derecho a que se le informe sobre la decisión

definitiva acerca de la persecución penal y de cualquier incidente que se suscite en la ejecución de la pena.

Por su parte, el *derecho a la asistencia legal y extra-legal* plantea –en primer lugar– la necesidad de contar con una asesoría jurídica especializada, y –en segundo lugar– a obtener un respaldo y acompañamiento en los planos médicos, psicológicos y en todo lo relacionado a su desvictimización".

En tal sentido, las *Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables* –en adelante *Reglas de Brasilia*– establecen la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos, lo que implica: *(a)* asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial; y *(b)* en el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales".

Así también, el *derecho a la protección* reconoce que la víctima se encuentra facultada para solicitar y recibir aquellas medidas de protección que se encuentran reconocidas dentro del ordenamiento procesal penal–art. 106 C.Pr.Pn.– y en los regímenes de protección vigentes –v. gr. Ley de Protección de víctimas y Testigos–. En consecuencia, las diferentes instancias que componen el sistema de justicia penal, se encuentran obligados a brindarle seguridad tanto a ella como a su grupo familiar aún y cuando se abstenga de colaborar con el trámite procesal.

Así se establece en la anteriormente citada *Carta Iberoamericana* en su art. 8.1: "[L]a víctima tiene derecho a estar libre de intimidación, acoso y abuso durante todo el proceso judicial. Los sistemas de administración de justicia velarán por el cumplimiento efectivo de estos derechos, adoptando las medidas necesarias cuando la persona vea amenazada su integridad física, mismas que pueden variar según la etapa del proceso penal en la que se encuentra (...). De ser necesaria la medida de protección incluirá a la familia inmediata o las personas que están a cargo de la víctima directa, cuando estos sean objetos de la amenaza. (...) La causas donde existen personas sometidas a los programas de protección deberán ser tramitadas y resueltas de forma expedita, de modo que se pueda minimizar el riesgo en que se encuentran las personas protegidas"".

DERECHO A LA INTERVENCIÓN PROCESAL

"El *derecho a la intervención procesal* implica el derecho de las víctimas a acceder a las diferentes instancias de la Administración de Justicia, lo que no se reduce únicamente a la posibilidad de intervenir directa y efectivamente dentro del proceso como un sujeto procesal –querellante o acusador– sino, a ser escuchadas en cuanto a sus intereses, expectativas y aspiraciones a lo largo de este. A la vez hace relación el art. 11 C.Pr.Pn. que prescribe: "[e]l Estado garantizará el acceso de la víctima del delito a la administración de justicia, quien tendrá derecho a intervenir en el procedimiento en los términos establecidos en este Código".

En relación con el mismo, en una incesante jurisprudencia por parte de esta Sala, se ha dicho que quien se ha visto lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico con relevancia constitucional cuenta con el derecho de acceder a

la jurisdicción. Éste se define –a partir de una interpretación unívoca de los arts. 2, 11, 12, 15 y 172 Cn.– como la aptitud que toda persona tiene a acceder a los tribunales –a través de las vías legalmente establecidas– para la defensa de sus derechos, con el propósito de obtener una resolución motivada y fundada en Derecho. Noción que se manifiesta a través de cuatro grandes rubros en general :*(a)* el acceso a la jurisdicción; *(b)* el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; *(c)* el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y *(d)* el derecho a la ejecución de las resoluciones –sentencia de 12-XI-2010, Inc. 40-2009–".

DERECHO DE ACCESO O INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA AL PROCESO PENAL

"Este *derecho de acceso o intervención de la víctima al proceso penal* implica –y tal como se estipuló en la sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001– una sustancial transformación en los tradicionales sistemas de enjuiciamiento penal aperturando a la víctima nuevos escenarios jurídicos, a saber: *(a)* su participación en todo el procedimiento y en la ejecución penal; *(b)* el reconocimiento normativo de sus derechos; *(c) la* regulación del querellante autónomo y la ampliación de los supuestos de conversión de la acción penal para que pueda intervenir, ya no sólo de forma adhesiva; *(d)* la conciliación en el ámbito de los delitos de acción privada; *(e)* la promoción de acuerdos reparatorios en algunos delitos de persecución pública; *y (f)*la enumeración de un catálogo de deberes que tanto las instituciones del sistema penal como los sujetos procesales deberán tener en cuenta con respecto a su trato con las víctimas".

DERECHO A LA REPARACIÓN

"Por último, bajo la acepción del *derecho a la reparación* se comprende –de acuerdo a lo estipulado en el n° 9 del art. 106 C.Pr.Pn.– el ser "indemnizada por los perjuicios derivados del hecho punible, a que se le reparen los daños ocasionados por el mismo o a que se le restituya el objeto reclamado". En términos sencillos, el término *reparación* se utiliza para abarcar aquellas medidas que realiza el infractor de *naturaleza económica* –restitutorio, compensatorio o indemnizatorio–; *simbólica* –presentación de disculpas– o *material* – prestación de un servicio a favor de la víctima individual o colectiva–".

DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER

"En tal sentido, el núm. 8 de la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* –en adelante *Declaración sobre los Principios*– afirma que "...[l]os delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el

reembolso de los gastos realizados corno consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos".

Por ende, su contenido trasciende a la mera compensación económica, y atiende a la búsqueda de una reparación integral que deberá estar a cargo en un primer momento del victimario; pero cuando la misma sea insuficiente, corresponde al Estado sufragarla conforme a la creación de los denominados fondos de ayuda o compensación creados para tales efectos.

V. La Cámara requirente esgrime argumentos relativos a una efectiva victimización secundaria y de violación a la dignidad humana en el caso de ser ejecutada una intervención corporal sin el consentimiento del perjudicado directamente por el delito.

Ante este cuestionamiento, es necesario partir de lo contenido en el Art. 19 Cn. el cual habilita las intervenciones corporales para prevenir o averiguar delitos o faltas, es decir, expresamente permite la ejecución de este tipo de actos procesales, bajo las condiciones que las leyes establecen.

El empleo de este tipo de actos de investigación sobre la víctima, tiene por finalidad lograr una investigación efectiva, así como la búsqueda de la verdad real de los hechos ilícitos atribuidos, que permitan evitar la impunidad. Son esos precisamente los fines esenciales del proceso que dan lugar a que ciertos sujetos del mismo –imputado o víctima– se conviertan en fuente de prueba, siempre y cuando las actuaciones orientadas a esos fines cumplan los límites legales y jurisprudenciales previamente determinados.

Es importante hacer énfasis en el esfuerzo por buscar los mecanismos que evadan la impunidad, sin que ello signifique el atropello de los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso penal; esto sobre todo tomando en cuenta otros bienes jurídicos de los intervinientes en el proceso, que tengan también la calidad de víctima, más allá de los inherentes a la persona perjudicada con el acto de investigación.

Ciertamente, la autonomía de la víctima para consentir la práctica de una intervención corporal constituye un derecho fundamental que tiene otras implicaciones, entre ellas no consentir ser sujeta de tratos degradantes o envilecedores en la ejecución de esos actos de investigación. Precisamente por esto, no obstante el legislador habilita la práctica obviando el consentimiento de la víctima, se contempla la necesaria autorización judicial para proceder en la ejecución, lo cual conlleva a que sea en definitiva el juez quien decida si el acto no cumple con las condiciones de necesidad, proporcionalidad e idoneidad que habiliten su práctica, pues cuando ello se encuentra fuera de ese marco, es dicha autoridad quien esta facultada a negarlo.

Definitivamente es indispensable contemplar la alternativa que la libre determinación de la víctima para ciertos casos de intervención corporal, tiene una ponderación menos preferente frente a los dos aspectos antes mencionados –una efectiva investigación y la averiguación de la verdad–, siempre y cuando no impliquen una lesión a su integridad física, salud y dignidad, atendiendo a los parámetros de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, corno ya se dijo; siendo obligación del juez evaluar ambos aspectos, lo cual justifica su indefectible actuación.

Aunado a ello, es de tornar en cuenta que la falta de consentimiento de la víctima no significa la intervención automática en su humanidad, pues la misma disposición contempla la imprescindible autorización judicial en la que debe evaluarse la necesidad del acto de investigación y el probable riesgo de revictimización que conllevaría su práctica.

Asimismo, es posible permitir a las autoridades judiciales ordenar la práctica de intervenciones corporales, siempre que: i) sean conducentes a los fines de la investigación penal; ii) no impliquen un trato inhumano o degradante; iii) se practiquen por personal experto y respetando las garantías suficientes; y, iv) que tales intervenciones en ningún caso puedan poner en peligro la vida, la integridad o la salud de la víctima.

Respecto a esta clase de actos de investigación, específicamente en relación con el imputado, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en la sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 Ac., de fecha 24/12/2010, se pronunció respecto a la realización de intervenciones corporales en contra de la voluntad de ese sujeto –según lo dispuesto en el artículo 167 del Código Procesal Penal derogado– para determinar si con ellas se vulneraba la presunción de inocencia –específicamente si se transgredía la prohibición de que el procesado sea obligado a declarar contra sí mismo–, así como la dignidad e integridad física o psíquica de la persona.

Al respecto se sostuvo que, en algunos casos, la única manera de llegar al conocimiento fehaciente de lo ocurrido en relación con un hecho punible, implica aprehender rastros que se encuentran en el cuerpo del imputado.

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 determinados presupuestos.

Así, uno de los límites más importantes a que se encuentran sujetos estos actos de investigación y de prueba, lo constituye el hecho de no poder convertirse en actos que afecten la dignidad de la persona. Esto acontece cuando, en sí mismos o por la forma de realizarse, determinen un trato inhumano o degradante, aspectos prohibidos de forma absoluta.

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

La relacionada jurisprudencia fue retomada en sobreseimiento de HC 8-2013, del 20/5/2013, en la que se determinó, que las intervenciones corporales tienen como característica la ausencia de consentimiento, específicamente del imputado, la cual no es por sí contraria a su intimidad, dignidad e integridad.

Tanto la ausencia de voluntad del imputado como de la víctima –de interés esta última para el control que hoy se ejerce– para la ejecución de intervenciones corporales, no puede deslegitimar su práctica y convertirse en la regla general, en tanto tienen como finalidad la investigación efectiva del delito y la averiguación de la verdad que conlleven a la justicia, lo que podrá realizarse respetando los limites jurisprudenciales y legales orientados a preservar los derechos de in-

tegridad física, salud y dignidad humana de estos sujetos, aspectos que podrán garantizarse de manera efectiva mediante el análisis de proporcionalidad que realicen las autoridades judiciales al momento de autorizar dichos actos.

En tal sentido, se reitera, la probable practica de estas diligencias de investigación, no significan su automática ejecución, antes es insoslayable la decisión judicial que defina su indispensable realización, en la que se determine que no se trata de aquellos actos que vulneren los derechos antes anunciados.

Conviene aclarar que si bien es cierto, imputado y víctima, no tienen la misma condición en el desarrollo de un proceso penal, los fines que persigue la intervención corporal para ambos sujetos, son exactamente los mismos, y ello justifica su práctica, debiendo tener en consideración el juez autorizante –para el caso de la víctima– que de ninguna manera se trate de un acto de investigación revictimizante o victimización secundaria".

En ese marco, resulta necesario definir a la *victimización* o *victimación* secundaria como aquél fenómeno que se caracteriza por la exposición de la víctima a ulteriores situaciones dolorosas, más allá de la que constituyó el hecho delictivo originario –*victimización* o *victimación primaria*–. Desde esta perspectiva, el inicio de un proceso penal puede acarrear – por diversos factores– efectos indeseables para la víctima. Esto es daños de naturaleza psíquica, social o económicos originados exclusivamente por el sistema de justicia penal".

SERVICIOS ESPECIALIZADOS Y DE APOYO A LAS VICTIMAS

"La disminución sensible de estos efectos requiere la creación y mantenimiento de servicios especializados y de apoyo a las víctimas, así como de una obligada formación especializada por quienes laboran para los mismos y de todo aquél que tiene contacto con ella, pese a esto, pueden resultar cuestionables aquellas prácticas procesales que supongan un trato alejado de la compasión y respeto que merece su dignidad personal, en cuyo caso la autoridad judicial deberá denegar su realización.

Al ser así, es de suma importancia que los operadores de justicia, al momento de decidir la ejecución de una intervención corporal, tengan en consideración que estos no generen ese estado de victimización secundaria en el perjudicado, y además que, de ser procedente el acto, garanticen las condiciones que eviten colocar a la víctima en tales condiciones

Ante este panorama, evidentemente el cuestionamiento realizado por la Cámara se traduce en un conflicto entre el derecho de libre determinación de la víctima para consentir las intervenciones corporales y dignidad humana, frente a la averiguación de la verdad en el proceso penal con el fin ulterior de hacer justicia. De tal forma que el primer llamado a superar este tipo de conflictos normativos es el legislador, mediante concreciones legislativas, por lo que la ley representa una manifestación de ponderación legislativa –Sentencia de Inc. 28-2006, del 12/4/2007–".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 62-2012, fecha de la resolución: 17/07/2015.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

CONTENIDO RECONOCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"III**.** Visto que el parámetro de control propuesto está constituido –parcialmente–por el principio de igualdad contemplado en el art. 3 inc. 1° Cn., es preciso iniciar estas consideraciones con una referencia al aludido principio.

1. A. a. La jurisprudencia de esta Sala –como cita, sentencia de 22-VI-2011, Inc. 2-2006– ha reiterado que del principio de igualdad se derivan las siguientes obligaciones: (i) tratar de manera idéntica las situaciones jurídicas idénticas; (ii) tratar de manera diferente las situaciones jurídicas que no comparten ninguna característica; (iii) tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias; y (iv) tratar de manera diferente aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes.

Entonces –se ha sostenido en la precitada jurisprudencia–, si bien la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominantemente formal, su correcta aplicación requiere que el intérprete valore las circunstancias concretas de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede equiparar o diferenciar. Inclusive, existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado en virtud de acciones orientadas a lograr la igualdad en el plano real; se habla, en ese sentido, de "igualdad material".

Ahora bien, en su manifestación de principio constitucional, la igualdad incide en todo el ordenamiento jurídico, tanto en su creación como en su aplicación. Así, el legislador, al momento de configurar la normativa secundaria, *debe tratar de manera paritaria a los ciudadanos que se encuentran en situaciones equiparables* (igualdad en la formulación de la ley). Por su parte, los funcionarios de la Administración y del Órgano Judicial deben resolver de modo semejante los supuestos que sean análogos (igualdad en la aplicación de la ley)".

OBLIGA AL LEGISLADOR A NO ESTABLECER NORMAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES BASADAS EN DIFERENCIAS, QUE NO CORRESPONDAN A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

"b.En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala –verbigracia, sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005– también ha determinado que, como mandato en la formulación de la ley, obliga al legislador a no establecer normas que impliquen restricciones en el goce de los derechos de los sujetos, basadas en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De tal manera –se ha sostenido en la precitada jurisprudencia–, el legislador puede incorporar a las normas elementos que impliquen diferenciación en el tratamiento de los destinatarios de estas, siempre que obedezcan a criterios de valoración relevantes.

Así, si la diferenciación plasmada en una disposición jurídica es el resultado de una desigualdad incorporada por el mismo legislador, la obligación de demostrar su razonabilidad o justificación constitucional incumbe, precisamente, a

quien defiende la ley. Es el legislador quien ha de demostrar en un proceso de inconstitucionalidad que la decisión legislativa impugnada no responde a criterios arbitrarios.

c. Por otra parte, el art. 3 inc. 1° Cn. también establece un derecho fundamental. De esta manera, toda persona tiene derecho a exigir al Estado y, en su caso, a los particulares, que se le brinde un trato igual frente a situaciones jurídicas idénticas o equiparables, y a exigir que se le brinde un trato desigual frente a situaciones totalmente diferentes o que no sean equiparables".

REQUIERE QUE SE SUPERE UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD SOBRE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LA MEDIDA ADOPTADA POR EL LEGISLADOR, EL RESULTADO PRODUCIDO Y LA FINALIDAD PRETENDIDA

"*B.* Establecidas las anteriores líneas generales, la jurisprudencia reseñada (Inc. 2-2006) también ha desarrollado las implicaciones que suscita la aplicación del principio de igualdad.

a. Primeramente, esta Sala ha sostenido que cuando se afirma que dos personas, cosas o situaciones son iguales, ello no significa necesariamente que sean idénticas, sino que comparten, por lo menos, una característica. Por tanto, un juicio de igualdad parte de que existen diferencias entre las personas, cosas o situaciones comparadas.

b.Por otro lado, *la igualdad es un concepto relacional; es decir, no puede predicarse en abstracto de las personas o cosas, sino que se es igual respecto de otra persona o situación y acerca de cierta o determinadas características.* De manera que para formular un juicio de igualdad debe contarse, por lo menos, con dos personas o situaciones (las que se comparan), y una o varias características comunes (el término de comparación).

c. Además, los juicios de igualdad no describen la naturaleza ni la realidad de las personas o situaciones comparadas, sino que se sustentan en la elección de una o más propiedades comunes –decisión libre de quien formula el juicio–, respecto de las cuales se afirma o niega la igualdad.

d. Por último, para que un juicio sobre igualdad tenga relevancia jurídica, no basta con el establecimiento del término de comparación; es necesaria la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, debido a la igualdad o desigualdad encontradas. En términos más concretos, la afirmación de que dos situaciones jurídicas son iguales o diferentes servirá de justificación para formular una regla de trato igual o desigual, respecto de algún derecho o interés legítimo; o, de la evitación de una carga o pena que se ha obviado a otro sujeto jurídico situado en una posición similar al que en la demanda se señala como diferenciado o excluido.

2. Ahora bien, cuando ante esta Sala se plantea una pretensión de inconstitucionalidad en la que se aduce una vulneración del art. 3 inc. 1° Cn., este tribunal debe realizar el "juicio de igualdad", que consiste, básicamente, en establecer si en la disposición impugnada existe o no una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas.

Entonces, la disposición impugnada se somete a un examen en el cual debe encontrarse, primero, la razón de la diferenciación; y segundo, una vez determinado que existe una razón, verificar si esta es legítima desde el punto de vista constitucional. Ambas constataciones permitirán afirmar si la diferenciación es razonable o no.

*3.*En conclusión, el principio de igualdad no siempre implica un idéntico trato legal, al margen de elementos diferenciadores de relevancia jurídica; por ello, no toda desigualdad respecto de la regulación de una determinada materia supone una infracción del citado principio, sino únicamente aquellas que provocan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que medie una justificación objetiva y razonable para ello. Entonces, en virtud del principio de igualdad se exige que *a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas* y, en consecuencia, se excluye la utilización de elementos de diferenciación arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Por tanto, el principio de igualdad, además de exigir que la diferenciación de trato resulte objetivamente justificada, requiere que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 28-2013, fecha de la resolución: 04/11/2015.

OBLIGACIONES DERIVADAS DE SU APLICACIÓN

"*1. A.* a. La jurisprudencia de esta Sala —como cita, sentencia de 22-VI-2011, Inc. 2-2006— ha reiterado que del principio de igualdad se derivan las siguientes obligaciones: (i) tratar de manera idéntica las situaciones jurídicas idénticas; (ii) tratar de manera diferente las situaciones jurídicas que no comparten ninguna característica; (iii) tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias; y (iv) tratar de manera diferente aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes.

Entonces —se ha sostenido en la precitada jurisprudencia—, si bien la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominantemente formal, su correcta aplicación requiere que el intérprete valore las circunstancias concretas de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede equiparar o diferenciar. Inclusive, existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado en virtud de acciones orientadas a lograr la igualdad en el plano real; se habla, en ese sentido, de "igualdad material".

Ahora bien, en su manifestación de principio constitucional, la igualdad incide en todo el ordenamiento jurídico, tanto en su creación como en su aplicación. Así, el legislador, al momento de configurar la normativa secundaria, *debe tratar de manera paritaria a los ciudadanos que se encuentran en situaciones equiparables* (igualdad en la formulación de la ley). Por su parte, los funcionarios de la Administración y del Órgano Judicial deben resolver de modo semejante los supuestos que sean análogos (igualdad en la aplicación de la ley)".

INCIDE EN EL LEGISLADOR PARA QUE NO ESTABLEZCA NORMAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES EN EL GOCE DE LOS DERECHOS BASADAS EN DIFERENCIAS QUE NO CORRESPONDAN A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

"b.En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala —verbigracia, sentencia de 15-II-2012, Inc. 66-2005— también ha determinado que, como mandato en la formulación de la ley, obliga al legislador a no establecer normas que impliquen restricciones en el goce de los derechos de los sujetos basadas en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De tal manera —se ha sostenido en la precitada jurisprudencia—, el legislador puede incorporar a las normas elementos que impliquen diferenciación en el tratamiento de los destinatarios de estas, siempre que obedezcan a criterios de valoración relevantes.

Así, si la diferenciación plasmada en una disposición jurídica es el resultado de una desigualdad incorporada por el mismo legislador, la obligación de demostrar su razonabilidad o justificación constitucional incumbe, precisamente, a quien defiende la ley. Es el legislador quien ha de demostrar en un proceso de inconstitucionalidad que la decisión legislativa impugnada no responde a criterios arbitrarios.

c.Por otra parte, el art. 3 inc. 1° Cn. también establece un derecho fundamental. De esta manera, toda persona tiene derecho a exigir al Estado y, en su caso, a los particulares, que se le brinde un trato igual frente a situaciones jurídicas idénticas o equiparables, y a exigir que se le brinde un trato desigual frente a situaciones totalmente diferentes o que no sean equiparables".

NO SIEMPRE IMPLICA UN IDÉNTICO TRATO LEGAL ANTE ELEMENTOS DIFERENCIADORES DE RELEVANCIA JURÍDICA

"*B.* Establecidas las anteriores líneas generales, la jurisprudencia reseñada (Inc. 2-2006) también ha desarrollado las implicaciones que suscita la aplicación del principio de igualdad.

a. Primeramente, esta Sala ha sostenido que cuando se afirma que dos personas, cosas o situaciones son iguales, ello no significa necesariamente que sean idénticas, sino que comparten, por lo menos, una característica. Por tanto, un juicio de igualdad parte de que existen diferencias entre las personas, cosas o situaciones comparadas.
b. Por otro lado, *la igualdad es un concepto relacional; es decir, no puede predicarse en abstracto de las personas o cosas, sino que se es igual respecto de otra persona o situación y acerca de cierta o determinadas características.* De manera que para formular un juicio de igualdad debe contarse, por lo menos, con dos personas, cosas o situaciones (las que se comparan), y una o varias características comunes (el término de comparación).
c. Además, los juicios de igualdad no describen la naturaleza ni la realidad de las personas o cosas comparadas, sino que se sustentan en la elección de una o más propiedades comunes —decisión libre de quien formula el juicio—, respecto de las cuales se afirma o niega la igualdad.

d. Por último, para que un juicio sobre igualdad tenga relevancia jurídica, no basta con el establecimiento del término de comparación; es necesaria la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, debido a la igualdad o desigualdad encontradas. En términos más concretos, la afirmación de que dos situaciones jurídicas son iguales o diferentes servirá de justificación para formular una regla de trato igual o desigual, respecto de algún derecho o interés legítimo; o, de la evitación de una carga o pena que se ha obviado a otro sujeto jurídico situado en una posición similar al que en la demanda se señala como diferenciado o excluido.

2. Ahora bien, cuando ante esta Sala se plantea una pretensión de inconstitucionalidad en la que se aduce una vulneración del art. 3 inc. 1° Cn., este tribunal debe realizar el "juicio de igualdad", que consiste, básicamente, en establecer si en la disposición impugnada existe o no una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas.

Entonces, la disposición impugnada se somete a un examen en el cual debe encontrarse, primero, la razón de la diferenciación; y segundo, una vez determinado que existe una razón, verificar si esta es legítima desde el punto de vista constitucional. Ambas constataciones permitirán afirmar si la diferenciación es razonable o no.

3. En conclusión, el principio de igualdad no siempre implica un idéntico trato legal, al margen de elementos diferenciadores de relevancia jurídica; por ello, no toda desigualdad respecto de la regulación de una determinada materia supone una infracción del citado principio, sino únicamente aquellas que provocan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que medie una justificación objetiva y razonable para ello. Entonces, en virtud del principio de igualdad se exige que *a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas* y, en consecuencia, se excluye la utilización de elementos de diferenciación arbitrarios o carentes de una justificación razonable".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 34-2011AC, fecha de la resolución: 19/01/2015.

PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

VENCIMIENTO DEL PLAZO

"*3. A.* La Asamblea Legislativa presentó su informe de modo extemporáneo, por lo que las razones que haya argüido para justificar la constitucionalidad de la letra "k" del art. 72 LACAP no serán analizadas.

Tal decisión responde a la jurisprudencia ya consolidada sobre la preclusión de los actos en el proceso de inconstitucionalidad —verbigracia, sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012—; en la cual se ha sostenido que el proceso de inconstitucionalidad se encuentra conformado por una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente y ésta, a su vez, de la posterior, todas ellas destinadas a realizar determinados actos procesales.

Dicho aspecto es el que justifica la idea de *preclusión,* con arreglo a la cual los actos procesales necesariamente deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad que la ley o la resolución judicial determinen si los intervinientes quieren que produzcan los efectos que están llamados a cumplir.

En términos generales, uno de los supuestos en que opera la preclusión alude al *vencimiento del plazo* previsto en la ley o establecido por una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el intervalo de tiempo que corresponde. Cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, es decir, fuera del tiempo conferido, en cuyo caso el planteamiento que se haga no podrá ser considerado por el Tribunal.

Y es que —se ha determinado en la jurisprudencia reseñada—, según el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, cuando la demanda de inconstitucionalidad se admite, esta Sala debe pedir informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición que se considera inconstitucional, la que deberá rendirlo en el término de *diez días.* Este plazo se cuenta en "días hábiles", pues así lo impone el art. 79 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

B. La notificación del auto por el que se requirió el informe a la Asamblea Legislativa en el presente proceso se realizó el día 15-II-2012, y se le concedieron diez días hábiles para rendir su informe, por lo que el plazo para presentarlo finalizó el 29-II-2012; sin embargo, el informe fue presentado hasta el 7-III-2012. Por ello, las razones que pudo haber aducido la autoridad para justificar la constitucionalidad del objeto de control, no pueden ser tomadas en consideración en el presente proceso constitucional".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 61-2011, fecha de la resolución: 10/04/2015.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

CONTENIDO RECONOCIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO

"IV**.** Una vez determinado el marco general constitucional que rige y limita el ejercicio del poder sancionatorio por parte de la Administración, conviene explicar el contenido del principio constitucional conocido como *ne bis in ídem* o *non bis in ídem* —o denominado usualmente como la prohibición de la doble imposición de una pena, de un doble juzgamiento o de la múltiple persecución— que, como ya se dijo, forma parte del cuadro de garantías que la Ley Suprema establece.

1. Uno de los principios fundamentales operativos en el ámbito del *ius puniendi* estatal, y que esta Sala ha erigido como susceptible de protección constitucional y de aplicación directa e inmediata, es el relativo al *non bis in ídem* —*Cfr. con* resolución de 10-VII-2012, H.C. 162- 2011—; aforismo latino, traducible literalmente como "no dos veces en lo mismo", que se entiende, de manera

general, como la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado que impide castigar doblemente una misma acción u *omisión.*

*A.*El contenido de este principio, para algunos, radica en la imposibilidad de una doble condena ante una misma situación. Bajo tal línea —y con diferentes enunciados lingüísticos—, en el constitucionalismo comparado, es usual que este límite inherente al poder punitivo se encuentre expresamente establecido. Así, *v. gr.,* los arts. 103.3 de la Ley Fundamental alemana ("[n]adie podrá ser condenado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales"), 29 inc. *4° parte .final de* la Constitución Política de la República de Colombia ("... no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"), y 42 inc. 1° de la Constitución Política de la República de Costa Rica ("[n]adie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible"), proscriben la posibilidad que las personas sean sometidas nuevamente al poder sancionador estatal.

En el Sistema Internacional de Derechos Humanos, el non bis in ídem se encuentra regulado en los arts. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos([n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una .sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país) y 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ([41 inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos), los cuales señalan la imposibilidad de ser juzgado por los mismos hechos sobre los que exista ya sentencia firme; disposiciones convencionales, que conforme al art. 144 inc. 2° Cn., forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, son obligatorias para todos los poderes públicos.

B. En El Salvador, el art. 11 Cn. contempla un radio de protección que alcanza la prohibición de efectuar más de un juicio por la misma causa.

Bajo tal premisa, nuestra Ley Suprema estableció, la prohibición de doble juzgamiento, desde lo que la doctrina procesal llama "criterio amplio", dado que, el parámetro de control se extiende, no solo para prohibir la doble sanción por el mismo hecho, sino hasta proscribir incluso esa posibilidad, prohibiendo previamente el doble juzgamiento, y por ende el doble procesamiento.

En consecuencia, retomando la doctrina jurídica más avanzada, el entendimiento de la referida garantía se impone no únicamente en cuanto impedimento de una doble condena; sino también de evitar una doble persecución y juzgamiento por lo mismo. Así se ha entendido, por esta Sala en la sentencia de 10-XII-2003, Habeas Corpus 111-2003, en el cual se ha reafirmado que "...el art. 11 de la Constitución [...] establece que nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Esto se traduce en la imposibilidad de que una persona sea sometida a dos procesos penales en forma simultánea o en forma sucesiva sobre los mismos hechos, pues eventualmente o en un caso extremo se estaría exponiendo al procesado a una doble condena".

CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS

"*B.*De acuerdo con lo anterior, esta garantía a favor del ciudadano se distingue en (i) una vertiente *sustantiva o material,* que impide la imposición de doble

condena por un mismo hecho, que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada y, (ii) una vertiente *procedimental o procesal,* que prohíbe la posibilidad de un doble procedimiento sucesivo o simultáneo; aspecto últimamente citado, que se relaciona con el verdadero sentido histórico de excluir el doble riesgo al que puede verse sometido el ciudadano en su integridad o sus bienes*(double jeopardy) —Cfr.* con sentencias de 23-XII-2010 y 29-IV-2013, Incs. 5-2001 y 63-2010, respectivamente—".

PROHÍBE QUE LA MISMA AUTORIDAD O AUTORIDADES DEL MISMO ORDEN, POR DISTINTOS PROCEDIMIENTOS, JUZGUEN Y SANCIONEN REPETIDAMENTE UNA MISMA CONDUCTA

"*C.* En esa línea, existe una línea jurisprudencia) ya consolidada en este Tribunal que efectúa un análisis hermenéutico del art. 11 Cn., la cual ha sostenido que el término *"enjuiciado"* debe entenderse como un pronunciamiento de fondo, sin que pueda existir un procedimiento posterior sobre los mismos hechos, sujetos y motivos —sentencia de 4-V- 1999, Amp. 231-98—; por lo que, dicha disposición legal centra su protección en la preferencia de la vertiente *formal o procesal* que deriva del principio *non bis in ídem* —lo que en definitiva, es el primer nivel de defensa para el ciudadano—, dejando ulteriormente —sin que por ello sea menos importante— la garantía material, la cual surte efectos, en defecto del desarrollo de un proceso judicial o administrativo.

Mientras que el término *"causa"* contenido en la citada disposición constitucional, se ha dicho que se relaciona con la triple identidad de las categorías jurídicas contenidas en el referido principio: (i) *eadem personara* —identidad personal—, el cual indica, que para que opere la prohibición de doble persecución, debe de tratarse de un mismo sujeto de Derecho, es decir, la persona procesada y juzgada por una acción u omisión debe ser la misma, lo que conlleva una referencia estrictamente personal, y sólo puede amparar a la persona natural o jurídica que ya ha sido perseguida; (ii) *eadem res,*explica que hechos idénticos y correspondientes al mismo periodo son incapaces de dar lugar a dos diferentes procedimientos sancionadores; por lo tanto, tal cuadro fáctico ya no puede ni debe ser objeto de un nuevo enjuiciamiento, independientemente de la calificación jurídica o*nomen iuris* que pretenda subsumirse; (iii)*eadem causa petendi,* indica que debe tratarse del mismo motivo por el cual se juzga, y con ello se hace referencia al mismo objetivo final del proceso, si concurre la misma causa de infracción administrativa, corresponde declarar la identidad, por cuanto se trata del mismo motivo de juzgamiento *(Cfr.* con sentencia de 2-XII-2011, H.C. 94-2009); a los cuales deben de agregarse como elementos integradores de esta garantía, (iv) que se trate de un proceso válido; y, (y) que haya recaído resolución de carácter definitivo —al hilo del auto de 15-III-2010, H.C. 67-2009—.

En este contexto, el *non bis in idea,* se refiere tanto a *identidad objetiva* —que se relaciona con la coincidencia tanto fáctica como jurídica de los hechos y de las pretensiones—, como a una *identidad subjetiva* —que se relaciona tanto con el actor y el demandado o sindicado—.

a. resulta evidente que los extremos relativos al referido principio en cuanto a los hechos y en cuanto a los sujetos no plantean dificultades hermenéuticas difíciles, ya que el primero se entiende como la plataforma fáctica que permite efectuar el ulterior análisis jurídico de la probable dualidad, y en cuanto a los segundos —particularmente en cuanto al sindicado— la identificación es plena debido a la necesidad de formular una imputación a una persona concreta en materia sancionatoria penal, administrativa o disciplinaria; en otras palabras, de entre estos tres factores, la concurrencia de la identidad subjetiva suele ser obvia, mientras que es la discusión de la identidad de hechos y de fundamento la que resulta más problemática.
b. Sin embargo, para el caso en concreto, la identidad de fundamento o *causa petendi,* es la que reporta mayores dificultades, ya que, en términos más precisos, supone determinar si ante un mismo hecho encontramos varias disposiciones aplicables y que pertenecen al mismo orden normativo administrativo; *de esta "arma, el principio* non bis in ideen *también prohíbe que la misma autoridad o autoridades del mismo orden, por distintos procedimientos, juzguen y sancionen repetidamente una misma conducta, dado que dicho principio funcionará también internamente dentro del ordenamiento administrativo, impidiendo la duplicidad de sanciones administrativas.*
c. Y es que, tal posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción a la presunción de inocencia y prohibición del doble juzgamiento, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, sean juzgados y sancionados nuevamente".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2012, fecha de la resolución: 13/02/2015.

PRISIÓN POR DEUDAS

TIPOS DE RESTRICCIONES DE LIBERTAD PERMITIDOS EN LA CONSTITUCIÓN

"2. En atención al contenido de la disposición legal objeto de control en este proceso, corresponde en este apartado hacer una breve referencia a los tipos de restricciones de libertad permitidos en la vigente Constitución y a las penas prohibidas en la misma.

A. a. Al respecto, el art. 13 inc. Cn. regula la posibilidad de *detención in fragranti,* que es aquella que puede ser realizada por cualquier persona cuando un delincuente es sorprendido en la comisión flagrante de un delito —cuando lo está ejecutando, cuando acaba de consumarlo e incluso cuando es sorprendido inmediatamente después de la comisión con efectos o instrumentos del delito—, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.

La detención en flagrancia —como se expresó en la Sentencia de I-VII-2003, IIC 382003— tiene una doble finalidad: por un lado, garantizar la persona del imputado ya sea con el propósito de identificarlo o de impedir que se dé a la

fuga y, por otro lado, asegurar los medios de prueba del hecho desde el primer momento de la investigación; siendo este tipo de captura un "acto urgente de investigación" que la policía puede y debe realizar oficiosamente.

b. Además, el art. 13 inc. 2° Cn. contempla la *detención administrativa,* consistente en una restricción al derecho de libertad llevada a cabo por agentes policiales —ya sea por una detención en flagrancia o en cumplimiento de una orden emanada de la Fiscalía General de la República—, con el objeto de hacer comparecer ante la autoridad judicial a quien se señala como autor o partícipe de un hecho delictivo. Dicho artículo establece a su vez como límite temporal máximo de la referida detención el plazo de 72 horas, transcurrido el cual la persona deberá ser puesta a la orden del juez respectivo, y corresponderá a este la decisión en torno al mantenimiento o no de la restricción al derecho de libertad física —Sentencia de 30-IV-2012, HC 499-2011—.

c.Por otro lado, se encuentra la *detención para inquirir* —art. 13 inc. 3° Cn.—, la cual comprende el tiempo en que el detenido, que ya está a disposición del juez, permanece privado de libertad mientras aquél decide sobre su situación personal —restableciendo su libertad o adoptando una medida cautelar interina—, es decir, es un mero mantenimiento de la detención ordenada por la Fiscalía General de la República o practicada por la Policía. Por lo anterior, a la detención por el término de inquirir se le atribuye la naturaleza de una medida cautelar cuyo objeto mediato es una situación jurídica y cuya finalidad es mantener determinado estado o situación de hecho o de derecho, para impedir cambios que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal —Sentencia de 3-XII-2004, HC 62-2004—.

d. En relación con lo anterior, se encuentra la *detención provisional* en el citado art. 13 inc. 3° Cn., conceptualizada como la medida cautelar decretada por juez competente —previa comprobación de los supuestos respectivos—, que consiste en la privación de la libertad de una persona durante la instrucción de un proceso penal en su contra, es decir, mientras se decide su situación jurídica a través del fallo definitivo, con la finalidad de asegurar el buen desarrollo del proceso y la comparecencia del imputado para cualquier diligencia o para la ejecución de la pena —Sentencia de 20-X-2003, HC 56-2003—.

e. Finalmente, el art. 14 Cn. contempla la *sanción administrativa,* la cual, conforme se estableció en la Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, es impuesta por autoridades administrativas como consecuencia de una conducta ilegal —contravenciones a leyes, reglamentos y ordenanzas— y consiste en la privación de un bien o de un derecho, la imposición de la obligación de pagar una multa o el arresto del infractor hasta por 5 días.

La sanción administrativa así entendida no debe confundirse con la pena propiamente dicha, de la cual —como se expuso en el precedente citado y en la Sentencia del 29-IV-2013, Inc. 18-2008— se distingue esencialmente en tres aspectos: (i) la autoridad que las impone, pues las penas son impuestas únicamente por autoridades jurisdiccionales competentes en materia penal, mientras que las sanciones administrativas corresponden a las autoridades administrativas, como excepción al principio de exclusividad de la jurisdicción en cuanto a imposición de penas; (ii) la gravedad de las penas, que excede a la de las sanciones

administrativas; y, (iii) los fines que cada una persigue, por cuanto las penas judiciales están orientadas a la reeducación y reinserción social del infractor, buscando asimismo la prevención de delitos, mientras que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática: el cumplimiento coactivo de la regulación policíaca y el control social a cargo de la Administración".

PENAS PROHIBIDAS POR LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

"*B.* En cuanto a las *penas prohibidas,* la Constitución señala en el art.. 27 Mcs. 1° y 2° casos concretos, a saber: la *pena de muerte* —con la exclusión de los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional—, la *prisión por deudas,* las *penas perpetuas,* las *infamantes,* las *proscriptivas,* así como *toda especie de tormento.*

Para los efectos de la presente resolución, se retomará únicamente el segundo de los casos detallados, es decir, la *prohibición de prisión por deudas.*

3. A. En relación con dicha prohibición, debe mencionarse primero que las normas penales implican la tutela de bienes jurídicos esenciales y tienen una función preventiva, a efecto de procurar la convivencia pacífica de la comunidad, para lo cual han de tender a prevenir los comportamientos lesivos de tales bienes a través de la configuración de penas concretas, razonables y proporcionales, que se aplicarán a quienes los pongan en peligro, dañen o eliminen.

En este sentido, excede esta finalidad castigar conductas que no inciden ni perjudican el objetivo de la pacífica convivencia social por no trascender al ámbito de la responsabilidad penal, como ocurre en el caso del no pago de deudas, ya sean éstas de índole contractual o extracontractual. Y es que, efectivamente, la omisión de cumplir con obligaciones patrimoniales que se originen en relaciones entre particulares o entre éstos y la Administración Pública tiene su remedio en los mecanismos de exigibilidad que para ello establezcan leyes civiles o comerciales, ya se trate de embargo judicial de bienes o incluso ejecuciones forzosas de los mismos como última vía de cumplimiento.

La incompatibilidad de la imposición de penas ante el incumplimiento de obligaciones de índole patrimonial, provenientes tanto de relaciones contractuales o extracontractuales, con el derecho de libertad ha sido establecida en diversos instrumentos jurídicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo, en el art. 7° inc. 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Nadie será *detenido* por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios" (cursivas suplidas), así como en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie será *encarcelado* por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual" (cursivas suplidas).

En este orden de ideas, se afirma que esta prohibición- tiene dos consecuencias concretas: (i) al legislador, con respecto a emitir normas materiales o procesales quetipifiquen y sancionen con pena privativa de libertad la omisión de pagar deudas —siempre que tal incumplimiento no trascienda al ámbito de la responsabilidad penal, como cuando se comete con ardid o engaño— o que establezcan con respecto a tal omisión restricciones cautelares a la libertad; y

(ii) a los jueces, quienes, en observancia del principio de legalidad, no pueden efectuar una interpretación extensiva o analógica de una figura penal para castigar la mera omisión de pago de una deuda, lo que conlleva también el deber de inaplicar, en ejercicio de la facultad del control difuso de constitucionalidad —art. 185 Cn.—, cualquier disposición legal que contravenga dicha prohibición.

B. En relación con lo expuesto, el contenido de la prohibición de prisión por deudas que regula el art. 27 inc. 2° Cn. ya ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional, verbigracia en Sentencia de 22-IV-2003, HC 256-2002.

En tal precedente se manifestó que si bien en términos generales se entiende que una persona se encuentra guardando prisión cuando ya existe una sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada en su contra, en el caso de la disposición constitucional aludida este término no puede entenderse únicamente referido a dicha circunstancia, sino que se refiere a cualquier restricción provisional del derecho de libertad física de la persona. De igual forma, se matizó el sentido del término "deuda" en el art. 27 inc. 2° Cn. como aquella proveniente exclusivamente de obligaciones civiles —las emanadas de relaciones jurídicas de Derecho Privado, ya sea entre particulares o comerciales— de naturaleza patrimonial.

Por lo anterior, en la sentencia citada se expuso que la prohibición consignada en el art. 27 inc. 2° Cn. debe entenderse como el impedimento elevado a rango constitucional de que una persona pueda ser privada de su derecho fundamental de libertad física por incumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer que no trasciendan al ámbito penal, es decir que la obligación no provenga o se fundamente en la comisión de un hecho tipificado como delito perteneciente al Derecho Penal".

OMISIÓN DE PAGO DE FONDO DE VIALIDAD POR TRATARSE DE UN TRIBUTO NO CONLLEVA RESPONSABILIDAD PENAL

"IV**.** *1.* Corresponde ahora analizar el motivo de inconstitucionalidad alegado, para lo cual, conforme a los argumentos del demandante, se determinará primero la naturaleza de la obligación que surge de la imposición del impuesto de vialidad y, posteriormente, se analizará si el apremio que señala la disposición impugnada constituye una restricción a la libertad del sujeto obligado por dicho impuesto.

2. Sobre el primer punto señalado, de la lectura de los considerandos de la Ley de Vialidad se observa que dicho cuerpo normativo tuvo como objeto la creación de un *impuesto* para generar *ingresos económicos* al *"fondo de vialidad",* afecto a sufragar en forma general todas las necesidades y obligaciones del Estado; fondo que, a partir de las reformas realizadas en los años 1950 y 1951 y más recientemente en el año 2010 con la reforma del art. 26 inc. 2° LV, pasó a ser administrado por las municipalidades de acuerdo al domicilio registrado de cada contribuyente.

En este sentido, al tratarse de un tributo, en este caso municipal, no puede obviarse que*la obligación que se genera para los ciudadanos destinatarios del impuesto de vialidad es de índole patrimonial,* en específico una obligación dine-

raria, *cuyo incumplimiento no implica responsabilidad penal* —fuera de los casos en que se omite con ánimo de engaño o ardid y que por ello lesiona bienes jurídicos tutelados por la norma penal, como se dijo en Sentencia de 13-XII-2005, Inc. 9-2004— y *que, por tanto, no podría sancionarse con pena de prisión"*.

TÉRMINO APREMIO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE VIALIDAD, NO PUEDE INTERPRETARSE COMO PRIVACIÓN DE LIBERTAD

"3. Establecido lo anterior, corresponde determinar si el apremio consignado en el art. 4 LV constituye o no una restricción a la libertad personal.

Así, al haber concluido que la obligación a que se refiere la disposición impugnada es de naturaleza patrimonial, en caso de omisión en el pago del impuesto de vialidad la municipalidad respectiva debe perseguir su cumplimiento por medio de los mecanismos extrajudiciales pertinentes o de los procesos judiciales correspondientes en sede civil o de menor cuantía, según el caso, pues no se está en el supuesto de un proceso penal por la imputación de un delito.

En este contexto, el término "apremio" consignado en el art. 4 LV no es sinónimo de detención ni de algún supuesto de restricción provisional de libertad, sino que debe entenderse como una exhortación o emplazamiento del municipio a los contribuyentes morosos, a efecto de que, al no presentar éstos el recibo de ingreso o boleto de recibo según la categoría en que se ubiquen en dicha ley, cumplan con pagar lo adeudado en concepto de impuesto de vialidad en el plazo de 48 horas.

Por todo lo manifestado, *se concluye que siempre que se interprete que el término apremio" no se refiere a privación de libertad, sino a la exhortación o emplazamiento que el municipio realiza a los contribuyentes morosos en el pago del impuesto de vialidad, lo consignado en el art. 4 LV no infringe la prohibición de prisión por deudas establecida en el art. 27 inc. 2° Cn.,* razón por la cual, siendo aquélla preconstitucional, se *constata* que la misma no ha sido derogada por lo regulado en el art. 249 Cn., debiendo declararse así en esta sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 30-2011, fecha de la resolución: 06/02/2015.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIMPLIFICADO

MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EFICACIA

"*4.* En relación con lo antes dicho se ubica el tema de la *simplificación del procedimiento administrativo sancionador.* Ello forma parte de la más amplia y variada actividad de simplificación administrativa, que a su vez tiene como contexto general diversas iniciativas nacionales y regionales de mejora regulatoria o mejora en la calidad de las normas administrativas. Se trata de un esfuerzo de adaptación del funcionamiento de la Administración Pública a las exigencias del mercado y la economía, en vista de la importancia de estos factores sociales para que cada Estado cumpla con sus obligaciones de promoción y fomento del bienestar común (arts. 1 inc. 1°, 101 y 102 Cn.). Una de las orientaciones princi-

pales de esos cambios es incrementar el uso eficiente de los medios personales, materiales y temporales de la Administración, a través de reformas en su estructura orgánica, en la normativa que la rige y en sus procedimientos, lo que debería mejorar su capacidad de respuesta ante los requerimientos y expectativas de los administrados.

La eficiencia administrativa pretendida por medio de la simplificación es una manifestación del *principio constitucional de eficacia,* reconocido en el art. 168 ord. 15° Cn., que incluye entre las atribuciones y obligaciones del titular del Órgano Ejecutivo la de: "Velar por la eficaz gestión y realización de los negocios públicos" (aunque este principio también está aludido en el mandato de "cumplida" justicia, del art. 182 atribución 5ª Cn.). La jurisprudencia constitucional ha relacionado el principio de eficacia con la aceleración del procedimiento legislativo (Sentencia de 13-XI-2001, Inc. 41-2000), con la colaboración interorgánica en materia tributaria (Sentencia de 20-I-2009, Inc. 84-2006) y con los estándares constitucionales del servicio civil (Sentencia de 28-II-2014, Inc. 8-2014). Se trata de una exigencia fundamental de la actuación pública, en el sentido de procurar y lograr de manera efectiva, real o práctica, en la mayor medida posible, los resultados esperados de dicha actividad, los fines correspondientes o los objetivos previamente fijados, en armonía con el interés público y con los límites del ordenamiento jurídico (art. 246 inc. 2° Cn.).

Ahora bien, la evaluación sobre el grado de efectividad o consecución de los fines perseguidos por la actividad administrativa no puede ser indiferente al tiempo en el que esos efectos son obtenidos. No solo importa el qué y el cómo, sino también el cuándo. El tiempo de la actuación administrativa supone costos personales y sociales relevantes, pues, por ejemplo, una de las fuentes de deterioro de la legitimidad y la confianza ciudadana en la Administración es precisamente la lentitud burocrática. Además, la capacidad para determinar la duración de un procedimiento y el momento de su finalización es una manifestación de poder, el poder de hacer esperar a los administrados, y por ello es que tiene relevancia la aceleración de las respuestas institucionales como dimensión de la eficacia administrativa. Entre las vías para esa agilización está la simplificación de los procedimientos administrativos, que puede comprender una reordenación de trámites, supresión de pasos innecesarios, reducción de plazos de algunas etapas, cambios en la documentación de las actuaciones o en las formas de comunicación, etc.

También es frecuente que un rediseño funcional de los procedimientos administrativos se complemente con atribuciones o poderes de dirección del procedimiento que permitan al órgano aplicador una mayor capacidad de gestión sobre su ritmo, infundiéndole velocidad o evitando retrasos originados por actuaciones dilatorias de los intervinientes. Así, junto con la reducción legal de plazos, se prevé un mecanismo de control que asegure la efectividad de ese cambio normativo, así como su adaptación flexible al desenvolvimiento de la actuación administrativa. En dicho sentido, el decreto identificado al principio de esta sentencia expresa entre sus considerandos (n° IV): "Que otro de los aspectos que se persigue con estas reformas, es la de ampliar las facultades de los distintos órganos de la Defensoría, de tal suerte que puedan ejercer mejor sus funciones y defender de forma más efectiva los derechos de las y los consumidores".

Por supuesto, la búsqueda de respuestas administrativas más veloces no es un fin en sí mismo, que pueda sobreponerse a la razón de ser del procedimiento administrativo. Este constituye una forma u ordenación de actividades (en su mayoría relacionadas con la obtención, intercambio, registro y análisis de información) dirigidas a producir válidamente un acto administrativo que, por sus efectos sobre la situación jurídica de los administrados, debe garantizar tanto el respeto a los derechos fundamentales de estos, como el mayor acierto posible en la elección de los medios para cumplir con los fines de la actuación administrativa. En dicho sentido, la simplificación del procedimiento administrativo enfrenta una tensión inicial entre la rapidez y el fundamento suficiente para una decisión atinada, pero dicha tensión puede superarse cuando la abreviación de fases o el acortamiento de plazos respondan a criterios objetivos o justificados y se acompañen de poderes de dirección o gestión del procedimiento que permitan compatibilizarlo con un campo suficiente de ejercicio de los derechos del administrado".

INEXISTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD AL ESTABLECERSE MECANISMO PARA RETORNAR AL TRÁMITE ORDINARIO

"IV. Con base en lo anterior se analizarán los dos motivos de inconstitucionalidad que subsisten como objeto de la pretensión.

1. Según los demandantes, el art. 144-A inc. 1° letra b) LPC fija un plazo "excesivamente reducido, irrazonable y sin fundamento válido" para ejercer la defensa del supuesto infractor en el procedimiento sancionador simplificado. Esta Sala observa que dicho plazo es de 3 días, mientras que en el procedimiento ordinario es de 5 (art. 145 LPC), en ambos casos días hábiles (art. 167 LPC y 145 inc. 2° Código Procesal Civil y Mercantil), de modo que la diferencia relativa del plazo abreviado no es por sí misma indicativa de exceso. La masificación de la actividad contractual del supuesto infractor debería indicar una capacidad de gestión documental compatible con una respuesta oportuna en estos casos, más que limitaciones para el ejercicio de su defensa. La diversidad de temas objeto de la defensa tampoco predetermina insuficiencia del plazo, pues se trata de asuntos que pueden examinarse, documentarse o prepararse en forma simultánea, dentro del plazo conferido.

Asimismo, la disminución relativa del plazo de defensa no puede interpretarse en forma aislada. Primero, porque el art. 144-A LPC, en las letras c) y d) del inc. 1 °, indica con claridad que los 3 días mencionados no comprenden necesariamente la actividad de práctica o producción de la prueba, lo que, según el caso, podrá realizarse en forma sucesiva, en un lapso propio para ello, incluso con diligencias complementarias del tribunal sancionador. Segundo, y más importante, es que la letra d) antes indicada establece expresamente que: "si [dicho órgano] apreciase que han dejado de concurrir los extremos que justifican el procedimiento simplificado o a la vista de la complejidad de las infracciones o, en su caso, de las reclamaciones de los consumidores, el Tribunal podrá resolver que continúe la instrucción por los trámites del procedimiento ordinario".

En otras palabras, dentro de los poderes de dirección o gestión del procedimiento simplificado que se reconocen al Tribunal Sancionador de la Defen-

soría del Consumidor, la misma disposición impugnada prevé una "cláusula de desaceleración" de dicho procedimiento, que permite un retorno a la versión "extendida" u ordinaria del trámite, ajustando el ritmo de las actuaciones administrativas. Al relacionar esa alternativa con el alcance del derecho a disponer de un tiempo adecuado para la preparación de la defensa, expuesto en el considerando anterior (III.2), resulta que si el supuesto infractor considera necesaria y justificada una extensión del plazo legal o incluso el abandono de la versión simplificada del procedimiento, puede plantearlo así en su escrito de defensa, dado que el artículo impugnado prevé un mecanismo para flexibilizar la aceleración pretendida que, como ya se dijo (III.4), sí tiene fundamento válido, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa. Por estas razones, *se declarará que no existe la inconstitucionalidad alegada"*.

SIMPLIFICACIÓN NO DISPENSA A LA ADMINISTRACIÓN LA CARGA DE PROBAR LA CULPABILIDAD DEL SUPUESTO INFRACTOR

"*2.* La supuesta violación al derecho a la presunción de inocencia consistiría en que los supuestos para simplificar el procedimiento sancionador (cuando haya denuncia oficiosa con determinación clara de los hechos; y cuando se trate de alguna de las infracciones enumeradas en el inc. 2° del art. 144-A LPC) y la disminución del plazo de defensa equivaldrían a una presunción de culpabilidad. Este argumento es inaceptable porque, como ya se dijo, la abreviación del procedimiento es razonable o justificada, pero además hay que destacar que en ningún momento dicha simplificación dispensa a la Administración de la carga de probar la culpabilidad del supuesto infractor (de nuevo, basta leer las letras c) y d) del inc. 1° del art. 144-A LPC, que regulan expresamente la necesidad de actividad probatoria dentro del procedimiento simplificado). La idea de que ese espacio probatorio es para probar la inocencia y no la culpabilidad es una simple afirmación de los demandantes, sin base racional en el contenido de la disposición impugnada.

La frase: "Cuando se trate de denuncias de oficio, y los hechos estén claramente determinados" se refiere a la disponibilidad de antecedentes informativos (arts. 58 letra f), 101, 143 inc. 2°, 144 inc. 1°, 155 LPC) que disminuyen o descartan la necesidad de una actividad de comprobación más amplia, aunque solo respecto de uno de los extremos probatorios de la infracción (su existencia), dejando subsistente la necesidad de prueba sobre la participación o autoría del supuesto infractor. Esta carga probatoria de la Administración tiene una oportunidad para ser cumplida en el diseño legal del procedimiento simplificado, durante la fase de prueba a que se refiere el art. 144-A inc. 1° letra c). La lista de infracciones del inc. 2° de dicho artículo tampoco implica una presunción de culpabilidad, pues no hay dispensa de prueba, sino que incluye infracciones que por su forma de comisión (por ejemplo, uso de cláusulas abusivas, oferta de productos vencidos u obstaculización de funciones de la Defensoría) hacen probable la preexistencia de información pertinente, que disminuya la carga de una indagación empírica más dilatada. En consecuencia, también *se desestimará este punto de la pretensión"*.
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 94-2013, fecha de la resolución: 16/10/2015.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CONJUNTO DE ENTIDADES ESTATALES ENCARGADAS DE LAS FUNCIONES DE EJECUCIÓN Y GESTIÓN DE LA COSA PÚBLICA

"III**.** *1. A.* La Administración Pública se entiende como el conjunto de entidades estatales encargadas de las funciones de ejecución y gestión de la cosa pública, con la finalidad de satisfacer el interés general o colectivo. De ahí que se constituye en uno de los instrumentos más importantes con que cuenta el gobierno en su tarea de dirección política, económica y social del país. A fin de realizar la satisfacción de los intereses generales, la Administración cuenta con un poder no sólo de crear normas —generales, impersonales y abstractas— de rango inferior al legislativo, sino también para dictar decisiones y hacerlas ejecutar de forma inevitable (sentencia de 29-IV-2013, Inc. 18-2008). Estas potestades se caracterizan como posibilidades y deberes de actuación que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración, para que puedan producir efectos jurídicos en la realidad y tengan la capacidad de imponer al administrado el deber de tolerancia al desarrollarse su ejercicio.

Dentro de ellas, para el caso sub júdice, interesa resaltar aquellas que se relacionan con el poder sancionatorio de la Administración, y cuyo ejercicio puede incidir negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de quienes revisten la calidad de administrados. La importancia de esta potestad se manifiesta en el hecho de que, si fuera vedada a la Administración, significaría dejarla sin una herramienta muy eficaz para hacer cumplir el ordenamiento jurídico; en otras palabras, en la actualidad, es innegable que a través del Derecho Administrativo Sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades y servidores públicos".

ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN HABILITA POTESTAD SANCIONATORIA

"*B.* El art. 14 Cn. habilita constitucionalmente a la Administración Pública para que pueda sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas. Así lo ha reconocido esta Sala en la sentencia de 13-XII-88, Controversia 1-88, en la que afirmó que tal enclave constitucional es válido para el establecimiento de sanciones administrativas. Ahora bien, conforme al modelo constitucional y democrático del ejercicio del poder político, tal potestad sancionatoria se encuentra jurídicamente limitada por la ley, entendida ésta no únicamente como ley formal, sino también por las disposiciones del estatuto fundamental salvadoreño, es decir la misma Constitución.

En efecto, sobre ello versa el denominado *principio de legalidad,* que determina que toda acción administrativa se presente como un ejercicio de poder

atribuido previamente por la ley, así como delimitado y construido por ella; de manera que no se pueda actuar sin una atribución normativa previa. De esta forma, la ley otorga o habilita a la Administración facultades de actuación que pueden producir efectos jurídicos como la imposición de una sanción, que puede ser de diversa naturaleza a las mencionadas en el art. 14 Cn., según se ha establecido en varios pronunciamientos de este Tribunal (sentencias de 19-VII-2007 y 15-I2004, Amps. 332-2006 y 1005-2002, respectivamente)".

APLICACIÓN DE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS QUE RIGEN EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN PENAL ES IGUALMENTE EXIGIBLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

"*C.* Por tanto, no debe perderse de vista que dicha potestad sancionadora es una de las facetas que el *genérico poder punitivo* del Estado muestra frente al administrado o sus servidores, pues la diferencia que posee con respecto a los ilícitos de naturaleza penal es nada más cuantitativa —en razón de la intensidad de la sanción a imponer—; lo anterior conlleva a considerar que la doctrina sobre la materia ha reconocido la aplicación de los principios y reglas constitucionalizadas que presiden el Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, con fundamento en la *homogeneización* o *unidad punitiva,* siempre atendiendo a la singularidad en cada uno de sus procedimientos, en respuesta a la naturaleza de los ilícitos y de sus sanciones, así como a la mayor intervención de las sanciones administrativas sobre las penales en el ordenamiento jurídico; por ello, *la aplicación de los principios y garantías que rigen en el ámbito de la legislación penal es igualmente exigible en el Derecho Administrativo Sancionador.*

Así, conforme a la sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, se sostuvo la doctrina originada por la sentencia del Tribunal Constitucional español de 8-VI-1981 —ref. 2/1981—, en la que se afirmó que, con ciertos matices, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, pues ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.

2. A. En relación con lo anterior, cabe agregar que e*n el ámbito de los procedimientos que pretenden la determinación de la responsabilidad administrativa de una persona, también es exigible el cumplimiento de los principios y el respeto de los derechos que conforman el proceso constitucionalmente configurado.*

En efecto, en materia procesal, en el marco del principio de legalidad es ineludible que la imposición de una sanción administrativa requiera la sustanciación de un procedimiento de comprobación del ilícito, el cual debe concluir con una decisión declarativa acerca de su existencia o no, imponiendo en el primer caso la sanción respectiva. Así, el art. 14 Cn. determina que la autoridad administrativa podrá aplicar las sanciones correspondientes por las contravenciones a las leyes, siempre y cuando se haya dado oportunidad de tramitar el *debido proceso.* Denominación que ha sido caracterizada por esta Sala como aquel proceso que, independientemente de la pretensión que en el mismo se ventile, respeta la estructura básica que la Constitución prescribe para toda clase de

procesos (sentencias de 2-VII-1998 y 26-VI2000, Amps. 1-I-96 y 642-99, respectivamente). Por ello, e*l respeto a este principio no se satisface con cualquier forma de procedimiento, sino uno que respete el haz de derechos y garantías que contempla la Constitución.*

Así, derecho de audiencia y defensa, presunción de inocencia, de probar y recurrir y el de un proceso público, conjuntamente con los principios de legalidad, igualdad, contradicción, culpabilidad, proporcionalidad, y de *non bis in ídem,* son derechos y principios que deben compatibilizarse con la naturaleza del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de potenciar su aplicabilidad en tal ámbito.

3. Los anteriores principios que —sin duda deben compatibilizarse con la naturaleza del Derecho Administrativo, a fin de potenciar su aplicabilidad— disciplinan tanto los ámbitos propios de la *heterotutela* —relaciones de la Administración hacia el exterior de su estructura— y *autotutela* —relaciones de la Administración hacia el interior de su estructura— administrativa, especialmente en los ámbitos de naturaleza sancionatoria.

A. Mediante la primera faceta —la heterotutela— la Administración se plantea el resguardo y protección de los bienes jurídicos de naturaleza eminentemente social. O bien, como se sostuvo en la sentencia de 11-XI-2003, Inc. 16-2001, dicha faceta policial administrativa enfrenta al Estado contra conductas ilegales de los administrados que atentan contra los *bienes jurídicos* precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general.

En tal sentido, todos los administrados se encuentran sujetos al ámbito general de respeto y protección de aquellos aspectos que la comunidad jurídica considera valiosos y que ha elevado a un rango de protección legal mediante leyes penales o administrativas.

B. Pero también, el ejercicio del poder sancionatorio posee una faceta o dimensión ad intra o hacia su interior, respecto de aquellas personas con las que tiene relaciones de naturaleza especial y que van más allá de la vinculación del ciudadano promedio.

A tal fenómeno, la doctrina especializada ha denominado relaciones de supremacía especial, relaciones especiales de sujeción o de intensa .sujeción, y en la que caben englobarse --no sin voces discrepantes en algunos casos— el régimen jurídico de los servidores públicos, los regímenes disciplinarios de carácter militar y policial, las regulaciones a determinados oficios y profesiones, así como las sanciones impuestas en ámbitos educativos o penitenciarios. Adicionalmente, caben también dentro de este ámbito el régimen particular que se aplica a los concesionarios que desarrollan un servicio público, y en general, de todos aquellos que contratan bienes y servicios para la Administración Pública.

C. Al vincular las ideas hasta el momento desarrolladas, esta Sala advierte que la existencia de relaciones de sujeción especial —como lo puede ser, entre otras, las de los oferentes y contratistas de bienes y servicios de la Administración Pública—, no son ámbitos en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda limitar los mismos sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y, por lo tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los

derechos fundamentales, sin perjuicio que la Administración goza de un poder normativo, que no sería aceptable sin el supuesto de esa especial relación".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 21-2012, fecha de la resolución: 13/02/2015.

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

OBJETO Y PARÁMETRO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

"*1. A.* Este tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que la finalidad rectora y fundamental del proceso de inconstitucionalidad es establecer un contraste entre normas, a partir del cual se pueda verificar la confrontación preceptiva entre la disposición impugnada y la Constitución, a efecto de invalidar la primera si resulta incompatible con la segunda.

Así —se ha reiterado—, el ordinal 2° del artículo 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece como requisitos de la demanda: la identificación de "la ley, decreto o reglamento que se estime inconstitucional" —lo que, doctrinariamente y jurisprudencialmente, se denomina *objeto de control de constitucionalidad—;* y, en el ordinal 3°, que se citen "los artículos pertinentes de la Constitución" que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado —que, también doctrinariamente, se denomina *parámetro de control de constitucionalidad*— (resolución de 4-VII-2007, Inc. 44-2006).

En ese orden, el control abstracto a ejercer por parte de esta Sala radica en la confrontación normativa que el peticionario plantea en su demanda, o bien —según sea el caso— que alguna autoridad jurisdiccional consigna en su declaratoria de inaplicabilidad, y que justifica con sus argumentos, siendo los dos extremos de tal cotejo o confrontación: (a) la disposición constitucional que se propone como canon o parámetro; y (b) la disposición infra-constitucional, cuerpo normativo o acto concreto realizado en aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional que se declara inaplicable o se pide invalidar.

En consecuencia, si se verifica una reforma o derogación de la legislación relacionada con el proceso de inconstitucionalidad, generalmente se altera la tramitación del proceso. Ello, en tanto que las eventuales modificaciones practicadas por el legislador sobre la norma sometida al control constitucional podrían incidir en la resolución del proceso.

Y es que, el proceso de inconstitucionalidad no detiene al Órgano Legislativo en su labor de legislar, por lo cual el alcance del litigio no se perpetúa cuando se plantea la demanda de inconstitucionalidad y tampoco se encuentra ajeno a las modificaciones que puedan surgir a partir del ejercicio de potestades legislativas".

TRAMITACIÓN Y NORMAL CONCLUSIÓN ESTÁN CONDICIONADAS POR LA EXISTENCIA DEL OBJETO DE CONTROL

"Por consiguiente, la tramitación y normal conclusión del proceso de inconstitucionalidad estarán condicionadas por la existencia del objeto de control, es

decir, de la disposición infra-constitucional sobre la cual se ha de realizar el examen de constitucionalidad. De tal forma, si la disposición objeto de control ya ha sido derogada al momento de presentarse la demanda, se derogó durante el desarrollo del proceso, o es expulsada del ordenamiento jurídico mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este tribunal, el objeto de control deja de existir, por lo que el proceso carecería de finalidad, pues no habría un sustrato material sobre el cual pronunciarse.

B. Sin embargo, cuando durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad se verifica alguna modificación en la disposición sometida a control, o bien su derogatoria expresa por una nueva normativa, es preciso determinar —como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala— los efectos que ello genera en la norma concernida, pues si el contraste normativo subsiste en el nuevo cuerpo legal, es posible examinar la continuidad de los términos de impugnación de la norma derogada (auto de 31-VII-2009, Inc. 94-2007).

Así, ante cualquier modificación legislativa efectuada sobre el objeto de control o en virtud de alguna otra disposición que pueda recaer sobre aquella, lo determinante para este tribunal es establecer la permanencia o no en el ordenamiento jurídico de la *norma* que fue inicialmente impugnada o inaplicada.

C. En el caso en análisis se advierte que mediante Decreto Legislativo n° 712, de 18-IX-2008, publicado en el Diario Oficial n° 224 Tomo 381, de 27-XI-2008, se decretó el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual, en su art. 705 deroga "todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código"; y, en su art. 622 regula lo relacionado con los embargos de salarios, sueldos y pensiones. Así, podría considerarse que en virtud de los artículos reseñados, ha sido derogada cualquier disposición previa relacionada con los embargos de salarios, sueldos y pensiones, entre las cuales se encontraría el objeto de control. No obstante, como lo han indicado el Juez Cuarto de lo Civil y Mercantil de esta ciudad y el Fiscal General de la República, para determinar la vigencia del objeto de control debe tomarse en cuenta que la LSAP —a la cual pertenece— en su art. 235 establece que "La presente Ley por su carácter especial prevalecerá sobre cualesquiera otras que la contraríen. Para su derogación o modificación, se la deberá mencionar en forma expresa". Derogatoria que no consta en los aludidos arts. 622 y 705 del CPCM.

Por tanto, esta Sala considera atendible el criterio de las precitadas autoridades en cuanto a la vigencia del art. 145 de la LSAP, ya que el CPCM constituye una normativa general, y la LSAP, una especial; asimismo, visto que el art. 235 de la LSAP establece claramente su prevalencia sobre cualquier otra ley y que para su derogatoria o reforma, es necesaria la mención expresa de ello. Mención que no se realizó en el art. 705 del CPCM. De manera que, a juicio de este tribunal, el 145 de la LSAP no ha sido derogado por el CPCM, sino que mantiene su vigencia; y por ello, es susceptible del análisis constitucional concernido".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 34-2011AC, fecha de la resolución: 19/01/2015.

PROCESOS SANCIONADORES REGULADOS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS QUE CONFORMAN EL PROCESO CONSTITUCIONALMENTE CONFIGURADO

"2. A. En relación con lo anterior, cabe agregar que en el ámbito de los que pretenden la determinación de la responsabilidad administrativa de una persona, también es exigible el cumplimiento de los principios y el respeto de los derechos que conforman el proceso constitucionalmente configurado.

En efecto, en materia procesal, en el marco del principio de legalidad es ineludible que la imposición de una sanción administrativa requiera la sustanciación de un procedimiento de comprobación del ilícito, el cual debe concluir con una decisión declarativa acerca de su existencia o no, imponiendo en el primer caso la sanción respectiva. Así, el art. 14 Cn. determina que la autoridad administrativa podrá aplicar las sanciones correspondientes por las contravenciones a las leyes, siempre y cuando se haya dado oportunidad de tramitar el debido proceso. Denominación que ha sido caracterizada por esta Sala como aquel proceso que, independientemente de la pretensión que en el mismo se ventile, respeta la estructura básica que la Constitución prescribe para toda clase de procesos (sentencias de 2-VII-1998 y 26-VI-2000, Amps. 1-I-96 y 642-99, respectivamente). Por ello, el respeto a este principio no se satisface con cualquier forma de procedimiento, sino uno que respete el haz de derechos y garantías que contempla la Constitución.

El derecho de audiencia y defensa, presunción de inocencia, de probar y recurrir y el de un proceso público, conjuntamente con los principios de legalidad, igualdad, contradicción, culpabilidad, proporcionalidad, etc. son derechos y principios que deben compatibilizarse con la naturaleza del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de potenciar su aplicabilidad en los ámbitos propios de la *heterotutela* —relaciones de la Administración hacia el exterior de su estructura— y *autotutela* —relaciones de la Administración hacia el interior de su estructura—administrativa, especialmente en los ámbitos de naturaleza sancionatoria; en otros términos, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos ajustes, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, esta operación *no* puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza".

RELACIONES DE SUPREMACÍA ESPECIAL EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

"*B.* En ese sentido, la segunda faceta —la *autotutela*— se refiere al poder sancionatorio *ad intra* o hacia su interior, respecto de aquellas personas con las que tiene relaciones de naturaleza especial y que van más allá de la vinculación del ciudadano promedio. A tal fenómeno, la doctrina especializada ha denominado *relaciones de supremacía especial, relaciones especiales de sujeción* o de

intensa sujeción, y en la que caben englobarse —no sin voces discrepantes en algunos casos— el régimen jurídico de los servidores públicos, los regímenes disciplinarios de carácter militar y policial, las regulaciones a determinados oficios y profesiones, así como las sanciones impuestas en ámbitos educativos o penitenciarios. Adicionalmente, caben también dentro de este ámbito el régimen particular que se aplica a los concesionarios que desarrollan un servicio público (sentencia de 29-IV-2013, Inc. 18-2008, ya citada)".

EJERCICIO DEL PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO PUEDE CONVERTIRSE EN EL EJERCICIO DE UN PODER ARBITRARIO

"*C.* En ese orden de ideas, es viable afirmar que los órganos administrativos detentan en términos generales una potestad disciplinaria sobre los agentes que se encuentran integrados en su organización, en virtud de la cual pueden aplicárseles sanciones de diversa índole ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el cargo les impone. Y eso se efectúa, con el propósito de conservar la disciplina interna y garantizar el ejercicio regular de las funciones públicas.

Sin embargo, *también es ineludible considerar que el ejercicio del poder administrativo sancionador no puede convertirse en el ejercicio de un poder arbitrario. Pues sí bien, la imposición de una sanción administrativa requiere la sustanciación del respectivo informativo —en el que el ente competente tiene ciertas potestades para la investigación de los hechos y en cuanto la deducción de responsabilidades—, en contrapartida, se deben reconocer y garantizar la eficacia y vigencia de los derechos y principios constitucionales a quienes aparezcan como presuntos responsables de los mismos; es decir, se trata de lograr un equilibrio entre intereses distintos —el de la Administración Pública y los servidores de la misma—, por lo que, sería contrario a la Constitución sacrificar los derechos fundamentales en las situaciones de sujeción especial, en beneficio de las funciones públicas.*

IV. Así, como se había adelantado, el derecho de defensa —arts. 2 y 12 Cn.— es integrante de ese haz de derechos y principios que deben garantizarse durante los procesos administrativos sancionatorios.

1. Y es que, de forma genérica, la defensa comprende, todo medio de oposición a las posiciones subjetivas de la respectiva contraparte, de lo cual se deriva que el derecho de defensa está íntimamente vinculado al derecho de audiencia, dado que éste establece la obligación del juzgador, antes de solucionar la controversia, de posibilitar —de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución— al menos una oportunidad procedimental para que se exponga la posición del demandado —principio de contradicción— *(Cfr.* con sentencia de 18-XII-2009. Inc. 23-2003).

Desde tal perspectiva, el referido derecho se concretiza por medio de un desdoblamiento subjetivo de la actividad defensiva; el primero, referido a la *defensa material* realizada por el mismo procesado, consiste en la intervención directa y personal del procesado, realizando actividades encaminadas a preservar su esfera jurídica individual; el segundo, por medio de actuaciones a cargo de

un técnico del derecho, denominado usualmente como *defensa técnica,* es decir, la confiada a un profesional del derecho, que interviene en el proceso penal o administrativo para asistir y representar al imputado, rebatiendo los argumentos contrarios, interviniendo en las pruebas, o bien formulando conclusiones*(Cfr.* entre otras, sentencias de 26-IV-2004, 10-X1-2004, 4-III-2010 y 16-VI-2010, H.C. 162-2003, 34-2003, 85-2008 y 205-2008, respectivamente)".

DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

"*2.* El derecho a la defensa técnica —llamado también de asistencia letrada— que el art. 12 Cn. consagra de manera singularizada, con proyección especial hacia el proceso penal, debe aplicarse a los demás procesos los cuales tienen una *finalidad punitiva,* ya que este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, *el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a todos los poderes públicos el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión;* en efecto, esta Sala advierte que, cuando se pretende ejercitar el poder punitivo estatal, los derechos fundamentales son ante todo *derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado,* en consecuencia, en los contenidos constitucionales se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

El derecho en comento comparte de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instruir su propia defensa *(Cfr.* sentencia de 19-V-2010, Amp. 404-2008), en otras palabras, se traduce, ante todo, en la obligación del Estado de garantizar que el procesado, como regla general, pueda elegir al profesional que le defienda en el proceso, a *contrario sensu,* impedir que la persona ejerza su derecho de defensa técnica, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que conllevan afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona, lo cual implicaría supeditar tal garantía constitucional y convencional del enjuiciado, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo que en definitiva, es evidentemente contrario a la garantía del *contenido esencial del derecho de defensa técnica,* porque transgreden el ámbito *indisponible* de dicho derecho por parte de cualquier poder público o privado.

A. En el Sistema Internacional de protección de Derechos Humanos —específicamente en lo que al derecho de defensa técnica se refiere—, los arts. 8. 2. letra d) CADH, 11.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.3. letra d) del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, en general, prescriben que durante el proceso, toda persona tendrá derecho, en plena igualdad, a determinadas garantías mínimas, dentro de las cuales se encuentra la de defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección.

Sobre el tema, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos,* ha sostenido que "... la acusación puede ser enfrentada y refutada [...] por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien asesora al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alía,* un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona [...], el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo..." *(Cfr.*sentencias de 17-XI-2009 y 23-XI-2010, Casos *Barreto Leiva vs. Venezuela y Vélez Loor vs. Panamá,* respectivamente)".

CONSECUENCIAS SUSTANCIALES QUE SE PRODUCEN DE LA GARANTÍA DE LA DEFENSA TÉCNICA

"De lo expuesto, puede colegirse algunas consecuencias sustanciales que se producen de la garantía de la defensa técnica: (i) que en la medida de lo posible el procesado pueda elegir a su abogado defensor; y, que el defensor elegido o designado (ii) sea nombrado desde el inicio del procedimiento; (iii) tenga la oportunidad de comunicarse libre y confidencialmente con su representado; (iv) que el abogado a quien se encomiende la defensa de una persona, pueda tener conocimiento oportuno y completo de los cargos y del contenido del expediente y (v) que ni las autoridades judiciales ni las administrativas interpongan cualquier tipo de obstáculos que impidan al defensor aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones".

EXIGENCIA DE LA DEFENSA TÉCNICA NO ESTA CIRCUNSCRITA ÚNICAMENTE AL PROCESO PENAL

"B. Por tanto, este Tribunal considera que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental no solo ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal, situación que conduce a que *se intensifiquen las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio efectivo ante el ejercicio del poder punitivo del Estado y evitar cualquier clase de indefensión.* De allí también el por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente, pues se alienta y promociona el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano".

DISPOSICIONES IMPUGNADAS RESTRINGEN EL USO DEL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

"*A.* Con relación a los anteriores argumentos, esta Sala considera que deben ser *descartados.* Tal afirmación se fundamenta en que: (i) la proyección del

derecho de defensa técnica no está supeditada a su irrestricta aplicación en el ámbito del proceso penal, por tanto, es indiferente la naturaleza del proceso, ya que dicho derecho fundamental constituye una garantía a efecto de dar eficacia en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas, al principio de igualdad y de contradicción, cuando se está ejercitando el poder punitivo del Estado; (ii) el objeto del proceso se vincula con la posible afectación al derecho de defensa técnica, y no de otras garantías procesales —las cuales, igualmente deben ser respetadas—; por ello, el Fiscal General de la República evade justificar la constitucionalidad del art. 59 inc. 5° RCF por la presunta vulneración al derecho de defensa técnica —art. 12 Cn.—, ya que pretende justificar como se garantizan otros derechos a partir de la defensa material que realiza el investigado y, (iii) al considerarse aisladamente, el enunciado lingüístico de las disposiciones sometidas al control constitucional es cerrado, por tanto, no permiten la formulación de otras interpretaciones que puedan compatibilizarse con la Ley Suprema, en consecuencia, para este Tribunal, es inviable el trato diferenciado que propone realizar el funcionario antedicho, ya que tal planteamiento es contrario al principio de igualdad —art. 3 Cn.—.

B. Así, al entrar a analizar el tenor de las disposiciones objetadas, se puede notar que dichos artículos estatuyen una norma regulativa, porque éstos tienen por sí mismos la pretensión de dirigir la conducta mediante: (i) un mandato dirigido hacia los servidores públicos de la Fiscalía General de la República para que actúen personal y directamente en el proceso administrativo sancionador —autodefensa o defensa material— y, (ii) una prohibición explícita, para que estos no puedan ser representados legalmente —defensa técnica o asistencia letrada—. En el primer caso, ambas normas permiten el ejercicio de una de las manifestaciones del derecho, lo cual, no es más que una actualización de lo establecido en el art. 12 Cn., por lo tanto, la *primera parte* de los arts. 64 inc. 2 LOFGR y 59 inc. 5° RCF quedan *excluidas* del presente análisis.

Así, el enunciado a interpretar implica *negar toda posibilidad* que los funcionarios, empleados o agentes auxiliares investigados en procesos administrativos sancionadores sustanciados en la Fiscalía General de la República, puedan ser representados legalmente por un profesional del derecho, es decir, hacer efectivo su derecho de defensa técnica.

Y como por defensa técnica se entiende en términos generales, la garantía real y efectiva para que toda persona pueda ser asistida 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 y pueda generar conclusiones, para dar fiel cumplimiento al principio de igualdad y contradicción, entre el procesado y la Administración Pública, se concluye que los art. 64 inc. 2° parte final LOFGR y 59 inc. 5° parte final RCF prohíben tal posibilidad.

2. El reconocimiento de una garantía constitucional es contradictoria con la existencia de una prohibición. Antes se ha dicho que el derecho a la defensa técnica obliga a todos los poderes públicos a garantizar la posibilidad de toda persona para ser asistido por un profesional del derecho, lo cual permite, por una parte, asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, y por otra, no producir situaciones de indefensión, tal como se

ha dejado plasmado en el Considerando IV de esta decisión; en consecuencia, parece inexcusable que los objetos de enjuiciamiento constitucional no garanticen el derecho de defensa técnica, así como, todos los principios y derechos que se encuentran contemplados en la Ley Suprema.

En consecuencia, dado que en un conflicto entre el contenido normativo de un derecho fundamental —derecho a la defensa técnica— y el de una disposición legal y otra reglamentaria —prohibición de ser representado legalmente—, debe prevalecer el primero, a tenor de lo que prescribe el art. 246 inc. 2° Cn., por tanto, se concluye que art. 64 inc. 2° parte final LOFGR y 59 inc. 5° parte final RCF son inconstitucionales, por contravenir el art. 12 Cn., y así deberá declararse en el fallo".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 82-2011AC, fecha de la resolución: 23/02/2015.

PUERTOS DE PROPIEDAD PRIVADA

USO COMÚN Y PRIVATIVO DE LOS BIENES DEL ESTADO

"Primeramente, ha de apuntarse que los bienes del Estado, en principio, admiten dos tipos de *uso:* el común y el privativo.

1. En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —verbigracia, sentencia de 21-VI-2013, Inc. 43-2010— que el *uso comun*es al que *regularmente* se destina el bien y está referido *a todas las personas sin designación especial.* Por ello, con las matizaciones que cada tipo de bien permita, en principio, es *libre, gratuito* e *igualitario,* de manera que no requiere de un título especial, ni supone el pago de tasas, y tampoco distingue entre los sujetos que puedan verse beneficiados a título individual.

2 A. Por su parte, el uso *privativo* —según la jurisprudencia precitada— supone la ocupación del bien respectivo *por parte de una persona individualmente especificada bajo un título legítimo,* que por ese hecho, impide que el resto de personas *utilicen algún espacio determinado* de dicho bien; o, implica *una utilización privilegiada,* que siempre incorpora elementos *adicionales* que *exceden* de los del mero uso. De manera que constituye la *explotación del bien concernido.*

Y es que, sobre los bienes de dominio público, la Constitución permite que sean *explotados* por particulares".

EXPLOTACIÓN DE UN BIEN

"*B.* Lo anterior amerita establecer qué puede entenderse por *explotar.*

En un sentido común, explotar se interpreta como extraer la riqueza de un bien, sacar utilidad en provecho propio o producir ganancias a partir del bien.

En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que "el concepto explotación de bienes, en este caso, de bienes públicos, no puede limitarse a entender que se trata de la obtención de un provecho económico, pues dicho término cabe entenderlo de distintas formas, v. gr., utilización, empleo, aprovechamiento, usufructo, etc. Así entonces, al interpretar el art. 120 Cn., en lo

relativo a la explotación de bienes públicos, quedan comprendidos en él aspectos como el poder *disponer de instalaciones públicas, remodelarlas, etc."* —Inc. 33-2000—.

Por tanto, *todas las formas de aprovechamiento y disposición particular (económicas o no) que toleren los bienes públicos han de entenderse comprendidos en el término explotar;* debiendo aclararse que, si bien la idea de explotación no exige el aprovechamiento económico, tampoco encaja en el mero concepto de *uso* de un bien público, pues se asocia con acciones que exceden del solo uso: "disponer" y "aprovechamiento particular".

Efectivamente, *disponer* es una de las facultades materiales del dominio, en cuya virtud es posible —entre otros supuestos— *transformar* la naturaleza del bien.

Como corolario, cuando se habla de explotación, *debe entenderse* que no se alude al uso *común* del bien de uso público, puesto que dichos bienes se caracterizan por ser del disfrute colectivo, gratuito, etc., sino que los preceptos constitucionales referidos suponen un uso *particular* o *privativo* —en los términos ya relacionados— del bien, que puede incidir en el goce que de este tenga habitualmente la colectividad, ya sea regulándolo o limitándolo; ello, en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de explotación privativa.

No obstante, permitir el uso privativo de un bien de uso público siempre debe suponer la *compatibilidad con el uso general del público".*

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO

"3. Habiendo aclarado en qué consiste la *explotación* de bienes de uso público, corresponde referir el régimen constitucional que la habilita. Para ello, es preciso considerar, principalmente, lo establecido en los arts. 120, 233 y 117 Cn.

El primer precepto constitucional aludido —art. 120 Cn.—, determina que *las concesiones para la explotación de las obras materiales de uso público* deberán *ser conocidas y aprobadas por la Asamblea Legislativa —mandato que se ratifica en el ord. 30° del art. 131 quien también tendrá que estipular el plazo y las condiciones de tales concesiones, atendiendo a la naturaleza de la obra y al monto de las inversiones requeridas;* el segundo precepto —art. 233 Cn.— refiere que los *bienes de uso público* solo podrán gravarse con autorización del Órgano Legislativo y únicamente a favor de entidades de utilidad general; y, el último —art. 117 Cn.— determina que el Estado debe proteger los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible y la conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los citados recursos, en los términos que establezca la Ley.

Con base en lo previsto por las disposiciones relacionadas es posible esbozar el *régimen constitucional de explotación de los bienes de uso público.*

A. En cuanto a ello, en primer lugar se advierte que es preciso que haya intervención estatal para autorizar la explotación de los citados bienes.

Seguidamente, es claro que esa autorización únicamente puede acordarse a través *de una concesión.* Concesión que, además, será *legislativa,* conforme a lo prescrito en el art. 120 Cn.

Así, la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 27-VI-2012, Inc. 28-2008— ya ha determinado que cuando se trata de bienes de *uso público,* la protección de los intereses económicos nacionales involucrados en estos requiere que los arts. 103 y 233 Cn. se interpreten complementariamente; por lo que el régimen constitucional concernido incluye la intervención legislativa mediante la concesión y determinadas condiciones de esta. Ello, dado el carácter político-económico fundamental de la *"autorización"* legislativa y por la función de garantía que ella cumple".

DEFINICIÓN DE CONCESIÓN

"a. La jurisprudencia de este tribunal ha señalado —Inc. 28-2008, precitada— que la concesión es un instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades tradicionalmente identificadas, por su finalidad de aprovechamiento general, como tareas del Estado. En tal caso, se usa la concesión para incorporar a los particulares en la realización de dichas actividades.

En ese sentido, se entiende por *concesión* el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que, por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado, preste un servicio público *o pueda usar, aprovechar y explotar bienes de dominio público,* de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien.

Se ha indicado también en la jurisprudencia reseñada que la concesión tiene un carácter complejo, que resulta de la conjugación de las siguientes etapas: (i) es un acto unilateral, por el que se determina discrecionalmente y en casos de interés general el otorgamiento de la concesión; (ii) es un acto normativo por el que se fijan los preceptos normas con efectos particulares y generales que regulan la organización y funcionamiento del servicio público o la forma como se hará la explotación de los bienes concesionados; y (iii) es un acto contractual de naturaleza financiera que no puede ser modificado de manera unilateral por la Administración, destinado a establecer ciertas ventajas económicas personales, asegurar la remuneración del concesionario, propiciar nuevas inversiones para mejorar el servicio o bien concesionado y proteger los intereses legítimos del particular, aunque sin dejar de subordinar los poderes de éste a las obligaciones que en la materia impone la ley".

DEFINICIÓN Y REQUISITOS DE CONCESIÓN DEMANIAL Y DE OBRA PÚBLICA

"b. Por otra parte, y a efectos del caso en análisis, corresponde relacionar lo determinado en la sentencia citada sobre la *concesión demanial y de obra pública,* es decir, *para explotar bienes de uso público y obras públicas* —según los postulados aludidos en la Inc. 28-2008—.

(i) En razón de la primera se habilita un uso privativo o especial del dominio público; es decir, la utilización de un bien público de manera que limite o excluya

el aprovechamiento directo de los demás interesados. Mediante ella se compatibiliza el interés público de conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación.

(ii) En cuanto a la concesión para la explotación de una obra pública, la jurisprudencia constitucional ha indicado que en esta modalidad específica "no se otorga la explotación de un mero bien público, sino de una construcción, instalación, equipamiento o infraestructura, que *puede o no estar radicada en un bien demanial* y haber sido construida o no por el mismo particular (si sólo se le encarga la construcción es un contrato de obra pública, pero no una concesión), pues lo relevante es la habilitación para la gestión económica de esa obra".

(iii) En cuanto a los requisitos para otorgar dichas concesiones, la Constitución (arts. 120 y 131 ord. 30°) exige una intervención *directa y singular de la Asamblea Legislativa, sin que sea admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de concesión.* Además, tales concesiones *deben ser temporales o sujetas a un plazo definido* y han de desarrollarse taxativamente sus aspectos elementales "atendiendo a la naturaleza de la obra y de las inversiones requeridas". De modo que para fijar dichas circunstancias debe observarse el principio de proporcionalidad.

Lo anterior es confirmado también por el legislador secundario, en el art. 134 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la cual establece que en las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el art. 120 de la Constitución de la República, las mismas deberán contener como mínimo: (i) las condiciones básicas de la concesión; y (ii) el plazo de la concesión.

Así, las concesiones para explotar el demanio o alguna obra pública contemplan requisitos agravados, cuya rigurosidad atiende al interés público concernido".

DEFINICIÓN DE PUERTO

"*1. A.* En términos comunes; es decir, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, podemos entender por puerto el "lugar en la costa o en las orillas de un río que por sus características, naturales o artificiales, sirve para que las embarcaciones realicen operaciones de carga y descarga, embarque y desembarco, etc.".

Por su parte, la Ley General Marítima Portuaria, cuerpo normativo al que pertenece la disposición impugnada, en su art. 5 inc. 44° define como puerto al "Ámbito acuático y terrestre, natural o artificial, e instalaciones fijas, que por sus condiciones físicas y de organización resulta apto para realizar maniobras de fondeo, atraque y desatraque y estadía de buques o cualquier otro artefacto naval; para efectuar operaciones de transferencia de cargas entre los modos de transporte acuático y terrestre, embarque y desembarque de pasajeros, y demás servicios que puedan ser prestados a los buques, artefactos navales, pasajeros y cargas, y plataformas fijas o flotantes para alijo o comportamiento de cargas y cualquier otra operación considerada portuaria por la Autoridad Portuaria".

B. De tal forma, el término “puerto” implica, necesariamente, la utilización de una ribera o una costa. Asimismo, la idea de “puerto” está asociada, invariablemente, a una estructura específica: un muelle, que funciona junto a las demás edificaciones requeridas para ejecutar la actividad portuaria. Y, finalmente, el puerto existe para potenciar operaciones relacionadas con el servicio *de transporte marítimo* de personas; y el de mercancías, entre otros; cuya gestión puede estar sometida a múltiples controles administrativos por razones de seguridad, ambientales, por motivos aduanales o migratorios”.

PUERTOS NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN PRIVADA POR ESTAR DESTINADOS AL USO COMÚN

“C. “a. Así, para establecer la naturaleza jurídica de los puertos es oportuno considerar los elementos esenciales arriba anotados. Primeramente, se ha señalado que un puerto siempre se asienta en un *bien de uso público;* puesto que las playas o riberas de ríos o lagos tienen tal calidad; es decir, destinadas al disfrute libre e igualitario de la colectividad. Dichos bienes —se insiste— ostentan cualidades distintas de los sometidos al régimen de propiedad privada; pues, en función de su utilidad, *no pueden ser objeto de apropiación privada,* ya sea por enajenación a los particulares o por adquisición en virtud del paso del tiempo, porque están destinados al uso común, y su apropiación por *particulares con total exclusión de los demás ocasionaría un evidente perjuicio a la comunidad.*

Sin embargo, la edificación y funcionamiento de, por ejemplo, un puerto incide en el disfrute colectivo de la playa y del segmento de mar correspondiente; *pues la porción donde se asiente el puerto queda excluida del disfrute colectivo y supone un uso privativo del inmueble concernido.*

Entonces, la jurisprudencia de este tribunal *no ha vedado la posibilidad de utilizaciones privativas sobre bienes de uso público,* sino que ha señalado la existencia de requisitos establecidos por la Constitución para habilitar tal posibilidad.

b. Otro elemento a considerar respecto de los puertos es que requieren de la existencia de, por lo menos, un muelle. Tal estructura aparece expresamente mencionada en el art. 120 Cn., dentro de *una enumeración de obras materiales de uso público,* cuya explotación privada tiene un régimen constitucional ahí mismo apuntado. De manera que puede colegirse que la Constitución califica a los muelles —que resultan imprescindibles para que haya puertos— como obras materiales de uso público.

c. Finalmente, es necesario tener presente que la actividad portuaria ha sido calificada como un servicio público (art. 27 n° 2, Sección II, relacionada con las Instituciones Oficiales Autónomas, Capítulo II, referido a las Disposiciones Específicas, apartado concerniente a la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma, de Disposiciones Generales de Presupuestos); que se vincula con el transporte marítimo y el comercio internacional.

Por tanto, al constituir la actividad portuaria un servicio público, cualquiera que sea su gestor, debe cumplir con los principios relacionados con la prestación de los servicios públicos.

2. Con base en las características de los puertos arriba anotadas, a saber: que necesariamente se asientan en un bien de uso público, por lo que implican un uso privativo de dicho bien; que su estructura incluye indefectiblemente la edificación de un muelle, el cual ha sido calificado por la Constitución como una *obra material de uso público;* y, que las actividades portuarias constituyen un servicio público, debe concluirse que los puertos son bienes de dominio público.

En efecto, al determinarse que los puertos son bienes demaniales, ostentarán las características de este tipo de bienes: *no pueden ser objeto de apropiación privada,* ya sea por enajenación a los particulares o por adquisición en virtud de prescripción, porque están destinados al uso común, y su apropiación por *particulares con total exclusión de los demás ocasionaría un perjuicio a la comunidad.*

Entonces, a la luz de las consideraciones precedentes, debe rechazarse la posibilidad de que existan puertos de propiedad privada.

3. "Ahora bien, lo anterior no implica que la intervención de los particulares esté vedada para la gestión de las operaciones portuarias, sino que requiere examinar el régimen constitucional y legal que posibilite la explotación portuaria privada.

A. De tal manera, visto que el punto debatido en este proceso es la propiedad privada de los puertos, posibilidad que ya se rechazó, corresponde examinar la configuración del régimen constitucional de explotación portuaria y explicitar las posibilidades de titularidad de tales obras.

Así, debe establecerse categóricamente que *los puertos son bienes de dominio público;* esto es, pertenecen al Estado y están sujetos a las reglas de derecho público; con independencia del origen de los fondos utilizados para su construcción, de la propiedad de algún inmueble hasta donde se extienda dicha edificación y de la naturaleza de la persona —privada o pública— que lo gestione.

B. a. En ese sentido, si bien los puertos son bienes sometidos al dominio público, su explotación puede ser confiada a los particulares. Entendiendo explotación en los términos consignados en el acápite IV.2.B de esta sentencia, en el sentido de *todas las firmas de aprovechamiento y disposición particular (económicas o no) que toleren los bienes públicos;* esto es, cualquier acción que exceda del solo uso, tales como "disponer" y "aprovechamiento particular". Es decir, el uso *particular* o *privativo* del bien, que puede incidir en el goce que de este tenga habitualmente la colectividad, ya sea regulándolo o limitándolo; ello, en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de explotación privativa.

De tal forma, la explotación de un puerto, en tanto obra material de uso público, puede efectuarse por *cualquiera* con capacidad jurídica; pues la Constitución no menciona cualidades especiales del sujeto que ha de practicar la explotación".

GESTIÓN DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA ES UN SERVICIO PÚBLICO, DEBERÁ CUMPLIR CON CIERTAS OBLIGACIONES Y OBSERVAR LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

"b. Ahora bien, quien gestiona la actividad portuaria entra en el campo de un *servicio público,* por lo que, con independencia de su naturaleza pública o priva-

da, deberá cumplir con ciertas obligaciones y observar los principios que rigen la prestación de los servicios públicos, tales como:

(i) Principio de legalidad, de manera que el legislador tendrá que configurar el citado servicio, sin perjuicio, y en ocasiones como complemento, de lo que haya determinado el constituyente.
En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, los arts. 112, 110 inc. 4° y 221 inc. 2° Cn., obligan a que la regulación de los servicios públicos —prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales— se encuentre en el ámbito del Derecho Público, precisamente para garantizar la esencia del mismo" —sentencia de 31-VIII-2001, Inc. 33-2000—.

(ii) Principio de continuidad; es decir, el servicio público debe desarrollarse de forma ininterrumpida según la naturaleza de la prestación. Así, con independencia de la naturaleza público o privada de su prestador, es necesario que se brinde según *la continuidad convenida.*

(iii) Principio de perfectibilidad o adaptabilidad de los servicios públicos, el cual supone que quien los presta está obligado a incorporar a la prestación que suministra los adelantos técnicos que se vayan produciendo.

(iv) Principio de neutralidad, puesto que los servicios públicos deben prestarse teniendo en cuenta las exigencias del interés general, siendo ilícita su utilización con fines partidistas, como un medio de propaganda política o de favoritismo.

(v) Principio de igualdad, que en este ámbito implica un trato igual para todos los que tienen derecho de acceso al servicio y la prohibición de discriminación. De tal manera, no supone un trato uniforme, pues es válida la diferenciación hacia ciertos colectivos, verbigracia, reducción de tarifas a corporaciones, etc. Sin embargo, pese a las distinciones que puedan hacerse con base en parámetros mercantilistas, debe tenerse en cuenta que el servicio público no pierde su carácter de tal por el solo hecho de ser prestado por un particular, pues este, por ministerio de ley, ejerce funciones de interés público que otrora prestara directamente el Estado, de manera que el servicio público ha de ejecutarse con apego del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Y es que "La igualdad se presenta, *prima facie,* como exigencia de *equiparación,* es decir que en virtud de ella se debe dar trato igual a circunstancias o situaciones que a pesar de no ser idénticas, sus diferencias son irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disposición (...). En estos casos, lo decisivo es establecer la objetividad del criterio de relevancia a tenor del cual se van a considerar los datos como esenciales o irrelevantes para predicar la igualdad entre situaciones o personas distintas, según sus propios contextos y finalidades" (sentencia de 29-IX-2011, Inc. 10-2006).

Ahora bien, el principio de igualdad también opera *a favor de los individuos interesados en la prestación del servicio público,* de manera que no podrían establecerse diferenciaciones que se basen únicamente en, verbigracia, la naturaleza del sujeto en cuestión, es decir, si se trata de una persona natural o una persona jurídica; sino que la habilitación para la prestación de los servicios pú-

blicos ha de basarse en criterios objetivos relacionados con su prestación. Así lo dispuso esta Sala en sentencia de 8-XI-2004, Inc. 2-2002: "En efecto, este tribunal considera que las condiciones de eficiencia en la prestación del servicio público [...] no dependen en sí de la naturaleza —física o jurídica— de la persona ofertante, sino más bien de otros factores que varían desde la capacidad económica del titular, la calidad [...], hasta elementos subjetivos tales como la confiabilidad y responsabilidad de los operadores".

(vi) Por otra parte, al establecerse que las operaciones portuarias constituyen un servicio público, el particular que lo brinde deberá soportar un papel preponderante del Estado en cuanto a su administración, pues no solo será titular de derechos subjetivos privados, sino también prestador, sustituto del Estado, de un servicio público; y en tal carácter, su actividad se modificará, pues, pese a tratarse de un particular, deberá asumir algunas actuaciones de carácter público, quedando integrado a la Administración Pública no estatal.

(vii) En ese orden, el Estado *debe controlar y supervisar* la prestación del servicio público concernido sin desnaturalizar o extinguir los derechos, tanto de la comunidad como de los individuos involucrados en la prestación de este. Lo que llevará a cabo a través de sus funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa. El objetivo es compatibilizar los ámbitos de libertad empresarial en la prestación de servicios públicos y garantizar al administrado que el obrar de los concesionarios sea legítimo, equitativo y justo con los derechos de los consumidores; todo ello a través del Derecho".

PUERTOS DEBEN TENER ESTRUCTURAS CIMENTADAS EN BIENES DE USO PÚBLICO

"a. Así, primeramente, un puerto debe tener estructuras cimentadas en bienes de uso público: el mar territorial y la playa. El asentamiento de las edificaciones portuarias requieren del uso especial de dicho bien, puesto que el segmento ocupado por el puerto queda excluido del uso común de la comunidad.

b. Por otra parte, el puerto implica la existencia de un muelle: obra material de uso público".

PUERTOS SON SUJETOS AL RÉGIMEN DE EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO

"c. Por tanto, es indubitable que a los puertos debe aplicárseles el régimen de explotación de los bienes de uso público, en los términos referidos en el considerando precedente.

Y es que el art. 120 Cn. determina con claridad que "En toda concesión que otorgue el Estado para la explotación de muelles [...] u otras obras materiales de uso público, deberán estipularse el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas. Estas concesiones deberán ser sometidas al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación". De tal forma, la Constitución establece requisitos específicos para la concesión de obras materiales de uso público, entre las cuales, dada la expresa mención de los muelles, podemos ubicar a los puertos; pues

estos implican, ineludiblemente, la existencia de un muelle. Mandato que se ratifica en el art. 131 ord. 30°, que atribuye a la Asamblea Legislativa la aprobación de las concesiones contempladas en el art. 120 Cn.

En ese orden, primeramente, encontramos que debe mediar una concesión aprobada por Asamblea Legislativa. El texto constitucional establece un procedimiento que podríamos desglosar en estos pasos: i) formulación del proyecto de concesión; ii) sometimiento del proyecto al conocimiento de la Asamblea Legislativa y aprobación del proyecto por parte de la Asamblea Legislativa.

(i) De tal manera, la explotación particular de un puerto implica, necesariamente, la existencia previa de un proyecto *que tenga las bases de dicha concesión.*

a". En efecto, debe considerarse que, al margen de las variantes que concurran en cada caso concreto, debe mediar una concesión, entendiendo por tal —según se consignó en la precitada Inc. 28-2008— el instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades de aprovechamiento general, tradicionalmente prestadas por el Estado.

En ese sentido, según se apuntó en el apartado IV.3, al cual nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias, la *concesión* es el acto jurídico a través del cual se habilita a un particular para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado *preste un servicio público, pueda usar, aprovechar y explotar bienes de dominio público; o ambos,* de acuerdo con el régimen específico respectivo; cuyas características también se han aludido ya, por lo que se omitirá referirlas nuevamente".

CONDICIONES DE CONCESIÓN DE LOS PUERTOS

"b. Asimismo, la norma fundamental requiere que se establezcan *las condiciones* de la concesión; de lo cual se colige que deben desarrollarse los aspectos elementales concernidos. Y es que la concesión de un puerto implica la habilitación para la explotación de bienes de uso público —el mar territorial y la playa—, de una obra material de uso público —el muelle— y para la prestación de un servicio público —el servicio de transporte marítimo—.

Por tanto, la concesión para la explotación portuaria incluye la utilización de bienes públicos, de manera que su otorgamiento limita o excluye el aprovechamiento directo de la colectividad; por lo que debe compatibilizar el interés público de conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación. Además, en cuanto concesión para la explotación de una obra pública, incluye, la explotación de un bien público, una construcción, instalación, equipamiento o infraestructura, que en este caso, necesariamente, estará radicada, al menos parcialmente, en un bien demanial —mar y playa—; pudiendo haber sido construida o no por el mismo particular beneficiado con la concesión.

c". Ahora bien, la complejidad de la concesión concernida, en tanto que involucra la explotación de un bien de uso público, de una obra pública y la prestación de un servicio público, exige que en sus bases se contemplen otros requisitos, tales como (i) las entidades públicas concernidas mantendrán durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (ii) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente,

los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello actúa por su cuenta y riesgo; (iii) deben pactarse las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (iv) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y/o la debida ejecución de las obras públicas; (v) cuando la concesión traiga aparejada la construcción del puerto y otras obras de infraestructura que correspondería al Estado, puede establecerse la cláusula de reversión para que dicha infraestructura entre a formar parte del patrimonio público una vez terminado el plazo de la concesión.

e". Así, las bases de dicha concesión deberán contemplar que los bienes inmuebles fijos aportados o construidos por el contratista a lo largo del periodo concesional, revierten, una vez terminado dicho período, a la administración portuaria. Por ello, la Constitución dispone que uno de los elementos esenciales de la concesión *es el plazo fijado para la misma,* el cual deberá establecerse "atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas". De manera que debe fijarse un plazo *suficientemente amplio para permitir la amortización de la inversión realizada en la construcción de dichos bienes.*

f". En ese orden, cobra crucial importancia señalar que la Constitución exige que se establezca expresamente —en el documento jurídico propuesto para el conocimiento y aprobación de la Asamblea Legislativa— el término señalado para la duración de la concesión.

Consecuentemente, los plazos de la concesión deben basarse en las variables que se relacionan con la construcción de obras de infraestructura y la remuneración del concesionario por la realización de estas y por la gestión del servicio público de transporte marítimo.

De tal manera, la fijación del plazo responde tanto a la exigencia consignada en los arts. 120 y 131 ord. 30° Cn., como a la necesidad del Estado de atender de manera adecuada y completa la prestación del servicio público referido, en desarrollo del mandato constitucional contenido en el art. 110 Cn., donde se determina que le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas; también con miras a la justa retribución del agente privado que contribuye con la prestación de los servicios concesionados. Tomando en cuenta que, en la mayoría de los casos, la concesión portuaria entraña la construcción o puesta en funcionamiento de obras y sistemas que deben ser cubiertos con el ingreso generado en la propia operación del servicio, ingreso que deberá resultar rentable al concesionario en el marco de una regla de estabilidad económica del contrato; por lo que el término de la concesión deberá establecerse buscando asegurar que la prestación del servicio público genere los recursos para pagar la infraestructura requerida y la operación del sistema de prestación del servicio público a cargo del agente privado".

PROYECTO DE CONCESIÓN DEBE PROPICIAR EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESERVACIÓN INTEGRAL DEL AMBIENTE

"g. Por otra parte, es preciso que el proyecto de concesión propicie el cumplimiento de los mandatos de protección, conservación, aprovechamiento racional,

restauración y sustitución de los recursos naturales, según lo contemplado en el art. 117 Cn.

Así, esta Sala ya ha determinado —verbigracia, sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004— que la preservación de la integridad del ambiente requerida al Estado origina lo siguiente:

La adopción de una *función preventiva,* por la cual, la salvaguardia medioambiental inicia con una actividad de *vigilancia y control sobre la utilización de los recursos naturales.* Ello "puede concretarse *en otorgar la concesión para determinadas actividades o para la utilización de bienes de dominio público, en las oportunas autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades o utilización de bienes privados, o en la revisión de concesiones o autorizaciones previamente concedidas para adaptarlas a las exigencias de la planificación medioambiental actual"* —Inc. 37-2004—.

Además, en la jurisprudencia referida ya se estableció que la protección del ambiente —del cual es parte esencial el recurso marítimo— constituye un derecho fundamental, cuya tutela incide en el quehacer legislativo, la actividad judicial y la actuación de las autoridades administrativas.

Asimismo, dado que el derecho fundamental al ambiente no es absoluto, porque su ejercicio entra en potencial colisión con el ejercicio de otros derechos o con la promoción de intereses y bienes que también reciben protección del orden jurídico, corresponde al Estado *fijar el grado de adecuación pertinente de tales bienes, en cada momento y según las posibilidades concretas de la sociedad.*

En corolario —se ha indicado en la jurisprudencia en mención—, el disfrute del ambiente se ha de realizar *en las condiciones fijadas por el legislador,* pues recaerá sobre *los bienes ambientales cuya calidad depende de la acción de los poderes públicos, quienes establecerán límites que atiendan, precisamente, a la necesidad de preservar y proteger el ambiente adecuado.*

En efecto, "la constitucionalización del ambiente, además de consagrar un derecho subjetivo —con todas las potestades que le son inherentes—, *encarga a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales y defender y restaurar el medio ambiente.* Esta proclamación constitucional del derecho objetivo se proyecta en la orientación última de la política ambiental, y en los principios ambientales derivados de la Constitución" —Inc. 37-2004, precitada—.

De tal manera, el art. 117 Cn. genera en los poderes públicos obligaciones de hacer; debiendo desplegar una actividad para mejorar constantemente los bienes ambientales y preservarlos para el individuo. Para lo cual es preciso limitar, paralelamente, el ejercicio y el despliegue mismo de la autonomía individual en cuanto al goce. De modo que *la vertiente prestacional del derecho justifica la limitación de su ejercicio como derecho de libertad.*

En conclusión, tales actuaciones requieren de la intervención administrativa correspondiente. En cuya virtud, desde las bases del proyecto de concesión, las autoridades competentes para su elaboración habrán de ilustrar al legislador acerca de los requisitos, las cuantías, los términos y demás condiciones que posibiliten el cumplimento de los mandatos establecidos en el art. 117 Cn., para

el caso en análisis, en relación con la explotación portuaria y los recursos marítimos que puedan verse involucrados en cada caso concreto".

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEBEN ESTABLECER LAS BASES DE LA CONCESIÓN

"h. Por último, debe indicarse que configurar las bases de dicha concesión les corresponderá a las autoridades administrativas competentes en los tópicos relacionados con la gestión portuaria, quienes tendrán que ponderar todos los intereses en juego —de tipo ambientales, económicos, seguridad pública, salud pública, turísticos, estrictamente portuarios, etc.—, y trabajar conjuntamente, según sus cometidos, para conciliarlos de la mejor manera.

(ii) Luego, la Constitución determina que las bases de la concesión sean sometidas al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación.

En virtud de tal mandato, la Asamblea Legislativa tendrá que *conocer* e imponerse del contenido del proyecto de concesión que se le plantea, para considerarlo con la profundidad que el asunto amerita. Y luego, proceder a la aprobación de este.

Ahora bien, debe quedar claro que la Constitución exige una intervención *directa y singular de la Asamblea Legislativa,* sin que sea admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de la concesión. Entonces, *cada vez* que se quiera concesionar un puerto, ello debe ser sometido al conocimiento *directo* de la Asamblea Legislativa y aprobado por dicho ente de manera específica. Debiendo en todo caso observarse los requisitos materiales relacionados.

D. En conclusión, en la concesión portuaria intervienen diversas autoridades. Primeramente, la elaboración del proyecto de concesión corresponde a aquellas que resulten competentes en los tópicos concernidos en la actividad portuaria; luego, intervendrá la Asamblea Legislativa en su aprobación".

LA EXISTENCIA DE PUERTOS DE PROPIEDAD PRIVADA Y SU EXPLOTACIÓN NO PUEDE SER AUTORIZADA POR UN ENTE ADMINISTRATIVO

"*C* a. Finalmente, corresponde retomar lo expuesto por los demandantes, quienes, en lo medular, argumentaron que el art. 233 Cn. proscribe la titularidad privada de los puertos, debido a la indisponibilidad relativa de los bienes de dominio público; entre los cuales se encuentran dichas edificaciones, por tratarse de obras de uso público asentadas en bienes de dominio público, los cuales admiten intervención privada únicamente a través de la concesión, pero no la propiedad privada de estos.

b. Al respecto, según se consignó en el considerando V de esta sentencia —al cual nos remitimos para evitar redundancias—, los puertos necesariamente se asientan en un bien de uso público, por lo que implican un uso privativo de dicho bien; su estructura incluye indefectiblemente la edificación de un muelle, el cual ha sido calificado por la Constitución como una *obra material de uso público;* y, las actividades portuarias constituyen un servicio público, razones por las cuales debe concluirse que los puertos son bienes de dominio público. Y por ende, *no*

pueden ser objeto de apropiación privada, debiendo rechazarse la posibilidad de que se ubiquen dentro del régimen de propiedad privada.

Por tanto, respecto de este punto, en virtud de las consideraciones efectuadas a lo largo de esta sentencia, este tribunal encuentra fundados los argumentos de los actores, debiendo estimar la pretensión planteada al respecto.

c. En cuanto a la explotación privada de los puertos, los solicitantes han señalado que debe mediar una concesión. También este asunto ya fue abordado en esta sentencia (apartado V), y se determinó que con base en lo establecido por los arts. 110, 117 y 120 Cn., es posible la intervención privada en la explotación portuaria, pero previo a ello debe verificarse un procedimiento que incluye: i) formulación del proyecto de concesión; ii) sometimiento del proyecto de concesión al conocimiento de la Asamblea Legislativa y aprobación directa y singular del proyecto por parte de dicha autoridad. Debiendo tenerse presente que tales mandatos incluyen el cumplimiento de los requisitos apuntados en el considerando V de esta sentencia.

3. En consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 183 inc. 1° n° 2 de la Ley General Marítimo Portuaria, en tanto que en nuestro ordenamiento constitucional no es admisible la existencia de puertos de propiedad privada; y la explotación particular de los puertos tampoco puede ser *autorizada* por un ente administrativo, sino que será viable únicamente a través de una concesión otorgada directa y singularmente por la Asamblea Legislativa; debiendo cumplirse previo a ello todos los requisitos derivados de la integración normativa de los arts. 110, 117, 120 y 131 ord. 30° Cn., en los términos anotados a lo largo de esta sentencia.

Por tanto, el precepto legal impugnado debe ser declarado inconstitucional y expulsado del ordenamiento jurídico".

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIÓN

"VII. Establecida la inconstitucionalidad del objeto de control, queda por dirimir la posible existencia de una inconstitucionalidad por conexión en relación con el Reglamento de Operaciones Portuarias, emitido por Decreto Ejecutivo n° 4, de 29-XI-2006, publicado en el Diario Oficial n° 233 Tomo 373, de 13-XII-2006, pues en este se consignó que dicho instrumento constituye la normativa complementaria de la LGMP.

1. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala —verbigracia, sentencia de 6-IX-2001, Inc. 27-99— ha sostenido que, en virtud del principio de congruencia, cuando se dicta una sentencia definitiva en un proceso de inconstitucionalidad, se emite una declaración en los límites de la demanda planteada. Por tanto, el tribunal extiende su juicio al *tema decidendum* y al *petitium* planteados, que se definen en el auto interlocutorio de admisión; quedando vedado para decidir de forma *ultra petita* (más de lo pedido).

Así —se ha indicado en la precitada jurisprudencia—, cuando una o más disposiciones objeto del proceso de inconstitucionalidad se encuentran en contradicción con la Constitución, esta Sala dicta una decisión definitiva estimatoria

que debe publicarse en el Diario Oficial; publicación a partir de la cual las disposiciones declaradas inconstitucionales no pueden seguir aplicándose.

Ahora bien, existe un tipo particular de decisión estimatoria que abarca una inconstitucionalidad "derivada" o "conexa"; según la cual este tribunal, como excepción al principio de congruencia señalado, cuando llega a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, declara, además, la de otras disposiciones o cuerpos normativos, cuya inconstitucionalidad es consecuencia de la decisión estimatoria adoptada. Ello, con la finalidad de evitar que una disposición o cuerpo legal quede en vigor cuando otro, que constituye su necesario presupuesto o fundamento, se declara inconstitucional.

2. Admitida la posibilidad de emitir un pronunciamiento de "inconstitucionalidad por conexión", hay que examinar si tales postulados son aplicables al presente caso.

En ese orden, se advierte que esta Sala ya ha determinado que el art. 183 inc. 1° n° 2 de la LGMP es inconstitucional porque no es admisible la existencia de puertos de propiedad privada; asimismo, la explotación particular de los puertos tampoco puede ser *autorizada* por un ente administrativo, sino que será viable únicamente a través de una concesión otorgada directa y singularmente por la Asamblea Legislativa. Sin embargo, como arriba se anotó, la citada ley cuenta con una normativa complementaria: el Reglamento de Operaciones Portuarias, cuyo objeto es facilitar la aplicación de la ley en cuanto a los servicios portuarios y las actividades operacionales portuarias.

De tal forma, es posible que determinados preceptos del aludido reglamento reproduzcan las inconstitucionalidades advertidas en el objeto de control. Así, esta Sala ha identificado que los siguientes artículos muestran la inconstitucionalidad del art. 183 inc. 1° n° 2 de la LGMP, a saber:

"Artículo 1. Objeto

Este reglamento, de conformidad con lo estipulado en la Ley General Marítimo Portuaria, establece las normas, regulaciones y procedimientos necesarios para asegurar la operación y explotación eficiente de los puertos y terminales marítimas públicas o privados de uso público de la República de El Salvador".

"Artículo 10. Operadores portuarios

Son operadores portuarios las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con experiencia específica en actividades de explotación portuaria, que previa autorización de la AMP e inscritos en el REMS, ejecuten dichas actividades en puertos públicos o privados de uso público.

"Artículo 11. Prestadores de servicios portuarios

Para los efectos de este reglamento se consideran prestadores de servicios portuarios, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, previamente autorizados por la AMP e inscritos en el REMS, provean servicios portuarios, en puertos públicos o privados de uso público, bajo la supervisión y control de un operador portuario".

Como habrá podido apreciarse, los artículos arriba transcritos contemplan la posibilidad de que existan puertos privados; supuesto que, por las razones apuntadas a lo largo de esta sentencia, ya fue declarado inconstitucional. Por ende, debe declararse la inconstitucionalidad de dicha posibilidad, y expulsarse

del ordenamiento jurídico, específicamente en cuanto a la alusión de los puertos privados.

VIII. Finalmente, establecidas las inconstitucionalidades precedentes, este tribunal estima necesario efectuar algunas consideraciones relacionadas con los efectos que los pronunciamientos de esta Sala generan en la realidad y su vinculación con su eficacia, y como consecuencia de ello, la modulación de los primeros *y las acciones encaminadas a garantizar la aplicación del fallo.*

1. En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ya ha establecido —como cita, en la precitada Inc. 28-2008— que desde el punto de vista constitucional no pueden eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener la invalidación de una disposición o cuerpo legal sobre situaciones o sujetos cuyo ámbito de regulación abarca la norma que se declara inconstitucional.

De manera que, siendo esta Sala el último intérprete de la Constitución, es preciso que además de emitir el pronunciamiento, module sus efectos —cuando ello sea necesario— y procure su eficacia; acciones estas garantes del pleno respeto a la Constitución.

2. A. Así, en el proceso de inconstitucionalidad —como se sostuvo, verbigracia, en la referida Inc. 28-2008— la actividad del tribunal se orienta a *la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la norma fundamental.* Y es que, si la Constitución, como fundamento y pilar sobre el cual se sostiene el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico, no se hace efectiva, cumpliendo con sus preceptos de acuerdo con la exégesis que de estos hace su máximo intérprete, ello se convierte en un menoscabo que afecta al sistema jurídico en conjunto.

Consecuentemente, un tribunal o sala constitucional puede modular de diversas formas los efectos de sus sentencias, de acuerdo con el análisis que de las disposiciones constitucionales o legales se ha efectuado en el pronunciamiento y las consecuencias que este pudiera generar en el entorno social al que afecta, garantizando al mismo tiempo la efectividad de sus decisiones en cuanto a la interpretación de la Constitución y de las leyes.

B. En el caso particular, el principal efecto del fallo a emitir radica en la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones referidas a la existencia de puertos de propiedad privada y a que la autorización para la explotación particular de tales bienes provenga de una autoridad que no sea la Asamblea Legislativa.

C. Como consecuencia de lo anterior, la Asamblea Legislativa, a fin de evitar el posible vacío normativo que pueda provocar la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones concernidas y de propiciar la continuidad o expansión de la actividad portuaria, tendrá que emitir la legislación necesaria para cumplir los requisitos contemplados en los arts. 110, 117 y 120 de la Constitución, desarrollados *en el apartado V.3. de esta sentencia,* en cuanto a la explotación particular de la actividad portuaria y los controles y supervisiones aduanero y migratorio y la preservación del medio ambiente; *debiendo emitir dicha legislación dentro del plazo de doce meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia.*

D. Asimismo, en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en las actividades en la que esté concernida la explotación portuaria privada, las actividades privadas de explotación portuaria que se hayan instaurado antes de pronunciarse esta sentencia, podrán seguir ejecutándose, *mientras la Asamblea Legislativa conoce y aprueba las concesiones correspondientes.*

Sin embargo, los particulares que actualmente puedan estar verificando dichas actividades, *de inmediato deberán efectuar los trámites necesarios a efecto de obtener las autorizaciones administrativas requeridas para, a su vez, gestionar la concesión legislativa correspondiente, según los lineamientos constitucionales aludidos en el apartado V.3. de esta sentencia;* entre ellos, la observancia de los mecanismos idóneos para ejercer los respectivos controles aduaneros, migratorios y la preservación del medio ambiente".

EXPLOTACIÓN PORTUARIA DEBE CUMPLIR CON LOS RESPECTIVOS CONTROLES ADUANEROS, MIGRATORIOS Y PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

"E. De igual modo, las explotaciones portuarias verificadas por particulares que en lo sucesivo puedan implementarse, también deberán cumplir los requisitos establecidos en esta resolución, especialmente los consignados en el acápite V.3.; entre los cuales se encuentran los respectivos controles aduaneros, migratorios y la preservación del medio ambiente.

3. En atención a lo expuesto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional —Inc. 28-2008, precitada—, y en aras de asegurar el respeto de los preceptos constitucionales y la plena protección del interés general, sin que por ello se vulneren los derechos de los particulares que de buena fe hayan adquirido la infraestructura necesaria para la explotación portuaria, al momento de otorgar las respectivas concesiones para autorizar dicha explotación, si la Asamblea Legislativa lo considera oportuno, podrá dar prioridad a dichos particulares en el otorgamiento de las aludidas concesiones".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 50-2010AC, fecha de la resolución: 18/05/2015.

RESERVA DE LEY

CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

"*2.* Sobre ello se ha dicho que la regulación o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales, es decir, la determinación de sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y la estructuración de sus garantías. Por otra parte, la limitación o restricción (intervención, injerencia o afectación) a un derecho es un tipo de regulación que implica la modificación del objeto o sujetos del derecho, de forma que impide o dificulta el ejercicio de las acciones, posibilidades o situaciones habilitadas por él (un planteamiento extenso de esta distinción aparece, para mencionar algunas, en las Sentencias de 13-X-2010, Inc. 17-2006, considerando III; y de 21-IX-2012,

Inc. 60-2005, ya citada, también en el considerando III). Se entiende que toda limitación es una forma, clase o especie de regulación, pero no toda regulación implica o constituye una limitación a derechos fundamentales.

Aunque la conceptualización podría indicar otra cosa, con frecuencia es difícil o discutible fijar la frontera o división entre regulación y limitación. Desde cierta perspectiva, la determinación de las "condiciones para [el] ejercicio" de un derecho (que teóricamente es una regulación), al mismo tiempo "impide" o "dificulta" actuar bajo la cobertura del derecho sin tales condiciones (lo que en algún caso podría considerarse también una restricción). En realidad, la mera regulación de un derecho se establece por defecto, es decir, cuando *se decida* que no ha ocurrido una limitación al derecho fundamental. De ahí que lo más importante es disponer con criterios para identificar la existencia de los casos en que la configuración normativa de un derecho restringe o interviene en el ámbito de protección (conjunto de posibilidades de actuación, acción u omisión permitidas, en principio, por la titularidad) de ese derecho.

La limitación es una regulación particularmente intensa. *El juicio de relevancia sobre el grado de intensidad que supera la simple regulación es un supuesto específico o un caso particular del problema interpretativo sobre cuándo hay una reserva de ley.* Para resolverlo se toma en cuenta, por un lado, una comprensión determinada sobre el contenido o alcance del derecho en cuestión (en qué consiste, qué conjunto de posibilidades de conducta implica a favor de las personas) y, por otro, una valoración sobre sus aspectos o elementos más importantes, en los que pueda justificarse que una incidencia regulatoria merece o debe ser sustraída de las competencias de producción normativa distintas a la ley formal. Como parece razonable, a mayor importancia de un contenido del derecho, menor intensidad de la regulación *no* legislativa debería aceptarse o, en otras palabras, la conjunción entre una mayor importancia de un contenido del derecho y una mayor intensidad de su regulación es la que debería determinar una reserva de ley por existencia de una limitación al derecho fundamental en juego.

4. Una limitación a los derechos fundamentales es válida o constitucionalmente aceptable cuando cumple o respeta los requisitos o condiciones fijados por la Ley Suprema para efectuar dicha restricción. Si esos requisitos o condiciones son incumplidos, la limitación se convierte en una *violación, vulneración o lesión (también llamada transgresión o infracción) del derecho respectivo* y, en consecuencia, implica una violación constitucional. Para llegar a esta conclusión lo primero es determinar si la regulación sobre el derecho es tan intensa que constituye una limitación (el primer paso del control es distinguir entre regulación y limitación del derecho); si es así, la reserva de ley es la condición básica que debe cumplir una limitación a derechos fundamentales. Pero el respeto a la reserva de ley no basta, pues luego debe analizarse la justificación constitucional del fin perseguido con la limitación al derecho, la proporcionalidad de la restricción (su idoneidad, necesidad y ponderación) y, finalmente, el respeto al contenido esencial del derecho.

Esta Sala se ha referido con amplitud a esa *estructura progresiva de niveles de control constitucional de las limitaciones a derechos fundamentales* en las antes mencionadas Sentencias de 13-X-2010, Inc. 17-2006, considerando IV;

y de 21-IX-2012, Inc. 60-2005, considerando V. Aquí no interesa reproducir esa exposición jurisprudencial, porque tratándose de una disposición contenida en una ordenanza municipal, basta determinar si ella contiene una norma limitadora del derecho invocado, pues en tal caso se habría incumplido la condición básica de la reserva de ley y se configuraría una violación constitucional, sin necesidad de avanzar en el examen sobre los demás requisitos constitucionales para la limitación. En otras palabras, el fundamento objetivo, las razones que motivaron la medida restrictiva o la finalidad constitucionalmente legítima que se persigue con la limitación al derecho es irrelevante, una vez que se ha establecido el incumplimiento del primer nivel de control".

DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

"IV**.** 1. Pasando al análisis de la pretensión de inconstitucionalidad, en vista de que el demandante afirma que la disposición impugnada limita el derecho a la libertad económica (art. 102 inc. 1° Cn.), lo primero es determinar el contenido o alcance de ese derecho para relacionarlo con el contenido normativo del artículo cuestionado y decidir si efectivamente existe la restricción alegada. Sobre el derecho mencionado, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que comprende o permite, en principio, todas las conductas dirigidas a participar en el mercado, es decir, en la producción e intercambio de bienes y servicios, según las preferencias o habilidades de cada persona, para obtener un provecho patrimonial o ganancia. Entre sus manifestaciones están el libre acceso al mercado, el libre ejercicio de la empresa y la libre terminación o cesación de dichas actividades (así lo define, por ejemplo, la Sentencia de 29-XI-2013, Amparo 351-2011, considerando V.3.A).

Sobre estas manifestaciones del derecho a la libertad económica, en la Sentencia de 26-VI-2014, Amparo 137-2012, considerando IV.2 (referida precisamente a las limitaciones que el derecho a un medioambiente sano implica para dicha libertad) se dijo que: "la libertad de empresa se manifiesta en: (i) la libertad de los particulares de crear empresas, es decir, de elegir y emprender las actividades económicas lícitas que deseen y de adquirir, utilizar, destinar o afectar los bienes y servicios necesarios para el real y efectivo ejercicio de esa actividad; (ii) la libertad de realizar la gestión o funcionamiento de la empresa —v. gr., el establecimiento de los objetivos propios de la empresa, su planificación, dirección, organización y administración—; y (iii) la libertad de cesar el ejercicio de dicha actividad." Según esto, *la libertad económica (a través de la libertad empresarial) incluye la llamada "libertad de establecimiento", es decir, la posibilidad de crear una empresa o elegir el desarrollo de una actividad económica determinada, lo que lógicamente comprende la decisión sobre dónde instalarla, ubicarla o localizarla, eligiendo, por ejemplo, un determinado municipio en lugar de otro.*

Por supuesto, la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad económica reconoce la interdependencia de este derecho con otros, así como con diversos bienes constitucionales, pues "corresponde al Estado, entre otros roles, arbitrar las relaciones y tensiones que se susciten entre el interés privado y el interés colectivo en las actividades económicas de los particulares, ateniéndose

a las directrices que se desprenden de la Constitución" (Sentencia de 26-VI-2014, Amparo 137-2012, antes citada). Pero, de acuerdo con su contenido básico (en principio o abstracto, sin perjuicio de modulaciones o variaciones en casos concretos), el derecho mencionado "implica que los particulares puedan ejercer su actividad industrial o comercial dentro de un sistema competitivo sin que sean impedidos u obstaculizados, en general, por reglamentaciones o prohibiciones del Estado" (Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 26-2008, considerando IV.1.B)".

VULNERACIÓN POR PARTE DEL MUNICIPIO RESTRINGIENDO EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA, SOBREPASANDO SU COMPETENCIA REGULADORA

"2. Partiendo de lo anterior, se observa que efectivamente y de un modo expreso, el artículo cuestionado por el demandante "prohíbe la instalación y funcionamiento de plantas de generación termoeléctrica a base de carbón mineral, gas natural licuado o cualquier derivación de hidrocarburo y/o material inflamable dentro del municipio de La Unión". El contenido normativo de esa disposición es inequívoco en el sentido de impedir la realización de una actividad productiva de mercado (la generación termoeléctrica de energía) *en todo el territorio de dicho municipio,* pues no se trata de requisitos de ubicación, como las distancias con elementos urbanos determinados (lo que podría aceptarse como simple regulación del ejercicio del derecho), sino que contiene una *prohibición absoluta.*

Como la realización libre de una actividad económica y la decisión autónoma sobre su instalación o localización son elementos básicos del contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 102 inc. 1° Cn., no cabe duda de que *la disposición impugnada, mediante una prohibición o impedimento expreso, introduce una limitación geográfica o espacial* plena o incondicionada *sobre la libertad de establecimiento, que es una de las manifestaciones propias del ejercicio del derecho antes mencionado.*El fiscal en su opinión y la misma autoridad demandada en su informe reconocieron el carácter restrictivo del artículo examinado y esta última se concentró en intentar justificar la necesidad de esa limitación.

Sin embargo, de acuerdo con el planteamiento efectuado en el considerando anterior, aparte de lo que dispone la propia Constitución, una norma como esa —que restringe el ejercicio de un derecho fundamental— solo puede ser emitida por la Asamblea Legislativa, mediante una ley formal. En consecuencia, al expedir la disposición impugnada, el Concejo Municipal de la Unión invadió la competencia del Órgano Legislativo, violó así el principio de reserva de ley para la limitación a derechos fundamentales y de esa manera vulneró el propio derecho a la libertad económica, por lo que deberá estimarse la pretensión del demandante.

Verificada la inconstitucionalidad por incompetencia material de la ordenanza en mención, no es necesario continuar en el examen sobre si la protección del medioambiente o el alcance de la autonomía local son razones suficientes para intervenir en el derecho citado. Además, como ya se aclaró, incluso si esta misma limitación estuviera contenida en una ley formal, eso no bastaría para aceptar su validez jurídica, porque sería necesario verificar los demás niveles de

control de las restricciones a los derechos fundamentales (razonabilidad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho). Sin perjuicio, también, de la necesaria coordinación entre la ley formal y las potestades de regulación *(no limitación de derechos)* que corresponde a los municipios, en virtud de su autonomía para gestionar los intereses locales".

NORMATIVA NACIONAL NO INCLUYE PROHIBICIONES ABSOLUTAS A LAS ACTIVIDADES CONTAMINANTES, PERO, RECONOCE UN MODELO DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE MANERA EXPRESA

"3. En relación con esto último, y tal como lo indicó el Fiscal en su opinión, existen leyes que contienen remisiones o delegaciones expresas hacia una regulación de complementación, desarrollo o incluso configuración propia que pueden efectuar los concejos municipales. En la varias veces citada Sentencia de 21-IX-2012, Inc. 60-2005, se examinó precisamente una disposición legal que establece dicha forma de coordinación normativa con las ordenanzas municipales y se determinó que las disposiciones locales entonces cuestionadas sí respetaron el ámbito de su competencia reguladora. *A diferencia de dicho supuesto,* aunque en el presente caso también existen preceptos legales que reconocen la potestad normativa de los municipios, la disposición impugnada sobrepasó la competencia que esas leyes reconocen al Concejo Municipal de La Unión, al invadir el campo, reservado al legislador, para la limitación de derechos fundamentales.

Aunque El Salvador ha asumido compromisos internacionales para reducir la emisión de gases con efecto invernadero o contaminantes de la Capa de Ozono, las leyes aprobadas para cumplir con dichas obligaciones de protección ambiental no incluyen prohibiciones absolutas de actividades contaminantes. El art. 2 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático impone la aplicación de "políticas y medidas de conformidad con [las] circunstancias nacionales", pero no establece directamente ninguna prohibición. En similar sentido, la Ley de Medio Ambiente [LMA] reconoce de manera expresa un modelo de control y supervisión (no de prohibición) de las actividades contaminantes, por ejemplo, al exigir estudios de impacto ambiental "para ejecutar las siguientes actividades, obras o proyectos [...] Centrales de generación eléctrica a partir de energía nuclear, térmica, geotérmica e hidráulica, eólica y maremotriz" (art. 21 letra f).

Los arts. 19 y 20 LMA confirman que *la actividad de generación eléctrica* puede ser objeto de un "permiso ambiental", lo que significa que *está permitida en abstracto por la ley* y puede ser autorizada en particular por la administración competente. Asimismo, el art. 47 LMA fija *los criterios básicos de protección de la atmósfera* y dentro de ellos se *insiste en la función de vigilancia y control (no de prohibición),* de acuerdo con los "Planes Nacionales para el Cambio Climático y la Protección de la Capa de Ozono". Además, el art. 64-F inc. 3° LMA obliga a elaborar "sistemas modelos de simulación climática futura", pero *priorizando, entre otros, los sectores de industria y energía.* Incluso existe un Reglamento Especial sobre el Control de las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono

(Decreto n° 38, del 31-V-2000). Todo ello confirma que la ley no establece la prohibición de tales actividades económicas (ni por sí misma ni por delegación a los municipios), sino únicamente su supervisión y control".
Sala de lo Constitucional, número de referencia: 11-2012, fecha de la resolución: 20/04/2015.

SELECCIÓN DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR ELCONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

"**III.** De acuerdo con la Sentencia de 5-XII-2012, Inc. 13-2012 (caso *Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública),* el derecho de acceso a la información posee la condición indiscutible de derecho fundamental, que se colige del derecho a la libertad de expresión (art. 6 Cn.), y tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan interés público (Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007, caso *Libertad de expresión);* y en el principio democrático del Estado de Derecho (art. 85 Cn.), que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos públicos (Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010, caso *Transferencias entre partidas de la Administración pública).* De sus posibles manifestaciones, aquí interesa referirse al derecho de acceso a la información *pública.*

En la primera de las sentencias citadas se puntualizó, además, que el derecho de acceso a la información pública consiste en *la facultad de solicitar o requerir la información bajo control o en poder del Estado, con el deber correlativo de éste de garantizar su entrega oportuna o fundamentar la imposibilidad de acceso,* con base en una causa prevista por la ley y compatible con la Constitución. Toda persona, como integrante de la Comunidad titular del poder soberano, tiene el derecho a conocer la manera en la que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan y de ello deriva el derecho de acceso a la información. Además, la información pertenece a las personas, no al Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno. Los servidores públicos disponen de la información por su calidad de delegados del pueblo o representantes de los ciudadanos.

Naturalmente, el carácter de derecho fundamental del acceso a la información propicia el afianzamiento de democracias transparentes y efectivas, facilita la rendición de cuentas y genera un debate público permanente, sólido e informado. Desde esta perspectiva, *el acceso a la información permite al ciudadano asumir un papel activo en el gobierno, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva fundada sobre los asuntos públicos,* lo que le facilita una *participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si el .funcionario está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.* En dicho sentido, este nivel de contraloría ciudadana obliga a los órganos estatales a encauzar sus activi-

dades de manera transparente, especialmente en lo relacionado con procesos de selección de funcionarios -en el presente caso, de funcionarios judiciales—.

El derecho en análisis habilita el ejercicio del poder *en público* y con la vigilancia efectiva de las personas en la toma de decisiones que les afecten, la cual depende de la información con la que se cuente. En armonía con estos fundamentos, la información incluye una amplia gama de soportes en los que constan los datos en poder del Estado o de particulares, sin reducirla a elementos escritos. Esto incluye los debates de interés público que realizan los entes colegiados para la toma de decisiones trascendentales en la vida nacional, así como su resultado".

OBLIGADOS A CERCIORARSE Y DOCUMENTAR CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN PARA SER MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"IV**.** Para ser Magistrado de la CSJ es condición necesaria poseer "moralidad y competencia notorias" (art. 177 Cn.) La Asamblea Legislativa está obligada a cerciorarse y documentar el cumplimiento de estas condiciones en los candidatos porque es el órgano que tiene competencia para elegirlos. Así se sostuvo en la Sentencia de 5-VI-2012, Inc. 19-2012 (caso *Elección de Magistrados de la CSJ 2012-2021): "...* dado que la Constitución establece la competencia de la Asamblea Legislativa para designar al Presidente y Magistrados de la CSJ —art. 131 ord. 19° Cn.—, quienes deben reunir los requisitos establecidos en el art. 176 Cn., se advierte que le corresponde a aquella verificar el cumplimiento de cada uno de ellos".

Ahora bien, el Legislativo no es el único órgano constitucional que interviene en el proceso de selección de Magistrados de la CSJ. También lo hace el CNJ, al tener asignada la competencia de "... proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia..." (arts. 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.). Esta atribución lo habilita para requerir de "... los aspirantes los atestados que fueren pertinentes...", así como someterlos "... a los exámenes y al procedimiento de selección necesario que acredite su habilidad e idoneidad para la eficiente realización de la función jurisdiccional" (Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99, caso *Ley del Consejo Nacional de la Judicatura).*

El Pleno del CNJ no solo se encuentra habilitado por la Constitución para poder exigir la documentación respectiva, sino también *obligado a constatarlo por imponérselo así su ley.* El art. 51 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura (o "LCNJ") determina que dicho pleno, "... basado en el Registro Especial de Abogados Elegibles, procederá a la selección de un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos a formar, *con especial cuidado de que los postulados reúnan los requisitos constitucionales que acrediten idoneidad en las diferentes ramas del Derecho* y a este efecto, podrá establecer un procedimiento que garantice este requisito". Y el art. 74 inc. 1° RLCNJ establece que, "[a]1 tener conocimiento de la lista parcial de candidatos propuestos por las asociaciones de abogados, el Pleno del Consejo, basado en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles *y en la ponderación de los criterios establecidos*

en el artículo precedente...", deberá elaborar la lista respectiva. Existe, pues, un deber de documentar y "ponderar" la idoneidad y moralidad de los candidatos a Magistrados de la CSJ que serán propuestos a la Asamblea Legislativa.

Con base en este deber u obligación, el Pleno del CNJ debe contar con elementos documentales necesarios y suficientes que permitan probar que los candidatos que selecciona —de entre el universo que potencialmente cumpla los requisitos— son idóneos para desempeñarse como Magistrados, por poseer la cualificación técnica, profesional y personal requerida".

CRITERIOS EXIGIBLES CONSTITUCIONALMENTE PARA EVALUAR COMPETENCIA E IDONEIDAD DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Dentro de los criterios que hacen posible tener por establecida la competencia e idoneidad notorias de los candidatos a Magistrados de la CSJ, y que el Pleno del CNJ debe evaluar al elegir a los candidatos, son, entre otros, los siguientes: a) acreditar al menos diez años de ejercicio profesional en una rama específica del Derecho; b) haberse dedicado a la docencia en instituciones de educación superior, o a la investigación jurídica, durante al menos cinco arios en una rama específica del Derecho; c) haber escrito, en forma individual, al menos dos obras o efectuado igual número de trabajos de investigación, de reconocida utilidad para la comunidad jurídica; d) contar con reportes positivos sobre evaluación de desempeño en los cargos que ostenten o hayan ejercido, ya sea en el sistema de administración de justicia o cualquier otro cargo público o privado; y e) contar con los informes favorables de las instituciones y dependencias correspondientes, relacionados con la conducta profesional y privada de los candidatos, a fin de establecer la moralidad notoria (art. 73 RLCNJ). Estos criterios están en función de reducir el universo posible de candidatos, para escoger o preferir los que tengan las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales.

En este momento de selección, el Pleno del CNJ posee un margen de discrecionalidad, como muy bien lo indicó dicha institución en su informe requerido. Esto significa que tiene para sí diferentes alternativas de elección entre los candidatos en competencia, de los cuales ha de elegir a los idóneos para los cargos, primordialmente de acuerdo con los criterios indicados, con el propósito de incluirlos en la lista definitiva. De manera que no es suficiente la mera suma de atestados, sino que *los Consejales deben deliberar* y, por tanto, "... dar las razones por las que, con base en la documentación recabada, tal [candidato] es idóne[o] para desempeñar una función pública", en caso que la Asamblea Legislativa decida elegirlo (Sentencia de Inc. 19-2012, ya citada)".

ELECCIÓN DE POSIBLES CANDIDATOS DEBE SER PRODUCTO DE UN PROCESO DELIBERATIVO Y DEBIDAMENTE DOCUMENTADO

"V. Como se advierte de lo dicho, el CNJ cumple una función relevante en la conformación del Órgano Judicial. A su cargo está, entre otros, la proposición de candidatos para los cargos de Magistrados de la CSJ (arts. 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.). Desde cualquier punto de vista, seleccionar a potenciales candidatos es

decidir. Pero esta decisión no puede ser producto de un mero arbitrio, sino de un proceso deliberativo y debidamente documentado. Por ello es pertinente abordar algunas cuestiones: primero, el *carácter deliberativo* de la decisión del CNJ de seleccionar a candidatos a la CSJ, a partir de la documentación necesaria, y luego, la *regla de votación* que, de acuerdo con la disposición impugnada, es secreta.

1. En la Sentencia de Inc. 5-99 citada, se sostuvo que el CNJ es un "... órgano estatal de rango constitucional y de carácter administrativo, encargado de colaborar con el [Órgano Judicial] en la garantía de la independencia judicial". Se agregó que "[e]l cumplimiento de su función propositiva de candidatos para ocupar los cargos de la Judicatura [...] tiene vinculación con el ingreso a la carrera judicial y con las promociones y ascensos de los funcionarios judiciales". De ahí que —se acotó— "... es plenamente compatible con la naturaleza del CNJ el que, con la finalidad de proponer a dicho tribunal supremo [...], requiera de los aspirantes los atestados que fueren pertinentes, así como los someta a los exámenes y al procedimiento de selección necesario que acredite su habilidad e idoneidad para la eficiente realización de la función jurisdiccional". Y, en fin, se precisó que el CNJ "... puede tener incidencia [...] en la evaluación de la idoneidad y capacidad exhibida por los funcionarios judiciales en el ejercicio de su función, para proponerlos a la CSJ con miras a las promociones y ascensos a que hubiere lugar, *basado en los criterios de moralidad y competencia notorias, mérito y aptitud de los funcionarios que pretendan ser promovidos o ascendidos".*

Pero el proceso de selección de candidatos a la CSJ no es un trámite en el que se procura la mera suma de atestados, como se dijo. Dicho órgano constitucional debe hacer valoraciones que tomen en cuenta el deber de garantizar que en la CSJ estén representadas "las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico". En efecto, el *pluralismo jurídico de los magistrados de la CSJ* es una característica básica que debe ser considerada en el proceso de selección de los candidatos. Esto significa que el Pleno del CNJ debe estar abierto a las diferentes visiones jurídicas de los optantes, para garantizar eventualmente la protección de los derechos y la prevención de conflictos sociales, en caso que sean elegidos. Si la Constitución prefigura la actividad de la Corte y de las Salas como una interacción dinámica y permanente de posturas distintas y variadas corrientes del pensamiento jurídico, el Pleno del CNJ no puede desentenderse del pluralismo entre los interesados".

PLENO DEBE CONSIDERAR EXIGENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A REPRESENTACIÓN DE DIFERENTES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

"El Pleno debe considerar la exigencia constitucional relativa a que en la CSJ deben estar representadas las distintas "corrientes del pensamiento jurídico", que alude precisamente a "... visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir, a los sistemas de pensamiento, visión del mundo o conjunto de ideas fundamentales del Magistrado sobre el papel del derecho en la sociedad, su relación con el poder, la moral y los valores, así como sobre el método jurídico y la función de los jueces en el cumplimiento de las prescripciones jurídicas que integran el ordenamiento, entre otras cuestiones esenciales que dichas "corrientes

de pensamiento" están llamadas a responder. Ello independientemente de que tales Magistrados "representen" a los diversos sectores del ejercicio de la carrera — ámbitos académico, judicial, asesoramiento o libre ejercicio de la profesión—; o que se cultiven en distintos sectores del ordenamiento —Constitucional, Civil, Penal, Tributario, etc.—" (Sentencia de 1-III-2013, Inc. 78-2011, caso *Mayoría para sentenciar en Salas de la CSJ).*

En la sentencia citada en último término se sostuvo que "... el pluralismo jurídico de los Magistrados, además de una exigencia de funcionamiento de los tribunales que estos integran, implica también *la obligación de que su proceso de selección y nombramiento incluya genuinas oportunidades para que los candidatos expongan las ideas que su respectiva "corriente de pensamiento" plantea para los problemas jurídicos referidos.* Esto en armonía con el carácter meritorio y objetivo que debe tener el proceso de selección de los Magistrados, en función de las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales de los candidatos (Sentencias del 5-VI-2012, Incs. 19-2012 y 23-2012, casos *Elección de Magistrados de la CSJ 2012-2021 y Elección de Magistrados de la CSJ 2006- 2015* ,respectivamente)". Por ello, se concluyó que, "... tanto *las entidades proponentes* como la Asamblea Legislativa *deben utilizar procedimientos públicos, transparentes y adecuados para perfilar la concepción jurídica de los candidatos a Magistrados, de modo que la ciudadanía tenga la posibilidad de reconocer la variedad de perspectivas metodológicas que [influirán] las decisiones de estos funcionarios".*

En lo que respecta a la mitad de la lista de candidatos que elabora el CNJ, en el proceso de selección deben tomarse decisiones para restringir el universo de los candidatos de entre las diversas alternativas posibles. Puesto que el CNJ es un órgano colegiado, la función del diálogo y la deliberación adquiere importancia en su seno. El diálogo supone que entre los Miembros del Consejo hay un intercambio de propuestas, buscando la focalización progresiva de las mejores opciones en juego mediante la reacción a las opiniones de los demás. La deliberación, en cambio, es una evaluación meditada de las razones favorables y desfavorables a candidatos u optantes, en la que se ponderan méritos y aptitudes, en orden a seleccionar, de modo responsable y reflexivo, a los candidatos idóneos que aspiran a la magistratura.

Pues bien, como se dijo en la Sentencia de Inc. 78-2011, ya citada, "[clon un propósito deliberativo, el diálogo trasciende a la discusión o al debate, según el grado de oposición de las opciones enfrentadas, y de este modo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interferirían con una respuesta adecuada. *Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo, ello si existe, como debería, un leal compromiso con los resultados de la estimación libre y argumentada, entre iguales, de las alternativas en competencia".*

La actividad de proponer candidatos a Magistrados de la CSJ puede ser caracterizada como un proceso de selección argumentada entre diversas alternativas para elegir a los candidatos sobresalientes (los más idóneos, competentes y éticos) que completarán la lista de candidatos que surge de las asociaciones

de abogados. Esta actividad también coincide con un enfoque deliberativo de la función que realiza el Pleno del CNJ. En este proceso sus integrantes toman una postura como parte de un órgano colegiado y, por ello, el sistema de deliberación y debate que debe producirse en su seno implica que su independencia (art. 187 inc. 1° Cn.), conocimiento técnico (pues tienen que cumplir con los requisitos exigidos para ser Magistrados de la CSJ —art. 12 inc. 1° LCNJ-), experiencia y trabajo en común, son determinantes para la selección de candidatos".

DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN DEBE SER PÚBLICA

"*2.* Pero el diálogo deliberativo y reflexivo en el proceso de selección debe concluir con preferencias concretas de cada miembro del CNJ y decidir qué candidatos complementarán la lista definitiva que deberá remitirse a la Asamblea Legislativa. Sobre este punto, es pertinente recordar que "[d]ecidir es cerrar o zanjar una discusión y para ello se requiere, por tanto, de un instrumento que convierta los criterios de los jueces en la resolución común del tribunal. Esto se realiza mediante las *reglas de votación..."* (Inc. 78- 2011, ya citada).

En relación con las reglas de votación de las decisiones tomada por el Pleno del CNJ, en tanto órgano colegiado, puede tomarse en consideración: En primer lugar, la votación no es una simple agregación de preferencias; los méritos de los candidatos pueden variar —según los criterios indicados en el art. 73 RLCNJ— y ello puede dar lugar a discrepancias entre los Consejales. En segundo lugar, el mismo Pleno del CNJ no escapa de la influencia del pluralismo. Precisamente, este carácter y el que se refiere al deliberativo de sus decisiones colegiadas determina que *la votación no es un método para decidir, sino un instrumento para cerrar el proceso deliberativo o argumentativo que genera la decisión de selección.*

De acuerdo con lo expresado, la deliberación del Pleno del CNJ debe desarrollarse con transparencia y publicidad, lo cual permite tener acceso a la información y argumentos esgrimidos por los Consejales durante la deliberación y se conocen los pormenores que preceden a la conformación del listado definitivo de candidatos. *La publicidad permite a la ciudadanía conocer las razones que podrían explicar y justificar el sentido de la votación. Con esta apertura puede saberse por qué prevaleció un candidato con respecto a otro y, por tanto, si las razones —que tendrían que basarse en el mérito, idoneidad y aptitud— que se hacen públicas y cuya pretensión es justificar la selección de un candidato, se corresponden con las que verdaderamente fueron aducidas en la deliberación.*

Si la deliberación debe ser pública, entonces la votación debe serlo también. Mediante aquella actividad se trata no solo de identificar los factores que *motivan* el voto de cada uno de los Consejales al apoyar a un candidato, sino también si esos funcionarios han argüido las razones que motivaron su decisión. Si la votación es secreta, *no puede saberse si el mérito fue la razón que realmente motivó a los Consejales del CNJ para decidir la incorporación o no de un candidato a la lista.*

Si la votación es secreta, se produce una opacidad que impide apreciar si en el proceso de selección a cargo el Pleno del CNJ han prevalecido o no criterios de moralidad y competencia notorias, mérito y aptitud de los candidatos a Ma-

gistrados de la CSJ, lo cual afecta el derecho de la ciudadanía a estar informada del proceso de selección de candidatos.

No obstante lo anterior, se aclara que la publicidad o el derecho de acceso a la información no debe entenderse con carácter absoluto, pues existen excepciones que obligan a preservar o impedir el conocimiento público de ciertos datos, arts. 19 y 24 de la Ley de Acceso a la Información Pública (información confidencial e información reservada)".

VOTACIÓN SECRETA NO CONSTITUYE OBSTÁCULO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN POR NO SER UN MÉTODO PARA DECIDIR

"VI**.** A continuación se realizará el examen de los motivos de inconstitucionalidad planteados.

1. El primer motivo está relacionado con la violación del derecho de acceso a la información pública. Según el actor, el carácter secreto de la votación previsto en el art. 74 inc. 1° RLCNJ "permite" que el Pleno del CNJ "oculte las razones que justifican su propuesta", excluyendo, por ello, el "deber de motivación o justificación de sus decisiones". Por su parte, el Pleno del CNJ sostuvo que la disposición impugnada nocontraviene el derecho en cuestión porque el argumento del actor no está dirigido directamente a cuestionar el mecanismo de la votación, sino que está "orientado al desconocimiento que del cumplimiento de los requisitos mencionados pueden tener los ciudadanos en detrimento de sus derechos de acceso a la información pública". Finalmente, el Fiscal General de la República no se refirió de manera directa a este aspecto.

En este punto, la pretensión del demandante debe desestimarse. En su planteamiento hay una confusión entre el deber de motivación y la votación secreta. El derecho de acceso a la información permite que una persona pueda solicitar la documentación recabada por el Pleno del CNJ —salvo la que contenga datos sensibles del candidato—; y este órgano tiene el deber correlativo de garantizar su entrega oportuna o fundamentar la imposibilidad de acceso. En virtud del principio de perpetuidad, las razones y la decisión —tomada en la votación— deben ser documentadas por cualquier medio. El interesado puede tener acceso a las razones que el ente colegiado haya argüido a favor o en contra de un candidato. La votación secreta no impide acceder a estos datos.

La misma disposición impugnada distingue estos dos momentos, al identificar, por una parte, la "ponderación de los criterios" que debe hacer el Pleno del CNJ y, por otra parte, la votación secreta. Como indica la autoridad demanda, el motivo de inconstitucionalidad, en realidad, no formula un reproche a la opacidad que puede producir no saber el sentido del voto de los Consejales, sino, más bien, al supuesto desconocimiento de "las razones que justifican su propuesta". De manera que el hecho de que el Pleno del CNJ haya tomado una decisión a través de la regla de votación secreta no constituye un obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la información. Como se dijo, la votación secreta no es un método para decidir, sino un mecanismo para cerrar la deliberación del Pleno, el cual da la pauta para la toma de la decisión de selec-

ción. Antes de la votación, se argumenta; después de ella, se selecciona a las mejores alternativas posibles".

DEBER CONSTITUCIONAL DE MOTIVAR PROPUESTA DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"2. El segundo motivo de inconstitucionalidad está centrado en la violación del deber de motivación que tiene el CNJ, al elaborar la propuesta de candidatos a Magistrados de la CSJ.

Para el demandante, la expresión "votación secreta" exime al Pleno del CNJ de su deber constitucional de exponer de manera analítica, explícita, intersubjetiva, controlable e individualizada (respecto de cada candidato) los datos y las razones por las que se incluye en la lista definitiva a determinados candidatos a Magistrados de la CSJ. La autoridad demandada, por su lado, consideró que no existía la inconstitucionalidad alegada porque, primero, la competencia discrecional de proponer candidatos a la magistratura no lo exime de la obligación de verificar el cumplimiento de todos los requisitos; segundo, la jurisprudencia establecida a propósito de la elección de Magistrados de la CSJ no es aplicable analógicamente a la selección de candidatos, al ser diferentes los actos de proposición de los actos de elección; y tercero, el precepto cuestionado admite una interpretación conforme con la Constitución debido a que la votación secreta no excluye el deber de motivación, si por este se entiende "... el deber de constatar y verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previo a proponer en la lista..." en cuestión. Por último, el Fiscal General de la República dijo al respecto que la regla de votación secreta no imposibilita al Pleno desarrollar un procedimiento objetivo para incluir en la lista definitiva a los candidatos que tengan las mejores credenciales técnicas y personales para el ejercicio de la función judicial.

En el proceso de selección de candidatos a Magistrados de la CSJ, el Pleno del CNJ debe tomar decisiones para restringir o reducir el universo de candidatos, de entre las diversas alternativas posibles. Solo está habilitado para incluir en el listado definitivo a aquellos optantes que, por tener una cualificación técnica, profesional y personal, sean los idóneos para fungir como magistrados, en caso que sean elegidos. Para ello debe recopilar toda la información disponible y necesaria, para su posterior valoración. El objetivo es determinar si los candidatos que se proponen a la Asamblea Legislativa son personas que reúnen los criterios de moralidad y competencia notorias.

El proceso de selección, en el seno del Pleno del CNJ, es deliberativo y la interacción entre sus Consejales es argumentativa. Se recuerda que ambas actividades suponen una evaluación meditada de las razones favorables y desfavorables a los candidatos u optantes, en la que se ponderan los méritos y aptitudes de estos, en orden a seleccionar de modo responsable y reflexivo a los candidatos aptos para aspirar a la magistratura. De ahí que deban proporcionar "... las razones por las que, con base en la documentación recabada, tal [candidato] es idóne[o] para desempeñar una función pública". En consecuencia, el Pleno del CNJ tiene el deber de motivar su propuesta de candidatos, no por la aplicación

analógica del deber de documentación que tiene la Asamblea Legislativa de motivar el acto de elección de Magistrados de la CSJ, sino por exigencias derivadas del carácter deliberativo y argumentativo de las decisiones que toma (arts. 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.). Esto descarta la consideración del demandante, que pretende establecer un "deber de motivación" apelando a la analogía.

Pero el argumento desarrollado también descarta el planteamiento del Pleno del CNJ, según el cual exigir más allá del deber de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previamente definidos para seleccionar y proponer candidatos supondría una "... exigencia [que] se puede tornar excesiva e ilegítima". Esta postura no es aceptable por varias razones. Primero, porque *la selección de candidatos para conformar las listas debe ser reflexiva, lo que requiere valorar la documentación recopilada.* Segundo, porque *es necesario evaluar meditadamente las razones favorables y desfavorables de uno u otro candidato, en la cual se ponderen mérito, idoneidad y aptitud de los candidatos.* Tercero, porque *los candidatos deben tener la oportunidad de exponer ante el Pleno las ideas que su respectiva "corriente de pensamiento jurídico" plantea para los problemas y demandas cuya resolución deberán procurar en caso de llegar al cargo en la CSJ. Todo ello redunda en el deber del Pleno del CNJ de razonar por qué los candidatos seleccionados para integrar el listado definitivo que se remitirá al Legislativo son las mejores alternativas en relación con el resto de candidatos.*

En consecuencia, el deber de documentación y motivación obliga al pleno del CNJ a hacer públicas su deliberación y su votación, al elaborar el listado completo de candidatos a la magistratura.

En consecuencia, dado que el deber de documentar y motivar la propuesta de candidatos para el cargo de. Magistrados de la CSJ obliga a que la deliberación y la votación del Pleno del CNJ sean públicas; y que el art. 74 inc. 1° RLCNJ indica que el citado pleno seleccionará, por medio de votación secreta, un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos; se concluye que la disposición impugnada por el demandante es inconstitucional, y así deberá declararse".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 94-2014, fecha de la resolución: 08/04/2015.

SOBERANÍA NACIONAL

ESTADOS YA NO PUEDEN EJERCER SU ACTIVIDAD AISLADAMENTE DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

"VI**.** Los demandantes del proceso 42-2007 han impugnado los arts. 2, 3 y 38 LECAT por contrariar el art. 83 Cn.

Al respecto afirmaron que el art 2 LECAT ordena que esta normativa debe ser aplicada a cualquier persona "aún en lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña", lo cual implicaría someter a los extranjeros a la jurisdicción nacional. Adicionalmente argumentaron que el art. 3 permite la violación a nuestra soberanía interna, ya que somete a toda persona que se encuentre en territorio

salvadoreño “a la arbitrariedad de funcionarios y autoridades de otros Estados”. Y por último, que el art. 38 LECAT concede facultades omnipotentes nacional e internacionalmente a la Fiscalía General de la República, pues ordena a otros Estados a que se sometan a la autoridad salvadoreña violando todo el orden jurídico internacional.

Previo a analizar y resolver tales argumentos, resulta necesario exponer el contenido normativo del art. 83 Cn., relacionado con los motivos de impugnación ahora examinados, para luego tener en cuenta las reglas generales relativas al ámbito de la aplicación de la ley penal en el espacio.

1. A. En sentencia de 7-IX-1999, Inc. 3-91, se sostuvo que la soberanía es el poder originario y superior de una comunidad política; precisamente, esas cualidades son las notas esenciales a dicho poder, en tanto que no depende de otro y se impone a todos los demás existentes en el ámbito territorial en el que se asienta dicha comunidad.

Sin embargo, en la actualidad, la soberanía debe matizarse y compaginarse con una realidad evidente: *los Estados ya no pueden ejercer su actividad aisladamente de la comunidad internacional, por lo cual necesariamente deben establecer relaciones de diverso tipo con otros sujetos de Derecho internacional*. En ese sentido, el análisis jurídico de la soberanía, parte de dos perspectivas: la *externa* y la *interna*.

Desde la perspectiva *externa*, la soberanía estatal implica la independencia frente a otros poderes externos, es decir, que dentro del territorio de una nación no pueden ejercerse competencias jurídicas independientes de otro Estado; se afirma con ello que el poder soberano es excluyente. En esta dimensión, el principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado adquiere especial relevancia, pues a nivel de Derecho Internacional, la soberanía comprende la plena e igual capacidad jurídica y de acción de todas las naciones para crear obligaciones internacionales, a lo cual responde el carácter coordinador del Derecho Internacional.

En ese contexto, en el que se sitúa el Estado ante la Comunidad Internacional, la asunción de obligaciones internacionales no significa *per se* una limitación a su soberanía. Efectivamente, en tanto una Constitución prevé que el Estado, a través de los funcionarios legitimados para ello, pueda asumir de forma voluntaria obligaciones internacionales, se está ejerciendo la faceta externa de la soberanía y no limitándola, pues el pueblo –a cuyo servicio se encuentra este atributo– así lo ha decidido libremente y lo ha expresado en la norma jurídica de máximo rango. Por ende, dentro de la Comunidad Internacional y en ejercicio de la soberanía externa, es partícipe y receptor de las aspiraciones que en la misma se generan.

Efectivamente, dentro de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, se reconocen las obligaciones internacionales para la salvaguarda del ser humano; tarea que requiere la combinación de normas internacionales y de normas internas.

B. En la actualidad, la promoción y la protección de los derechos es una de las prioridades de la Comunidad Internacional, en tanto que se encuadran en la estructura jurídica más relevante en el ordenamiento internacional, a partir de

los principios de solidaridad y de protección de los derechos fundamentales en su conjunto.

Ello entraña como consecuencia relevante, que la obligación internacional de promover y respetar la dignidad y los derechos de las personas es de carácter general; y es que tales derechos, en suma, no sólo ofrecen una dimensión subjetiva, como derechos de los individuos frente a los entes estatales; sino también, desde una dimensión objetiva, aseguran el orden y la paz social en la Comunidad Internacional.

Así, la protección internacional de los derechos ha supuesto un profundo cambio en la visión de la soberanía ante el Derecho Internacional, pues basta tener presente la obligación de asegurar el respeto de los derechos tanto a nacionales como a extranjeros; lo que implica unos efectos directos sobre la concepción internacional del Estado, en tanto que esas obligaciones de protección y respeto de los derechos de la persona, correlativamente constituyen una especie de legitimidad del Estado en el orden Internacional.

En aras de ese interés fundamental a la Comunidad Internacional, ésta ha considerado pertinente el establecimiento, no solo de la responsabilidad de los Estados, sino además de *la responsabilidad penal de los individuos por violaciones graves a los derechos de la persona a través del Derecho Penal Internacional"*.

PRINCIPIOS QUE RIGEN APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

"*2.* Existen al menos cuatro principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio, estos son: (i) *territorialidad;* (ii) *nacionalidad* o *personalidad;* (iii) *real* o *de defensa;* y (iv) *jurisdicción universal*.

3. Bajo tales principios, y en consonancia con las reglas establecidas en el Código Penal, debe ser entendido el art. 2 LECAT que expresa: "[e]sta ley se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República o en los lugares sometidos a su jurisdicción".

En efecto, tal artículo establece como criterio fundamental el de *territorialidad*, según el cual la LECAT se aplica a todo aquel hecho punible que se haya iniciado, ejecutado o concluido –en todo o en parte– dentro de la circunscripción territorial salvadoreña o en cualquiera de los lugares sometidos a su jurisdicción, comprendiendo de esta forma los delitos a distancia, los continuados y los permanentes.

Por tanto, se trata de una regla legal válida, que permite el juzgamiento del hecho punible en cualquier lugar donde se haya desenvuelto su recorrido criminal, evitando con ello las posibilidades de impunidad.

Esta regla resulta confirmada por lo que señala nuestro Código Penal en su artículo 12 inciso tercero: "[e]l hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente la actividad delictuosa".

En conclusión, ya que la extraterritorialidad de la Ley Penal salvadoreña a los ciudadanos de otro Estado no implica una vulneración al art. 83 Cn., conviene desestimar la pretensión efectuada en este sentido por los demandantes".

ACTIVIDADES INTERNACIONALES DE INDAGACIÓN DE ACTOS DE TERRORISMO NO CONSTITUYEN UNA LESIÓN A LA SOBERANÍA NACIONAL

"*4. A.* En relación con el art. 3 LECAT, de su simple tenor se desprende una habilitación legal para efectuar actividades de cooperación internacional en materia de prevención y represión de las diversas modalidades de terrorismo, siempre y cuando *exista de forma previa un acuerdo para tales efectos*.

B. Desde el momento en que se realizan operaciones de forma conjunta, todos aquellos miembros de los organismos extranjeros que colaboren con las autoridades salvadoreñas –a excepción de encontrarse revestidos por alguna forma de inmunidad–, se encuentran sujetos al ámbito de aplicación de la ley penal salvadoreña conforme se ha expuesto en lo relativo al principio de territorialidad; como también al irrestricto respeto de las instituciones nacionales, en particular de aquellas encargadas de la averiguación del delito.

De igual forma, el desarrollo de las pesquisas pertinentes no puede apartarse de los principios de actuación y control que rigen a los diversos organismos policiales, fiscales y judiciales de la nación salvadoreña. Por consiguiente, resulta inadecuado el razonamiento expuesto por los demandantes. Y es que, en una materia tan grave y expansiva a nivel mundial como el *terrorismo*, se requiere una alta cooperación entre los diversos Estados, para el juzgamiento en esta clase de delitos.

C. Existe una serie de instrumentos internacionales que preceptúan la cooperación *entre naciones* en este ámbito; entre ellos la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional (Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Washington, DC, el 2-II-1971, Ratificada por la República de El Salvador mediante Decreto Legislativo n° 76, de 17-VIII-1972, publicado en el Diario Oficial n° 156, Tomo 236, de 24-VIII-1972), que estipula en su artículo 8: "[c]on el fin de cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las siguientes obligaciones: *(a)* Tomar las medidas a su alcance, en armonía con sus propias leyes para prevenir e impedir en sus respectivos territorios la preparación de los delitos mencionados en el artículo 2, y que vayan a ser ejecutados en el territorio de otro Estado contratante; *(b)* Intercambiar informaciones y considerar las medidas administrativas eficaces para la protección de las personas a que se refiere el artículo 2 de esta Convención; y (…)*(e)* Cumplimentar en la forma más expedita los exhortos en relación con los hechos delictivos previstos en esta Convención".

Igualmente, tal imperativo se repite en el art. 13 Convenio sobre Infracciones y Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, emitido en Tokio en 14-IX-1963, (que, de acuerdo con la Organización de Aviación Civil Internacional, Organismo especializado de las Naciones Unidas, fue ratificado por la República de El Salvador el 13-II-1980), art. 10 Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, emitido en La Haya el 16-XII-1970 (de acuerdo con la Organización de Aviación Civil Internacional también fue ratificado por la República

de El Salvador el 16-I-1973); y el art. 7.3 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos –Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3166 (XXVIII), de 14-XII-1973, ratificada por El Salvador Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno n° 250, de 27-V-1980, publicado en el Diario Oficial n° 102, Tomo 267, de 2-VI-1980–, entre otros.

Lo anterior también tiene concordancia con lo expuesto en el art. 78 C.Pr. Pn. que estipula: "[s]i las conductas delictivas se realizan, total o parcialmente, fuera del territorio nacional o se imputa a personas vinculadas a organizaciones de carácter internacional, la Fiscalía General de la República podrá estructurar equipos de investigación conjunta con instituciones extranjeras o internacionales. En todo caso, los acuerdos de investigación conjunta deberán ser autorizados y supervisados por el Fiscal General de la República. (…) Cuando se trate de delitos que revistan carácter internacional, la Fiscalía General de la República podrá formar parte de la comisión internacional e interinstitucional destinada a colaborar en la investigación".

En razón de lo anterior, corresponde rechazar el argumento esgrimido por los demandantes del proceso 42-2007, en la medida en que tales actividades de indagación no constituyen una lesión a la soberanía nacional, ya que requerirán siempre la anuencia y control del Estado salvadoreño.

5. Por último, se analiza el art. 38 LECAT, el cual a tenor de los demandantes otorga facultades extraterritoriales a la Fiscalía General de la República.

En realidad, el marco de actuación procesal de dicha institución –conforme lo señala también el Código Procesal Penal– resulta fijado igualmente por el principio de territorialidad. Y esto lo estipula claramente el art. 38 LECAT: "[l]a Fiscalía General de la República, en casos de urgente necesidad, o el tribunal competente podrán ordenar la incautación o embargo preventivo de bienes, productos o instrumentos situados *en su jurisdicción territorial* (…)".

En su defecto, y en el caso de resultar necesaria la investigación de un hecho delictivo en otro país o la necesidad de adopción de alguna medida cautelar concerniente al accionar de grupos terroristas, *necesariamente el organismo acusatorio deberá ponerse en contacto con organismos respectivos de dicho país y requerir su apoyo de acuerdo con las estipulaciones jurídico-legales del mismo*. Y este es el sentido, expuesto en el inciso segundo del art. 38 LECAT: "[a]simismo, a petición de la Fiscalía General de la República, podrá requerir a las autoridades competentes de otros países la adopción de las medidas encaminadas a la identificación, localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos relacionados con las actividades delictivas preventivasprevistas en la presente Ley, con miras a un eventual comiso".

Por otra parte, y desde una interpretación sistemática del artículo impugnado, ambos incisos conducen igualmente a una tercera conclusión: y es que, en aquellos actos de terrorismo cometidos en el extranjero, en los que resulte factible ordenar alguna medida de coerción procesal respecto de bienes o personas en El Salvador, tal medida únicamente podrá postularse ante los tribunales salvadoreños por medio de la Fiscalía General de la República, que es la entidad

constitucionalmente encargada del ejercicio de la acción penal, así como de la investigación del delito (art. 193 ords. 3° y 4° Cn); y ello, con base a un requerimiento o solicitud emitida por las autoridades gubernamentales de la nación interesada.

Es así que, de las tres hipótesis enunciadas –*(a)* la FGR conoce de los delitos de la LECAT cometidos en El Salvador; *(b)* pide colaboración a las autoridades de otros países cuando se requiere la investigación de actuaciones terroristas acaecidas en El Salvador, pero que han sido planificadas, ejecutadas o concluidas en otro; o si, *(c)* se postula y solicita ante los tribunales nacionales, peticiones emanadas de los organismos de investigación del delito de otros países relativas a las medidas de coerción real– ninguna supone una violación a la soberanía de la nación salvadoreña, ni la de otros países; por tanto, tampoco es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 38 LECAT por el motivo esgrimido por los demandantes.

Recapitulando, procede declarar que los arts. 2, 3 y 38 de la LECAT no contravienen el precepto contemplado en el art. 83 Cn., en la medida que constituyen el desarrollo de los principios básicos que rigen la aplicación de la ley penal y procesal penal en el espacio".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 22-2007AC, fecha de la resolución: 24/08/2015.

SUBASTA DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

DIFERENCIAS SUSTANCIALES DEL SERVICIO DE TELEFONÍA QUE UTILIZA EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, CON RESPECTO A OTROS OPERADORES DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

"*D.* Es pertinente aclarar, con respecto a los servicios de telecomunicaciones que utilizan el espectro radioeléctrico, que si bien la telefonía utiliza tal espectro igual que la radio abierta y la televisión abierta, existen diferencias sustanciales que es necesario resaltar:

El servicio de telefonía que utiliza el espectro radioeléctrico –telefonía móvil o celular– no es gratuito pues el usuario paga por el mismo; sin embargo, es un servicio universal, que usa redes inalámbricas y está regido por criterios de competencia y competitividad. En cambio, los servicios de radio y televisión abierta no son servicios públicos, sino servicios esenciales a la comunidad, que utilizan estaciones con antenas, son gratuitos, los rige el criterio de fomento a la pluralidad, y cumplen con una función social, pues son servicios de información y entretenimiento.

A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la radio y de la televisión abierta, necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético, y ello implica que tanto su situación como su régimen jurídico sea diferente al de los restantes medios de comunicación—inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso–, lo que conlleva a afirmar que *al existir un número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, se hace imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas*

las personas que decidan ser operadores de radio y de televisión abierta. Los demás medios de comunicación no utilizan el espectro (prensa escrita y digital a través de internet, etc.) y, en consecuencia, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control.

Si bien es cierto los servicios de telefonía móvil o celular, así como los servicios de radio y televisión abierta, utilizan el espectro radioeléctrico, el procedimiento para poder operar y el mecanismo para acceder a dicho bien demanial es el mismo: la subasta. No obstante, el análisis de las violaciones a la libertad de expresión alegadas por los ciudadanos demandantes, así como las violaciones a la igualdad relacionada con los principios del orden económico configurados en el art. 101 Cn. y la prohibición de prácticas monopolísticas conforme al art. 110 incs. 1° y 2° Cn., derivados del mecanismo de subasta, *solamente corresponde aplicarlas a los servicios de radiodifusión y de televisión abierta; respecto del servicio de telefonía, no puede afirmarse que existe un riesgo para la libertad de expresión de acuerdo a la definición y alcance esbozada en las pretensiones de los demandantes,* por lo que queda fuera del análisis de esta sentencia".

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, CONCEPTO FUNDAMENTAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

"*4. A.* a. En relación con lo anterior es pertinente analizar el *espectro radioeléctrico,* concepto fundamental en materia de telecomunicaciones (desarrollado por Javier Marzo Cosculluela, en "El Dominio Público Radioeléctrico", incluido en el libro: "Telecomunicaciones. Estudio sobre dominio público y propiedad privada", Marcial Pons, Barcelona, 2000). A grandes rasgos, puede afirmarse que tal espectro es el medio por el que se propagan las *ondas electromagnéticas,* que son empleadas en las comunicaciones para transmitir información de diversa índole –datos, audio e imágenes–, las cuales se propagan por el espacio sin guía artificial o soporte físico y se caracterizan por dos variables: (i) la *longitud* de sus oscilaciones; y (ii) la *frecuencia* de las mismas.

La *longitud* de onda es la distancia real que ésta puede recorrer en un determinado intervalo de tiempo. Por otro lado, la *frecuencia* de dichas ondas se refiere al número de oscilaciones que ocurren en un periodo de tiempo determinado, siendo la unidad de medida de las mismas el *Hertzio* (Hz), que equivale a la cantidad de ciclos u oscilaciones que tiene una onda electromagnética durante un segundo, cuantificándose en KiloHertzios (KHz, equivalentes a 1000 Hz), MegaHertzios (MHz, equivalentes a 1000000 Hz) y GigaHertzios (GHz, equivalentes a 1000000000 Hz).

En concreto, las variaciones de las frecuencias para las ondas electromagnéticas, pueden clasificarse en: (i) *KiloHertzios* hasta 3000 kHz, inclusive; (ii) *MegaHertzios* (MHz) por encima de 3 MHz hasta 3000 MHz, inclusive; y, (iii) *GigaHertzios* (GHz) por encima de 3 GHz hasta 3000 GHz.

En este orden y en consonancia con lo establecido en el art. 6 LT y en el art. 1.5 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, *las ondas electromagnéticas cuyas frecuencias se comprenden en el espectro radioeléctrico oscilan entre los 3 KiloHertzios y los 3000 mil GigaHertzios,* con base en lo cual serán

utilizadas para servicios, actividades y emisores específicos, de acuerdo a su división en *bandas".*

BANDAS DE FRECUENCIAS

"b. Las *bandas de frecuencias,* conforme al mencionado art. 6 LT, son franjas del espectro radioeléctrico comprendidas entre rangos mínimos y máximos asignadas a diferentes usos dentro de las radiocomunicaciones para servicios concretos –entre ellos la radifusión sonora y la televisión–, que permite el ordenamiento del "tráfico" de emisiones, evitando saturaciones de frecuencias y superposiciones que podrían generar interferencia que afecte la calidad de las emisiones respectivas.

Para efectos de claridad, es pertinente mencionar que, conforme al art. 2.1. y siguientes del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, el espectro radioeléctrico se divide en nueve bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente, de la siguiente manera: (1) *Very low frecuency* (VLF) / frecuencia muy baja, rango de 3 a 30 KHz; (2) *Low frecuency* (LF) / frecuencia baja, rango de 30 a 300 Khz; (3) *Medium frecuency* (MF) / frecuencia mediana, rango de 300 a 3000 KHz; (4) *High frecuency* (HF) / frecuencia alta, rango de 3 a 30 MHz; (5) *Very high frecuency* (VHF) / frecuencia muy alta, rango de 30 a 300 MHz; (6) *Ultra high frecuency* (UHF) / frecuencia ultra alta, rango de 300 a 3000 MHz; (7) *Super high frecuency* (SHF) / frecuencia super alta, rango de 3 a 30 GHz; (8) *Extrememely high .frecuency* (EHF) / frecuencia extremadamente alta, rango de 30 a 300 GHz; y (9)*frecuencias innominadas,* rango de 300 a 3000 GHz.

A su vez, dichas bandas de frecuencias pueden ser sujetas a *fragmentación,* de acuerdo a los servicios que requieren ser suplidos y las necesidades geográficas de transmisión".

DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO, CLASIFICACIÓN POR UTILIZACIÓN

"c. Por otro lado, como lo regula el art. 12 LT, en cuanto por su utilización el dominio público radioeléctrico se clasifica en: (i) espectro de uso oficial; (ii) espectro de uso libre; y (iii) espectro de uso regulado.

Dejando establecido que el espectro de *uso oficiales* el de utilización exclusiva por parte del Estado por medio de sus diversas instituciones gubernamentales, para la pretensión en análisis interesa mencionar que el espectro *de uso libre* lo constituye el conjunto de bandas de frecuencias que pueden ser utilizadas por el público en general y que, al contrario, el de *uso regulado* es el que supone la utilización privativa o especial por parte del que presta un servicio o que explota una red de telecomunicaciones mediante en razón de un título habilitante".

MODULACIÓN DE LAS FRECUENCIAS

"*B.* a. Ahora bien, en lo relativo a las frecuencias del espectro radioeléctrico destinadas a la radiodifusión sonora, es necesario hacer referencia a la *modula-*

ción de las mismas, es decir a las técnicas utilizadas para transmitir información sobre ondas portadoras con el menor ruido e interferencia en los canales de comunicación respectivos.

En específico, la doctrina especializada define a la modulación analógica de frecuencias como la que se lleva a cabo a partir de señales analógicas de información –por ejemplo la voz humana, audio y video en su forma eléctrica–, distinta en esencia de la modulación digital, que se lleva a cabo a partir de señales generadas por fuentes digitales.

A su vez, dentro de la modulación analógica se encuentra la *modulación por amplitud y la modulación por frecuencia* –AM y FM, en su orden–.

Más allá de entrar a definir técnicamente cada tipo de modulación –lo cual excede los alcances jurídico-constitucionales de esta sentencia–, es dable afirmar que entre ambos tipos mencionados una de las principales diferencias es la calidad del sonido y el nivel de las interferencias en la transmisión, lo cual depende en gran medida de la *anchura de banda necesaria* y la *separación necesaria* entre canales".

ANCHO DE BANDA

"b. A partir de previsiones técnicas emitidas por la UIT, la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos de América –FCC, por sus siglas en inglés–, y a lo establecido en el ámbito nacional en el Reglamento de Instalación y Operación de las Estaciones del Servicio de Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada y los Sistemas de Enlace, el *ancho de banda* se define como la cantidad de espectro radioeléctrico suficiente para transmitir la información deseada con calidad aceptable, evitando saturaciones e interferencias.

De acuerdo a determinaciones físicas y matemáticas, se ha considerado que el *ancho de banda óptimo* para transmitir información en un rango audible, bajo ruido y alta fidelidad hacia receptores en FM es de 200 Khz, mientras que en AM es de +/-15 Khz.

c. En consideración a los anchos de banda en mención, se han establecido parámetros de *separación mínima entre frecuencias,* en especial cuando se trate de *frecuencias adyacentes.*

Así, en lo referente a FM, las normas y estándares técnicos de la UIT y FCC recomiendan que, para mejorar la calidad de transmisión y evitar en lo posible el ruido e interferencia, además de los 200 Khz de ancho de banda de cada canal, éstos tengan 100 Khz de margen por lado, lo cual deviene en una *separación total entre canales adyacentes de 400 Khz.*

Por lo anterior, encontrándose las emisiones en FM entre los 88 y los 180 Mhz, esta banda de 20 Mhz se divide a su vez en canales de 200 Khz de ancho de banda cada uno, comenzando en 88.1 Mhz, 88.3 Mhz, 88.5 Mhz y así sucesivamente; de acuerdo a la separación deseada para una mejor calidad en la información sonora transmitida, al dejarse 100 Khz de margen a cada lado del canal, se tendría un canal completo intermedio libre, por lo que la asignación real de las frecuencias utilizadas opera, según el estado actual de la tecnología, a 400 Khz de distancia.

En relación con frecuencias AM, siempre con la finalidad de mejorar la calidad de la información transmitida, partiendo de los +1-15 Khz de anchura de banda deseable, se añade como separación de seguridad otros +/- 7.5 Khz de margen a cada lado del canal, ante lo cual se tendría que las frecuencias utilizadas operan, según el estado actual de la tecnología, a 30 Khz de distancia.

Con base en lo expuesto, al encontrarse las emisiones en AM entre los 525 y 1705 Khz, las frecuencias operarían de los 540 Khz, 570 Khz, a 600 Khz, y así en lo sucesivo".

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO SE CARACTERIZA POR SER UN BIEN DEMANIAL

"*C.* a. Por todo lo expuesto, se afirma que el espectro radioeléctrico se caracteriza por ser un *bien demanial* –como lo establece el art. 9 LT–, *natural e intangible* –pues no ocupa un lugar material en el espacio–, *escaso y finito–ya* que del rango infinito de frecuencias existente no todas son utilizables para la comunicación– y cuya prestación constituye un servicio público –pues se encuentra destinado a la satisfacción de una necesidad de interés público o para un beneficio colectivo–.

A partir de tales consideraciones, del *reconocimiento del derecho soberano de cada Estado a reglamentar sus telecomunicaciones y en específico el espacio por el que se propagan las ondas electromagnéticas* –derecho reconocido en el preámbulo y art. 44 de la Constitución de la UIT–, se justifica la necesaria intervención estatal sobre la regulación del espectro radioeléctrico para su adecuada regulación y ordenación, así como para asegurar su eficiente utilización y la igualdad de oportunidades en su aprovechamiento.

D. Así pues, siendo que el espectro radioeléctrico es un *bien intangible* y un *recurso escaso,* es necesario y relevante su adecuada regulación y ordenación para asegurar su eficiente utilización y la igualdad de oportunidades en su aprovechamiento. Lo anterior justifica la intervención estatal sobre la regulación del espectro radioeléctrico, a partir de *su consideración como bien demanial –como* lo establece el art. 9 LT, no obstante ser intangible e inmaterial– y del *reconocimiento del derecho soberano de cada Estado a reglamentar sus telecomunicaciones y en específico el espacio por el que se propagan las ondas del espectro radioeléctrico* –derecho reconocido en el preámbulo y art. 44 de la Constitución de la UIT–; concretamente, justifica un reordenamiento de las frecuencias según estándares internacionales.

Aunado a lo anterior, aplicando los conceptos vertidos en apartados anteriores de esta sentencia, se afirma también que el espectro radioeléctrico como bien demanial es de servicio público, pues se encuentra destinado a la satisfacción de una necesidad de interés público o para un beneficio colectivo".

PROCEDIMIENTOS PARA SER ADJUDICATARIO DE LOS TÍTULOS HABILITANTES DE EXPLOTACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

"D. En este orden de ideas, se arriba a los *títulos habilitantes* mediante los cuales el Estado puede otorgar el derecho de explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico.

De forma general, puede decirse que en materia de telecomunicaciones –y particularmente en cuanto al espectro radioeléctrico– los títulos habilitantes se otorgan de acuerdo a principios básicos de preservación del interés público, de fomento de la expansión de las redes y de la oferta de servicios y, además, de evitar conductas anticompetitivas de nuevos agentes.

En relación con este pronunciamiento, cabe mencionar que el título habilitante por el que ha optado la LT respecto de la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico es la concesión –ya explicada con anterioridad–, como aparece, entre otros, en el art. 12 inc. 4° LT, que especifica la necesaria concesión para la utilización del espectro de uso regulado, así como en el art. 15 de la misma ley –ahora impugnado–, que regula los derechos de explotación derivados de dichas concesiones.

Los procedimientos para ser adjudicatario de los títulos habilitantes de explotación del espectro radioeléctrico son diversos en cada ordenamiento jurídico, entre los cuales –sin ánimo de exhaustividad– se detallarán a continuación, cada uno de éstos, exponiendo su objeto, ventajas y desventajas, no sin antes precisar que todo mecanismo para la asignación y adjudicación de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico, debe responder y estar sometido a los principios siguientes: de transparencia, de racionalidad, equidad y no discriminación, de igualdad, de libre competencia, de eficiencia y de innovación, a través de los cuales, se potencia la modernización de las tecnologías que utilizan el espectro radioeléctrico, con el fin de trasladar los beneficios de la innovación y la competencia a los usuarios".

MODELOS O MECANISMOS QUE SE UTILIZAN A NIVEL INTERNACIONAL PARA LA ASIGNACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

"*5. A.* Corresponde ahora referirse a los modelos o mecanismos que se utilizan a nivel internacional para la asignación del espectro radioeléctrico para los servicios de telecomunicaciones que posibilitan su prestación, y en donde el legislador está en la obligación de regular el uso del mismo de manera tal que garantice a todos igualdad de oportunidades para su acceso. Tales servicios son los siguientes: (i) la telefonía por medios inalámbricos: telefonía celular o móvil; (ii) la difusión sonora de libre recepción –radio–; y (iii) la difusión de televisión de libre recepción –televisión abierta–.

El Legislativo, al regular el sector de telecomunicaciones, ha establecido regímenes jurídicos distintos para los sectores que regula; es así como la telefonía, sin importar su naturaleza, de acuerdo a la legislación vigente es un servicio público (art. 7. LT), y no así las actividades de telecomunicaciones realizadas por los operadores de servicios de: (i) radiodifusión sonora de libre recepción; (ii) televisión de libre recepción; (iii) distribución sonora por suscripción, a través de cable o medios radioeléctricos; y (iv) distribución de televisión por suscripción a través de cable o medios radioeléctricos; que son servicios esenciales a la comunidad y están sujetas al régimen especial que establece el Título VIII de la LT (arts. 1 inc. 3°, 114 al 128 de la LT).

B. A nivel mundial, existen diversos procedimientos de asignación del espectro radioeléctrico, comúnmente llamados mecanismos de "gestión del espectro", que nacieron cuando la demanda superó a la oferta de este recurso, adicionales al mecanismo de la subasta pública, y que al igual que la mayoría de los países que entraron en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, se constituyó en el método por excelencia de asignación inicial de dicho recurso, y en donde, precisamente, por tratarse de asignaciones iniciales la disponibilidad de éste era abundante.

C. Los mecanismos referidos a nivel internacional son tres: (a) la subasta; (b) el concurso; y (c) el sorteo (http://www.itu.int/pub/D-STG-SG02.RES09.1/es)".

TIPOS DE SUBASTAS

"a. Existen diversas clases de subasta; los tipos más conocidos son: (i) Subasta ascendente simple; (ii) Subasta oral de precio descendente; (iii) Subasta en sobre cerrado

En general, se considera que *las subastas, en el ámbito internacional, presentan la ventaja de ser económicamente rentables, transparentes y rápidas en relación con otros métodos de asignación y que reflejan el valor de mercado de los derechos de utilización del espectro para la administración que las organiza.*

Sin embargo, también tiene la desventaja de que puede ser poco práctico en servicios con poca demanda, ya que en ausencia de competencia habrá menos ofertantes que derechos de explotación a subastar y esto puede conducir a prácticas anticompetitivas, en donde los ofertantes pueden acordar *a priori* el precio que cada uno pagará".

MECANISMO O PROCEDIMIENTO DE CONCURSO

"b. En cuanto al *mecanismo o procedimiento de concurso,* el mismo se basa en el hecho que el ente regulador determina a quién ha de asignarse el espectro radioeléctrico de que se trate, esto es, el solicitante más cualificado para utilizar el espectro y otorgar la concesión.

Los concursos constituyen una forma de selección entre múltiples solicitudes sustancialmente iguales y permite que el organismo regulador combine los objetivos sectoriales específicos y los operadores encargados de lograrlos. Existen muchos métodos prácticos de evaluación comparativa, incluso, en algunos casos las licencias o concesiones, se otorgan a los solicitantes que, a juicio del regulador, puedan hacer el mejor uso posible del espectro para atender al público.

Se señalan algunas *ventajas del mecanismo de concurso,* y así se dice que este permite asignar el espectro a los operadores con mayores compromisos de inversión, asegurando, de este modo, la creación de riqueza y la prestación de los servicios con altos niveles de calidad, ya que entre los criterios de selección se encuentran generalmente la extensión y la calidad de servicio, la inversión y la creación de empleo.

Pero también se señalan algunas *desventajas del mecanismo de concurso,* y las críticas se centran esencialmente en la ausencia de transparencia y la cre-

dibilidad. Independientemente de la drasticidad respecto de los criterios de evaluación, la mayoría de los procedimientos de evaluación comparativa contienen un elemento subjetivo, por lo que estos mecanismos de gestión del espectro, en ellos media el criterio subjetivo del ente adjudicador.

Este elemento de subjetividad suele despertar sospechas, en el sentido que los organismos reguladores encargados del sector comunicaciones, pudiesen tomar decisiones prescindiendo de las valoraciones técnicas que son indispensables e imprescindibles, sustituyéndolas en valoraciones de índole político, criterios que rompen la garantía de su uso eficiente del espectro radioeléctrico, con consecuencias gravosas y negativas en el desarrollo del sector".

ORGANISMOS REGULADORES ENCARGADOS DEL SECTOR COMUNICACIONES

"En muchos casos, el ente regulador al separarse de los criterios técnicos como uno de los factores imprescindibles de gran valoración, propicia una afectación, respecto de la transparencia y credibilidad del proceso de adjudicación en sí mismo, propiciando la impugnación de las resoluciones administrativas de adjudicación, entorpeciendo e imposibilitando de esa manera la gestión en la explotación del espectro radioeléctrico, lo que hace inviable la innovación.

La principal diferencia entre la subasta y el concurso reside en que, mientras en la primera destaca la variable valoración/precio, en el concurso intervienen distintas variables – compromisos de inversión, compromisos de cobertura, otros posibles compromisos–, por lo que estos últimos pueden resultar muy complejos y consumir gran cantidad de recursos, implicando un retraso en la concesión de las frecuencias que puede resultar significativo si se compara con las subastas; al mismo tiempo que pueden no generar ingresos si no se cobran cánones de concesión y/o de solicitud".

MECANISMO DE SORTEO

"*c.* Finalmente, en cuanto al *mecanismo o procedimiento de sorteo,* puede afirmarse que los sorteos constituyen un método rápido, económico y transparente para seleccionar de entre diversos solicitantes sustancialmente similares o con iguales calificaciones el más adecuado. Este método se basa en la selección de los beneficiarios de forma aleatoria entre todos los solicitantes.

Se pueden considerar como *ventajas del mecanismo de sorteo,* que al igual que en el caso anterior de los concursos, no generan ingresos a menos que vayan acompañados de cánones de la concesión o cánones por el acceso a la participación en el sorteo.

En cuanto a las desventajas de este mecanismo, es dable afirmar que aunque el sorteo para el otorgamiento de concesiones para la explotación de espectro radioeléctrico es un mecanismo posible, no se ajusta bien con el criterio de la eficiencia, elemento indispensable para maximizar su uso, para lograr un despliegue y desarrollo eficiente del servicio a prestar en beneficio del usuario, ya que a quien le toque en suerte la concesión, puede no ser el operador que más la valora –pues puede ni siquiera tener la intención de suministrar servicios de

telecomunicaciones–, y en el estadio justo posterior la venderá a otro que esté dispuesto a pagar más por ella, con lo que la asignación inicial dada por el sorteo sería entonces mejorable en términos de bienestar. También puede ocurrir que algunos participantes carezcan de la capacidad financiera necesaria para iniciar la prestación de los servicios y que otros únicamente participen únicamente de forma especulativa".

MECANISMOS DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

"*D.* a. Con lo expuesto, y a manera de conclusión, se puede afirmar que *las autoridades encargadas de asignación del espectro deben evitar cuidadosamente, por una parte, la aparición de barreras de entrada a los operadores interesados y vigilar que no se produzcan concentraciones de derechos de explotación del espectro que pongan en riesgo el desarrollo de la competencia; y, por otra parte, deben optimizar el valor del espectro radioeléctrico,* pues es mediante su valorización que se garantizará una utilización eficaz de este recurso que es limitado, siendo dicho recurso un medio importante para el desarrollo de las telecomunicaciones de los países, lo que permite que los ingresos presupuestarios que se tienen por el espectro pueden coadyuvar al desarrollo económico del país.

b. Importante es destacar que la Ley de Telecomunicaciones contempla los mecanismos que permiten a la SIGET recuperar asignaciones de bandas de frecuencias cuando éstas dejen de utilizarse, con el fin de mantener un uso eficiente de todo el recurso radioeléctrico. Es así como, para los servicios de telefonía, de acuerdo al Art. 7 inc. 3° de la LT, las concesiones para la explotación del servicio público de telefonía, sólo podrán ser revocadas por las siguientes causas: (i) Por no prestar el servicio público de telefonía, luego de dos años de haber sido otorgada la concesión, previa audiencia al interesado; o (ii) Por haber sido sancionado por cometer tres infracciones calificadas como muy graves en la Ley, dentro de un lapso de tres años.

En cuanto a los servicios de radio y televisión abierta, conforme al Título VIII, del régimen especial, art. 124 de la LT, son motivos específicos de revocación de las concesiones o licencias: (i) Ausencia de pago o pago incompleto de la contribución especial establecida en el artículo 116, veinte días después de finalizado el plazo, previa audiencia al concesionario; (ii) No utilización por cualquier causa de la frecuencia asignada, por un año; y (iii) No contar con los respectivos permisos o autorizaciones para la transmisión de los programas".

PROCEDIMIENTO PARA SER CONCESIONARIO DE UNA FRECUENCIA DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

"*E.* Al trasladar todos estos conceptos al ámbito normativo interno, se observa que, en cumplimiento de lo establecido en el art. 110 inc. 4° Cn., en la LT se establece la posibilidad que el espectro radioeléctrico sea prestado no sólo por entes estatales sino también por particulares, mediante el otorgamiento de título habilitante por concesión administrativa –y no legislativa, como se ha explicado–,

siguiendo para ello un procedimiento específico ante el ente competente en la materia, en este caso la SIGET.

En síntesis, de acuerdo a los arts. 61, 76, 78, 79, 80, 81 y 82 LT, el procedimiento para ser concesionario de una frecuencia del espectro radioeléctrico consiste en que el interesado presente su solicitud a la SIGET y ésta, luego de determinar su admisión en los términos establecidos en ley, solicite informe técnico sobre tal requerimiento y, en caso de ser favorable, lo mande a publicar tanto en el Diario Oficial, en dos periódicos de mayor circulación nacional como en un periódico financiero internacional, lo que posibilita la ocurrencia de oposición por interés adicional a las frecuencias solicitadas.

De acontecer dicha oposición, con el informe técnico favorable y concluido el plazo de alegaciones otorgado al solicitante, el art. 81 inc. 4° LT determina la apertura del procedimiento de *subasta pública* y la publicación del aviso respectivo en la forma expuesta, debiendo la SIGET, conforme al 82 LT, determinar el sistema de subasta a utilizar, el precio base de la misma y la fianza de sostenimiento de oferta o cualquier otra forma de garantía que se determine. En todo caso, como literalmente reza el inciso tercero de la última disposición citada e independientemente del sistema usado, *las concesiones serán adjudicadas a los postores que presenten la mayor oferta económica.*

Como se observa en las disposiciones impugnadas, en el procedimiento de concesión para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico, la ley secundaria únicamente ha previsto en caso de oposición a la solicitud de los interesados el mecanismo de subasta pública y, como lógica consecuencia del mismo, la selección de las mayores ofertas económicas para la adjudicación correspondiente, lo que implica que en la LT tal procedimiento atiende sólo a aspectos cuantitativos de los interesados en ser concesionarios de un servicio esencial a la comunidad".

PRINCIPIOS QUE SE DEBEN OBSERVAR EN LA SUBASTA PÚBLICA

"c. El Legislativo, haciendo uso de su libertad de configuración, estableció como procedimiento de selección la subasta pública, que implica, esencialmente, la invitación abierta que hace la Administración Pública, cuando existe más de un interesado, para que sujetándose a las bases fijadas en un pliego de condiciones técnicas, y cumplido el procedimiento correspondiente, otorgue la concesión a aquél interesado que haya formulado la propuesta más favorable en términos económicos. Lo anterior indica que se optó por un mecanismo de selección, basado en el principio de transparencia, en donde su objetivo principal fue garantizar que el espectro acabe en manos de quienes maximizan su valor, lo que además de garantizar más ingresos al Estado, aseguraría un uso eficiente del espectro radioeléctrico.

Dada esta naturaleza, la subasta como mecanismo por el cual se ha optado, supone la observancia de tres principios fundamentales: (i) la libre concurrencia, entendida como la posibilidad de oposición entre todos los interesados ofertantes; (ii) la igualdad entre los proponentes, a quienes la administración debe garantizar, desde el comienzo del procedimiento de subasta hasta la formalización

de la concesión, las mismas facilidades para que hicieran uso de sus ofertas sobre bases idénticas; y (iii) el principio de transparencia.

No obstante, cabe mencionar que en las disposiciones impugnadas relativas al procedimiento de subasta como mecanismo de selección y adjudicación de concesionarios, no se advierte *a priori* que el Legislativo haya introducido *formalmente* alguna condición discriminatoria para acceder a participar en tal procedimiento, es decir no ha plasmado una característica entre sujetos que sirva para diferenciarlos. Al haberse establecido en el inciso tercero del art. 82 LT la condición de la "mayor oferta económica" para determinar a quién adjudicar la concesión, este Tribunal advierte que en concreto *el término de comparación propuesto no ha sido la exclusión arbitraria que, de forma implícita, conlleva el procedimiento de selección y adjudicación de concesionarios para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico en razón de su capacidad económica,* en los casos en que exista oposición por las solicitudes realizadas, sino que el diseño de la subasta escogido por la ley, se base en factores de mercado, cuyos objetivos son maximizar los ingresos y la eficiencia técnica y económica, razón por la cual se atribuye el espectro a quienes lo pueden aprovechar mejor y tener una incidencia positiva en el desarrollo económico.

D. Importante es destacar que cuando en El Salvador se suprimió el monopolio en el sector de telecomunicaciones y se introdujo el régimen de libre competencia de mercado, se partió de la adecuación de la prestación de servicios universales al nuevo entorno de competencia. Consecuencia de lo anterior, el legislador determinó y concibió al recurso demanial, como una *unidad productiva,* en donde el sector privado, al contar con la capacidad necesaria para operar e invertir eficientemente en unidades de negocios, así como en obras de infraestructura, lograría un desarrollo que promovería el crecimiento e influiría directamente en la generación de empleo productivo y en la ampliación de la cobertura y calidad de los servicios de comunicación.

El marco regulatorio establecido en 1996, invalidó el régimen de monopolio de titularidad estatal para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, dando paso a un marco regulatorio que, conforme lo establecen los considerandos de la ley, buscaría "fomentar la libre competencia y la eliminación de la arbitrariedad administrativa". Así también, el legislador consideró: "VII. Que las necesidades de recursos financieros en el sector telecomunicaciones requieren de grandes inversiones, y siendo que el Estado debe afrontar prioridades en el área social, es indispensable contar con recursos provenientes del sector privado".

PROCESO DE SUBASTA SUJETO A LAS FUERZAS COMPETITIVAS DEL MERCADO

"Bajo los nuevos parámetros del mercado aplicables al sector telecomunicaciones, y siendo el espectro de frecuencias radioeléctricas, *la materia prima* de todo sistema de radiocomunicación, es un activo inmaterial sujeto a la soberanía de cada Estado y al ejercicio de sus poderes soberanos; en consecuencia, *el legislador convirtió al espectro radioeléctrico en un recurso más de la economía, en donde el mercado sería el encargado de su distribución.* De manera que *la*

adjudicación de dicho recurso en un proceso de subasta a la mayor oferta económica, sujeto a las fuerzas competitivas del mercado, tiene su base la maximización de los beneficios a los usuarios finales, pues dicho mecanismo presenta la ventaja de ser económicamente rentable, transparente y rápido en relación con otros métodos de asignación, con el objetivo de reflejar el valor de mercado de los derechos de utilización del espectro para la Administración Pública que las organiza.

Por lo anterior, *el establecimiento de la mayor oferta económica como criterio para la determinación del adjudicatario de la concesión, obedece al hecho de que, al ser el espectro electromagnético un bien escaso, la ley lo consideró un factor de producción, a través del cual se garantizaría la promoción del desarrollo económico y la utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías, maximizando los beneficios sociales y económicos de dicho recurso, en beneficio de la colectividad, por lo que la forma de adquisición de dicho bien, se basó únicamente en principios de eficiencia técnica y económica.*

E. No obstante, para los servicios de radio y televisión, por la naturaleza de éstos servicios, el parámetro económico como único requisito objetivo para la asignación no es suficiente, ni resulta efectivamente conducente para garantizar el acceso al uso de ese bien demanial para la satisfacción del pluralismo informativo, ya que se trata de servicios esenciales a la comunicación a partir de los cuales, tanto la radio como televisión abierta, se constituyen en herramientas al servicio de las libertades, la democracia y el pluralismo, dada la capacidad de penetración de esos medios de comunicación y su incidencia, según sea el uso que se le den a los mismos".

PLURALISMO INFORMATIVO

"7. *A.* Ahora bien, como se dijo en la Inc. 91-2007, dado que en el marco de un sistema democrático las libertades de expresión e información tienen como función formar una opinión pública libre y que comprenden el derecho a recibir opiniones y hechos, respectivamente, *la pluralidad de fuentes informativas* y la *apertura a las diversas corrientes de opiniones y hechos* constituyen un requisito *sine qua non,* pues garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, contribuyendo a formar su opinión y conocimiento para su posterior manifestación o difusión.

Dicho *pluralismo informativo* se entiende como la existencia de una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos heterogéneos a disposición del público, sin la cual la libre comunicación de opiniones y hechos no resultaría efectiva, ya que los destinatarios y receptores 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.

Además de esto, el pluralismo informativo tiene una doble implicación: (i) la no existencia de limitación alguna en cuanto a la orientación ideológica de los medios masivos de comunicación social–lo que conduce a que el público pueda recibir informaciones y opiniones desde diversas perspectivas ideológicas–; y (ii)

evitar la concentración de los medios masivos en pocas personas, impidiendo la formación de oligopolio o monopolio de los mismos.

Precisamente a través de la información que brindan los medios de comunicación es que las personas adquieren los elementos cognitivos necesarios para entender, contextualizar y evaluar el entorno jurídico y político y los hechos de trascendencia e impacto para la comunidad, promover el debate ciudadano y arribar a la solución de problemas. De igual forma, los medios de comunicación social en su quehacer democrático, además de informar a la sociedad, permiten la apertura de un foro para el debate público, que permite a los ciudadanos dialogar con las autoridades públicas por vías institucionales, así como opinar o realizar cualquier contribución respecto de la toma de decisiones públicas y de políticas gubernamentales de interés general.

Respecto del rol que juegan los medios de comunicación en una democracia, el Tribunal Constitucional alemán ha expresado que éstos "ejercen una decisiva influencia en la formación del vínculo entre la ciudadanía y los órganos del Estado, así como para su control y la integración de la comunidad en todas las esferas de la vida. Ellos le proveen al ciudadano la información requerida sobre los sucesos actuales y sobre los desarrollos que se dan en el Estado y en la sociedad. Posibilitan la discusión pública y dan lugar para que se pueda difundir el conocimiento de las diferentes opiniones, dándole a los particulares y a los diferentes grupos de la sociedad la posibilidad de influir en la formación de la opinión, y de que se conviertan en factor decisivo en el permanente proceso de la formación de la voluntad y la opinión pública." (BVerfGE 12, 113, [125]).

Asimismo, la CrIDH ha manifestado que los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (0C-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 71,72 y 74).

Por todo lo anterior, se afirma que mientras más información tenga una sociedad y entre más diversas sean sus fuentes, en mejor condición se encuentra para evaluar su entorno político y tendrá mayores y mejores oportunidades de participar sustantivamente en la construcción de un sistema democrático; ante lo cual uno de los retos de una sociedad democrática es procurar el acceso a los medios de comunicación social, evitando que éstos operen sólo como instrumentos de persuasión de consumidores y electores o como vehículos generadores de ganancias para ciertos sectores económicos".

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE FUNDAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVA, QUE UTILIZAN EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO, NO ES ABSOLUTO

"*B.* En este orden de ideas, cuando por decisión del Constituyente, la gestión de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, como hizo para los servicios de radio y televisión de libre recepción, la garantía institucional de la libre competencia económica e igualdad en el terreno económico, cobran plena vigencia. El criterio de la mayor ponderación económica dentro de la subasta pública, ordenada por la LT como método para la asignación del espectro ra-

dioeléctrico, busca la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, logrando la maximización de los ingresos y la eficiencia económica.

El ejercicio del derecho fundamental de fundar medios de comunicación masiva, que utilizan el espectro electromagnético, no es absoluto; por el contrario, requiere de la intervención estatal en razón del carácter demanial que ostenta, a fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia y con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios radiales y televisivos de libre recepción.

La libertad de establecer tales medios de comunicación es un derecho fundamental de aplicación inmediata. A través de los medios masivos de comunicación, se difunde la información bien sea en forma escrita, oral o audiovisual. En tal sentido, la libertad de crear estos medios implica la libertad de transmitir o emitir información con independencia del medio utilizado para ello. No obstante, la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar, pues, mientras que en algunos casos solo es suficiente con disponer del recurso económico para difundir el pensamiento u opinión –prensa escrita o digital–, en otros se utiliza bienes demaniales para ejercer los derechos propios de esta actividad.

Esta distinción es importante, ya que los medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial reconocido por la ley, al establecer un régimen especial en la LT para la promoción de dichos servicios. El espectro electromagnético al ser un bien demanial se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado. A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la radio y televisión abierta necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación; aquellos que no usan el espectro y, en consecuencia, no se encuentran sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, siendo dicha restricción, el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de radio y televisión de libre recepción.

8. Por esas condiciones particulares del cupo limitado de frecuencias y espacios e imposibilidad de que todas las personas naturales o jurídicas puedan fundar medios de comunicación, *la solución de la subasta pública con el criterio de asignación única a la mayor oferta económica, como mecanismo exclusivo contemplado en la LT, para el acceso a dicho recurso demanial, no responde al principio de proporcionalidad e igualdad garantizado en el ordenamiento constitucional.*

En cuanto al principio de proporcionalidad, si bien la finalidad del legislador es constitucional –la maximización de recursos al Estado y el uso eficiente del espectro–, la adopción de la subasta pública, como única modalidad concreta para la adquisición del espectro radioeléctrico, con un único requisito subjetivo de adjudicación(la oferta económica de más valor), va más allá de la intensidad que sería necesaria para un cumplimiento eficaz de la finalidad perseguida; pues al no existir otro mecanismo o modalidad alterno u otros criterios subjetivos de

selección, reduce el derecho de fundar medios de comunicación, que se deriva por el uso del espectro radioeléctrico; en consecuencia, para cumplir con el principio de proporcionalidad, el legislador está obligado a establecer una regulación adicional que preste una protección al derecho a constituir tales medios de comunicación.

El Órgano Legislativo está en la obligación de tomar en cuenta otros criterios, distintos del factor económico para la asignación del espectro radioeléctrico, con la finalidad de fundar medios de comunicación, tales como, el servicio objeto de concesión; las modalidades de prestación del servicio; el área de cobertura del mismo; las frecuencias o bandas de frecuencias a utilizar y las características técnicas de los equipos; el plan mínimo de expansión del servicio; el plazo para iniciar instalaciones y operaciones; el régimen técnico en general y las condiciones de calidad del servicio; los derechos de los programas de transmisión cuando fuere procedente; todo ello garantizará a la sociedad la permanente apertura de un proceso de comunicación que vivifique la democracia y la cultura y que sea autónomo respecto de los centros de poder económico y político, a partir del cual, el ejercicio del derecho de información, a través de cualquier medio, debe ser realizado de forma libre y autónoma, sin interferencia estatal ni de política partidaria.

Es en la autonomía en el ejercicio de tal derecho constitucional, que se centra el verdadero derecho social, a partir del cual la radio y televisión de libre recepción no sean controladas por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia y el pluralismo".

SUBASTA NO CONSTITUYE EL ÚNICO MECANISMO DE ASIGNACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, POR LO QUE ESTE TRIBUNAL ADVIERTE QUE EXISTE UNA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

"Haciendo uso de su libertad de configuración en esta materia, el legislador estableció como procedimiento único de selección del concesionario, la subasta pública. En el caso de la asignación de bandas del espectro radioeléctrico con la finalidad de fundar medios de comunicación, el legislador debe emplear mecanismo que mejor garantice la igualdad de oportunidades y prevenga la concentración de los medios de comunicación en unos pocos, privilegiando métodos de selección con diversos criterios. Con ello la asignación de bandas del espectro radioeléctrico se puede alcanzar en igualdad o mejores condiciones cuando se utiliza el proceso de selección objetiva, en donde se establezcan criterios de selección adicionales a la mayor oferta económica, tales como: la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista económico; la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo.

Sentadas las anteriores premisas, resulta que *el método de la subasta no se constituye en el único mecanismo de asignación del espectro radioeléctrico, por lo que este Tribunal advierte que existe una infracción al principio de proporcio-*

nalidad respecto de la finalidad perseguida, sin que ello signifique que el método escogido por el legislador de la subasta es per se *inconstitucional".*

DURACIÓN DE LAS CONCESIONES

"Como punto de partida, es de hacer notar que en los artículos objetados como inconstitucionales, los plazos de vigencia de las concesiones que se otorgan –veinte años– y las prórrogas automáticas de las mismas por el mismo periodo, ciertamente conllevan en la práctica a que la prestación de servicios de radiodifusión sonora y de radiodifusión de televisión de libre recepción, se mantengan y concentren por períodos prolongados en los mismos concesionarios.

Como parte fundamental del mecanismo y procedimiento de asignación de las bandas de frecuencias, se encuentra la *duración de las concesiones,* elemento que juega un papel primordial en el desarrollo de nuevas tecnologías que, en general, necesitan de un tiempo de asentamiento, por lo que estos desarrollos se ven potenciados en entornos dotados de suficiente certidumbre.

A. La importancia que adquiere el derecho a la información dentro de las sociedades, radica en el hecho que a los ciudadanos les resulta imposible acceder, por su propia cuenta, a toda la información que necesita para formarse una opinión completa y veraz sobre los acontecimientos de su interés, por lo que los operadores de los servicios de radiodifusión de libre recepción radial y televisiva –agencias de prensa, periódicos, periodistas independientes, entre otros– se convierten en los canalizadores y, por lo tanto, en los principales responsables del libre flujo de ideas y de la formación de una opinión pública libre".

El derecho a informar tiene dos dimensiones complementarias: (i) la llamada dimensión sustantiva, que implica el ejercicio de los derechos de libertad y autonomía, así como la posibilidad de difundir hechos noticiosos sin que pueda censurarse la información; y (ii) la llamada operativa o funcional, que supone la garantía de las condiciones estructurales u operativas necesarias para el ejercicio pleno, sin restricciones, de esta libertad, dotándola de un plazo que ofrezca certidumbre, en condiciones tales que aseguren que el reto empresarial que acompaña necesariamente la fundación del medio de comunicación, no será obstaculizado desde el propio Estado".

INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LA PRÓRROGA Y NO EN LA PRÓRROGA MISMA, PUESTO QUE NO SE TRATA DE UNA IMPOSICIÓN DEL LEGISLADOR, SINO DE UNA FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN

"Los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, consagran prórrogas automáticas a las concesiones de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión abierta, prórrogas que, como la definición propia del vocablo "automático" lo indica, suponen que la concesión continuará funcionando por sí sola; es decir, sin necesidad de verificación o constatación estatal, respecto de las condiciones de la prestación de los servicios que tratan; y al ser el espectro radioeléctrico un recurso limitado en su cupo, la "automatización" de la prórroga de la concesión, cierra el paso o la posibilidad a las demás personas que pretendan ofrecer dichos servicios.

Del contenido de los arts.115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, se observa que el prolongado período de tiempo por el cual se otorgan las concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico y la prórroga automática de las mismas por iguales períodos –sin necesidad de solicitud o procedimiento alguno ante la autoridad administrativa correspondiente–, ciertamente impide la libre concurrencia de oferentes e interesados en las concesiones y, por ende, la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones.

B. Asimismo, en relación con la finalidad señalada en el art. 2 letra c) LT–relativa a la necesidad de desarrollar un mercado de telecomunicaciones competitivo en todos sus niveles–,el mecanismo de concesión con prórrogas automáticas por períodos prolongados de tiempo incumple el principio de proporcionalidad pues, si bien los contratos administrativos para explotar un bien de dominio público o para prestar un servicio público o esencial en condiciones de regularidad y continuidad deben ser de vigencia temporal lo suficientemente prolongada, para que el particular que lo desarrolle logre rentabilizar y amortizar las inversiones que para ello hubiere llevado a cabo, esto no debe significar la perpetuidad del contrato, pues dicho caso más que una concesión se convertiría fácticamente en un privatización del bien demanial o servicio público o esencial.

Además, esto conlleva también a afirmar que las prórrogas automáticas de concesiones por períodos de veinte años para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y servicios de radiodifusión de televisión, de libre recepción, pudiesen implicar un obstáculo para la democratización de los medios informativos, ya que al ser la democracia un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final a las personas para que decidan cómo quieren vivir, supone que el público tenga toda la información relevante y esté completamente informado cuando realiza ese juicio y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones.

Lo anterior también fue sostenido por el Fiscal General de la República en su intervención, al expresar que las prórrogas automáticas contenidas en las disposiciones impugnadas provocan repercusiones adversas al derecho a la libertad de expresión, en la medida en que constituye un mecanismo restrictivo para el acceso de otros segmentos de la sociedad al espectro radioeléctrico, obstaculizando la pluralidad y, por tanto, la aparición de nuevas formas de deliberación democrática.

C. Este Tribunal no puede desconocer que la prórroga de las concesiones para cualquier servicio u obra pública, puede ser en ocasiones aconsejable para la Administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial de la concesión. De ahí que *la inconstitucionalidad radica en el carácter "automático" de la prórroga y no en la prórroga misma, puesto que no se trata de una imposición del legislador sino de una facultad de la Administración que, como todas las de su clase, debe ser ejercida dentro de parámetros de racionalidad y proporcionalidad.*

La prórroga de la concesión de los derechos de explotación del espectro radioeléctrico, se constituye en un instrumento que en ocasiones puede utilizar el Estado, pues pueden existir situaciones en las que la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos o servicios esenciales, hagan aconsejable la extensión del plazo inicial del respectiva concesión; además la prórroga, por una parte, no impide el derecho de las demás personas a participar en igualdad de condiciones en procesos de adjudicación futuros, mientras exista la posibilidad técnica de que el Estado pueda ordenar nuevas asignaciones para la explotación de servicios y actividades de telecomunicaciones mediante el espectro electromagnético; y por otra, puede efectuarse con el objeto de recuperar la inversión técnica financiera con el fin de evitar una ruptura del equilibrio de la concesión; por lo que se vuelve una herramienta muy valiosa y útil.

En materia de concesiones públicas, el legislador está dotado de un margen de configuración normativa, que en principio lo habilita para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr la continuidad en la prestación de los servicios públicos y esenciales –como el de la prórroga de las concesión para la explotación de todos los servicios que utilizan el espectro radioeléctrico–; en tales casos, la "automaticidad" se constituye en el elemento que restringe el acceso democrático al uso del espectro electromagnético o la garantía de igualdad de oportunidades, el derecho a la libre competencia de los demás ofertantes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras para poder ofrecer dichos servicios; la característica automática, impide que el Estado ofrezca y garantice a todos los ciudadanos que aspiren a utilizarlo el acceso al mismo.

En conclusión, es evidente que la prórroga automática de las concesiones de actividades y servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, constituye una limitación irrazonable del derecho a la libre competencia, porque obstaculiza la participación de otros ofertantes que estén capacitados técnica y financieramente en la prestación de dichos servicios.

De acuerdo a lo expuesto, es dable afirmar que *la expresión "automáticamente", del inciso segundo del art. 115 y del segundo inciso del art. 126, ambas disposiciones de la LT, vulnera la libre competencia del art.110 Cn., por lo que debe estimarse en este punto la pretensión de los demandantes; quedando eliminado del texto de las disposiciones referidas, el vocablo "automáticamente";* la Asamblea Legislativa debe desarrollar la normativa respecto de las condiciones en que se llevarán a cabo las prórrogas sobre dichos servicios, regulación que deberá contener al menos, la obligación estatal de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas, la gestión de los bienes y recursos involucrados y la responsabilidad de los concesionarios.

Ahora bien, no debe ignorarse que, conforme la LT las causales de revocación contenidas en el art. 124 de la LT, son los únicos requisitos que posibilitan la no prórroga de las concesiones existentes vigentes, es decir: (i) la ausencia de pago o pago incompleto de la contribución especial establecida en el art. 116, veinte días después de finalizado el plazo, previa audiencia al concesionario; (ii) la no utilización por cualquier causa de la frecuencia asignada, por un año; y (iii) el no contar con los respectivos permisos o autorizaciones para la transmisión de los programas".

DISPOSICIÓN IMPUGNADA NO VULNERA POR ACTO REFLEJO EL ARTÍCULO 144 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN, EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

"*11.* En cuanto al art. 118 inc. 2° LT, por violación refleja del art. 144 inc. 2° Cn. –específicamente respecto de la libertad de expresión consagrada en el art. 6 inc. 1° Cn.–, ante la presunta vulneración de los arts. 1.1 y 13 CADH, se tiene lo siguiente:

A. Los actores fundamentan su argumento en que el art. 118 inc. 2° LT establece una separación de frecuencias en AM y FM que es, según ellos, rígida y excesiva, lo cual no permite la utilización eficaz del espectro radioeléctrico, ya que impide que existan más canales susceptibles de ser aprovechados a fin de permitir la concurrencia de más operadores de radiodifusión sonora, obstaculizando a su criterio la libertad de expresión e información.

En este orden, el argumento de los demandantes es que entre menos separación exista entre frecuencias de AM y FM, mayor número de canales habrá para permitir la libertad de expresión e información; y, a la inversa, cuanto mayor sea la separación entre frecuencias, menor será el pluralismo informativo en detrimento de las libertades aludidas y de la democratización de los medios de comunicación.

Sobre lo anterior, en específico mediante la aplicación de la regla general en el tema de comunicaciones referente al ancho de banda, la separación mínima entre frecuencias adyacentes de canales en FM, es recomendado 200 Khz, con la añadidura de 100 Khz de margen por lado, a efecto de mejorar la calidad de transmisión y evitar en lo posible el ruido e interferencia, lo que resulta en una *separación total óptima entre canales adyacentes de 400 Khz.*

Con respecto a los canales de frecuencias AM, los estándares técnicos establecen una anchura de banda deseable de +/- 15 Khz, añadiendo como separación de seguridad otros +/- 7.5 Khz de margen a cada lado del canal, lo que arroja una separación óptima entre canales adyacentes de 30 Khz.

Al cotejar lo expuesto con el contenido del art. 118 inc. 2° LT, se observa que en el mismo se cumplen dichos parámetros sobre anchos de banda deseables y de separación óptima entre frecuencias adyacentes, precisamente para evitar interferencias perjudiciales y permitir la transmisión de información con una calidad aceptable; por el contrario, si la separación entre frecuencias fuera menor, como lo pretenden los actores, ciertamente habrían más canales disponibles pero con mayores posibilidades de saturaciones e interferencias entre transmisiones, en menoscabo de la calidad de la información contentiva y del libre ejercicio a la libertad de expresión.

B. En este sentido, esta Sala estima que el contenido del art. 118 inc. 2° LT –al ser conforme a los parámetros técnicos detallados sobre anchos de banda y separación deseada de frecuencias– no implica una vulneración a la libertad de pensamiento y expresión que reconoce el art. 13.1 CADH, ni a la obligación de respetar derechos que señala el art. 1.1. CADH, pues, lejos de impedir a las personas la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo establecido en la disposición impugnada permite un mejor ejercicio de tales libertades al posibilitar una mejor calidad de la trasmisión y recepción de

información y datos, evitando interferencias perjudiciales entre canales adyacentes, tanto de FM como de AM, según las condiciones de la actual tecnología.

En consecuencia, tampoco la disposición impugnada vulnera por acto reflejo el art. 144 inc. 2° Cn. –en relación con la libertad de expresión consignada en el art. 6 inc. 1° Cn.– Por todo lo expuesto, dicho motivo se desestimará en esta sentencia".

12. En relación con la inconstitucionalidad por omisión parcial de la LT por la presunta transgresión al art. 110 incs. 1° y 2° Cn., se tiene lo siguiente:

Esta pretensión de los ciudadanos parte del argumento que, en su conjunto, la LT no garantiza la libertad de expresión al carecer de mecanismos para evitar los monopolios y prácticas monopolísticas en la utilización y explotación del espectro radioeléctrico, particularmente al no haber considerado el legislador un límite al número de concesiones que sobre el mismo puede tener una persona natural o jurídica, lo que implica que –así expuesto– el alegato reprocha la falta de previsiones normativas para evitar prácticas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones.

Ante la omisión alegada, es necesario advertir si en el artículo propuesto como parámetro de control existe efectivamente un mandato al legislador, pues ello derivaría en la consecuente obligación de emitir la normativa pertinente para darle concreción a lo establecido por el Constituyente.

Al respecto, del texto del art. 110 incs. 1° y 2° Cn. *no se advierte un mandato expreso que implique la obligación de legislar, sino más bien dos prohibiciones concretas: la de autorización de monopolios* –con la excepción de los estatales y municipales–, y *la de prácticas monopolísticas,* es decir de conductas contrarias a la libertad empresarial y a la protección de los consumidores –art. 110 inc. 2° Cn.–, así como a los principios de justicia social que deben orientar el orden económico y la promoción del desarrollo económico, conforme al art. 101 Cn.

En atención a esto, al hacer una interpretación sistemática de la disposición aludida, en relación con el resto del articulado del Título V de la Constitución dedicado al orden económico donde aquélla se ubica, se infiere que la intención del Constituyente de 1983 fue que el legislador ordinario proveyera los cuerpos normativos necesarios para fomentar el desarrollo económico y evitar la existencia de las prácticas contrarias al mismo, particularmente a la libertad de empresa y a la libre competencia entre agentes económicos; en este sentido el mandato al legislador en dicho parámetro de control se encuentra implícito.

Al haber identificado la existencia de un mandato de legislar, corresponde ahora examinar si existe efectivamente una concreción normativa con respecto a la obligación señalada y si, en todo caso, ésta es eficaz para evitar la existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones, como lo han manifestado los demandantes.

En análisis del contenido de la LT, se observa que si bien ésta reconoce a la SIGET como la institución rectora en materia de telecomunicaciones, con capacidad de administración, de gestión y, por ende, de vigilancia en dicho ámbito, ésta *carece de facultades normativas para ejercer controles a priori,* a efecto de evitar situaciones y prácticas que falseen o alteren las condiciones de competencia en ese sector.

En este sentido, ciertamente la ausencia en la LT de mecanismos de control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones puede generar la acumulación de porciones significativas del espectro radioeléctrico en pocos concesionarios, la posición predominante de proveedores importantes que estén en las capacidades materiales de afectar la competencia en dicho mercado, así como posibles acuerdos colusorios.

Tal situación devino principalmente por la derogatoria en la LT del art. 111, que regulaba las "Prácticas restrictivas de la competencia", por el Decreto Legislativo n° 528/2004, de 22-XII2004, publicado en el Diario Oficial n° 240, tomo 365, de 23-XII-2004, que contiene la Ley de Competencia (a continuación: "LC"), particularmente por el art. 57 letra f) de esta ley. En el referido art.111 se autorizaba a SIGET a limitar el acceso a determinadas personas naturales o jurídicas a los procesos de concesión de espectro y la transferencia de los respectivos derechos de explotación, cuando ello pudiera limitar significativamente el nivel de competencia en el mercado o limitar el acceso de nuevos competidores.

No obstante lo anterior, al tratarse el punto en análisis de las formas de control sobre prácticas restrictivas a la competencia en un mercado económico, es necesario considerar que en la LC el legislador ha establecido disposiciones concretas en las que se detallan las conductas que son consideradas como prácticas anticompetitivas, entre las que se encuentran: (i) el acuerdo entre competidores, art. 25 LC; (ii) las prácticas anticompetitivas entre no competidores, arts. 26 a 29 LC; (iii) el abuso de posición dominante, art. 30 LC; y (iv) las concentraciones, arts. 31 a 36 LC. Aunado a esto, el art. 46 inc. 2° de esa misma ley, contempla la posibilidad de identificar nuevas modalidades de prácticas competitivas, es decir distintas de las señaladas en los artículos detallados, en atención al dinamismo de los mercados económicos y las relaciones comerciales que en los mismos ocurren.

En congruencia con la identificación de prácticas anticompetitivas, en la LC, arts. 37y siguientes, se contemplan un régimen sancionatorio a ser aplicado por la Superintendencia de Competencia como ente rector en dicho ámbito, de acontecer las infracciones señaladas.

El alcance de las anteriores disposiciones de Derecho de Competencia tiene aplicación en materia de telecomunicaciones –sin que exista antinomia alguna–, pues, como lo establecen los arts. 1 inc. 1° y 2 inc. 1° LC, dicha normativa tiene por objeto proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, siendo, por tanto, aplicable a todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas.

En este orden, se concluye que, *a pesar que la LT no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, dicha omisión normativa se suple mediante la integración de lo consignado en la LC, por lo cual corresponde*

a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones, en específico para evitar la acumulación de porciones significativas del espectro radioeléctrico en pocos concesionarios.

Por lo expuesto, al no existir la omisión legislativa alegada, este motivo debe ser *desestimado".*

DISPOSICIÓN IMPUGNADA NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN, RESPECTO A LOS MONOPOLIOS Y A LA ESTIPULACIÓN DE PLAZOS Y CONDICIONES DE LAS CONCESIONES

"13. En relación con el art. 15 inc. 1° LT, por vulneración de los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn., los actores impugnan esta disposición por considerar que transforma la naturaleza pública del espectro radioeléctrico establecida en el art. 9 LT, al considerar el derecho de explotación como un bien privado –que se regiría por normas de Derecho Privado–, además de permitir la modificación de la esencia de la concesión, vía transferencia o fragmentación, sin ninguna intervención, vigilancia o autorización estatal.

A. Sobre el primer argumento, se estima necesario distinguir entre la titularidad del espectro radioeléctrico y el derecho de explotación que deriva del título habilitante de la concesión otorgada. Así, como se ha expuesto con anterioridad, conforme a la literalidad del art. 9 LT, el espectro radioeléctrico es propiedad estatal, por lo que, como todo bien demanial, su titularidad recae en el Estado y su regulación ciertamente corresponde a normas propias del Derecho Público.

Por otro lado, se encuentra el título habilitante de la concesión que se otorga para la explotación del espectro radioeléctrico. Como es lógico, del contrato que se suscriba entre el Estado, como titular de dicho espectro, y la persona adjudicada como concesionario surgen derechos y obligaciones, encontrándose dentro de los primeros la facultad de utilizar y explotar el espectro radioeléctrico, de transferir tales derechos a terceros o fragmentar las frecuencias asignadas mediante los títulos respectivos que emanan de normas de Derecho Privado.

Como se observa, la facultad de transferir los *derechos* que emanan de una concesión sobre el espectro radioeléctrico –o de fragmentación de las frecuencias asignadas– es acorde con la naturaleza demanial del mismo, en tanto que *la titularidad de este bien siempre permanece en la esfera estatal* y el concesionario o tercero que adquiera los derechos siempre mantiene tal calidad.

En este sentido, afirmar que el espectro radioeléctrico pierde su naturaleza demanial como consecuencia de la transferencia de los derechos que emanan de su concesión de la fragmentación de frecuencias es inaceptable, pues la titularidad del mismo nunca abandona el ámbito estatal, siendo considerado como bien privado, de acuerdo al mismo texto del art. 15 inc. 1° LT, únicamente el derecho de explotación derivado del título habilitante, no el espectro radioeléctrico en sí, que sigue siendo un bien de dominio público; ya que, como se dijo en la Inc. 28-2008, el cambio de la titularidad de las concesiones en ningún caso afecta la titularidad de los bienes públicos concesionados.

B. En cuanto al segundo argumento de los demandantes, relativo a que la LT no contempla ninguna fiscalización o autorización estatal para evitar –según expusieron–la modificación de la esencia de las concesiones otorgadas, vía transferencia o fragmentación, es necesario acudir a la normativa respectiva en la materia para determinar las facultades de SIGET como autoridad administrativa competente en la materia y si tiene o no las atribuciones aludidas.

Al respecto, la Ley de Creación de SIGET (en lo sucesivo: "LESIGET") establece en su art. 4 que esa institución es la entidad competente para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones vigentes en El Salvador, así como las leyes que rigen los sectores de electricidad y de telecomunicaciones y sus reglamentos, así como para conocer del incumplimiento de las mismas.

Del mismo modo, el art. 5 letra a) LESIGET consigna como atribución de la mencionada superintendencia aplicar los tratados, leyes y reglamentos que regulen las actividades de los sectores de electricidad y de telecomunicaciones en mención.

Por otro lado, el art. 9 LT literalmente atribuye a la SIGET el carácter de ente responsable de la *administración, gestión y vigilancia* del espectro radioeléctrico, conforme a lo establecido en esa ley. Dicho carácter de la SIGET se desarrolla a su vez en el art. 105 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (en lo que sigue: "RLT"), al establecerse que "La administración del espectro llevada a cabo por la SIGET comprenderá las funciones de *planificación, gestión y comprobación técnica de emisiones".*

En específico, el art. 107 RLT regula que la función de gestión comprende, entre otros aspectos, las tareas de tramitar las solicitudes de concesiones –arts. 76 LT y siguientes–, autorizaciones o licencias, el análisis del Gerente de Telecomunicaciones para recomendar la factibilidad y conveniencia de acceder a las solicitudes o la conveniencia de fragmentar la banda solicitada –esto último de acuerdo al art. 79 LT–. Además, el art. 109 inc. 3° del mismo reglamento indica que la SIGET podrá reutilizar las frecuencias cuantas veces sea técnicamente factible la fragmentación entre uno o varios titulares del derecho.

Aunado a esto, de acuerdo al art. 108 RLT, la función de comprobación técnica de emisiones comprende las actividades de inspección *in situ,* así como la vigilancia del espectro, que deben llevarse a cabo para evaluar en forma permanente y objetiva los aspectos técnicos, operativos y reglamentarios que deben cumplir las estaciones radioeléctricas, de modo de prevenir y resolver problemas de interferencias y evitar que el espectro sea usado por estaciones que no cuentan con la debida concesión, autorización o licencia.

Finalmente, como lo han citado los demandantes, el art. 125 RLT prescribe que los cambios que ocurran en la titularidad de la concesión deberán ser notificados e inscritos en el Registro de Electricidad y Telecomunicaciones, adscrito a SIGET –art. 19 LESIGET–.

Como se observa de las mencionada disposiciones, la SIGET es la entidad encargada de la administración y gestión del espectro radioeléctrico y como tal tiene las atribuciones legales y reglamentarias para aprobar solicitudes de con-

cesiones, fiscalizarlas en lo administrativo y técnico, así como controlar las transferencias o cambios de titularidad que se den en cuanto a las mismas.

En este sentido, el alegato de los demandantes relativo a que el art. 15 inc. 1° LT impide la intervención, vigilancia o autorización estatal de las concesiones que se otorguen sobre el espectro radioeléctrico, particularmente en cuanto a las transferencias de los derechos o fragmentación de las bandas de frecuencias, es erróneo, basado en una lectura aislada de la disposición impugnada, sin tomar en cuenta el resto de artículos tanto de la LT como de su reglamento que otorgan y desarrollan otras atribuciones a SIGET en el ámbito de las telecomunicaciones.

Por todo lo dicho en este apartado, se concluye que el art. 15 inc. 1° LT no vulnera lo establecido en los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn., por lo que *se desestimará este motivo de la pretensión.*

V. Tomando en cuenta las consideraciones realizadas y los efectos de esta sentencia, se vuelve necesario *valorar la continuidad o no de las medidas cautelares dictadas en este proceso, detalladas en esta sentencia.*

A. Al respecto, es preciso señalar que las medidas cautelares se caracterizan: (i) por su *instrumentalidad,* pues están ordenadas para asegurar la eficacia plena de los efectos previstos para una decisión definitiva; (ii) por su *provisionalidad,* ya que sus efectos tienen una duración limitada en el tiempo y no aspiran a transformarse nunca en definitivas, a efecto de evitar situaciones de inseguridad jurídica; y (iii) por su *variabilidad,* de conformidad con el principio *rebus sic stantibus* –mientras se mantengan las cosas–, lo cual implica que las mismas se mantendrán hasta que desaparezcan o modifiquen las circunstancias y supuestos que las motivaron, pudiendo desaparecer o variar en su intensidad.

En este sentido, en atención a la singularidad de los procesos constitucionales y a la capacidad de innovación y autonomía procesal que posee este Tribunal, se advierte que, si bien la regla general en el Derecho común es que las medidas precautorias se extingan cuando se emite la resolución de fondo en el litigio respectivo, con la finalidad de evitar hacer nugatorios los alcances e implicaciones de esta sentencia, las medidas dictadas por interlocutoria de 16-V-2014 –en consideración a la aclaración sobre los efectos de las mismas que se realizó por auto de 19-IX-2014– deben mantenerse vigentes mientras las circunstancias que las han motivado no se modifiquen o desaparezcan, es decir hasta que el Órgano Legislativo no realice las modificaciones respectivas en la LT y en el Reglamento de la LT para subsanar la inconstitucionalidad por omisión, regulando procedimientos alternos a la subasta para la selección de concesionarios y adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Finalmente, es pertinente expresar que las modificaciones que tanto SIGET debe implementar por el proceso de implementación de la TDT, conforme los parámetros establecidos en esta sentencia, así como las modificaciones que la Asamblea Legislativa deberá llevar a cabo en el cuerpo normativo señalado, al tener por objeto la introducción de mecanismos adicionales al procedimiento de selección y adjudicación de concesionarios para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, deberán regirse por los siguientes parámetros que consideran aspectos y condiciones materiales: (i) el interés público en la prestación

de los servicios de telecomunicaciones; (ii) las bandas de frecuencias solicitadas y su adecuado aprovechamiento; (iii) la capacidad jurídica como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (iv) la capacidad tecnológica de los solicitantes para comprobar su idoneidad y asegurar la eficiente utilización del espectro radioeléctrico como recurso demanial escaso; (v) la capacidad financiera de los solicitantes para comprobar su idoneidad y asegurar la eficiente utilización del espectro radioeléctrico como recurso demanial escaso; (vi) las condiciones de experiencia en los servicios que ofrece; y (vii) el principio de neutralidad tecnológica y de servicios en base a la realidad de la revolución tecnológica en materia de telecomunicaciones, en donde la regulación no debe priorizar sobre ninguna tecnología.

VI. Corresponde en este apartado efectuar algunas consideraciones relacionadas con los efectos que los pronunciamientos de este Tribunal generan en la realidad y su vinculación con su eficacia, y como consecuencia de ello, la modulación de los primeros y las acciones encaminadas a garantizar la aplicación del fallo.

1. Al respecto, es preciso indicar que desde el punto de vista constitucional no pueden eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener la invalidación de una disposición o cuerpo legal sobre situaciones o sujetos cuyo ámbito de regulación abarca la disposición que se declara inconstitucional. De manera que, siendo esta Sala el máximo intérprete de la Constitución, es preciso que además de emitir el pronunciamiento, module sus efectos –cuando ello sea necesario– y procure su eficacia, acciones estas, garantes del pleno respeto a la Constitución.

Así, en el proceso de inconstitucionalidad, la actividad del Tribunal se orienta a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la Ley Suprema. Y es que, si la Constitución como fundamento y pilar sobre el cual se sostiene el resto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico no se hace efectiva cumpliendo con sus preceptos de acuerdo con la exégesis que de ellos hace su máximo intérprete, ello se convierte en un menoscabo que afecta a todo el sistema en su conjunto.

Consecuente con lo anterior, un tribunal o sala constitucional puede modular de diversas formas los efectos de sus sentencias, de acuerdo con el análisis que de las disposiciones constitucionales o legales se ha efectuado en el pronunciamiento y las consecuencias que éste pudiera generar en el entorno social al que afecta, garantizando al mismo tiempo la efectividad de sus decisiones en cuanto a la interpretación de la Constitución y de las leyes. Además, tal como se dijo en las sentencias de 5-V-2012 y 27-VI-2012, y pronunciada en los procesos de Inc. 232012 y 28-2008 respectivamente, no es posible delimitar *a priori* ciertas reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, relativas al otorgamiento hacia el futuro.

En el presente caso, la declaratoria de inconstitucionalidad del elemento “automático” de las prórrogas, modifica la duración de las concesiones para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, sometiéndolas a un régimen nuevo, que implicará la posibilidad o expectativa de prórroga, previo al cumplimiento de determinados requisitos aún no definidos por el legislador.

Por lo anterior, los términos de las concesiones para los servicios de radiodifusión descritos, pueden verse afectados por el presente fallo, pues como ya quedó apuntado, la declaratoria de inconstitucionalidad, respecto del elemento de "automaticidad" del plazo de las concesiones, supondrá la eliminación del derecho a favor de los concesionarios de una prórroga que no se encontraba condicionada al cumplimiento de ningún requisito, alterando una situación jurídica consolidada –no una mera expectativa–.

En vista de que en la presente sentencia se declara inconstitucional la prórroga "automática", el concesionario, como consecuencia, deberá cumplir con los presupuestos, requisitos y condiciones legales para la respectiva prórroga.

Los derechos adquiridos o constituidos, son situaciones jurídicas concretas o subjetivas, y por lo tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. Se está en presencia de un derecho adquirido, cuando el texto legal que lo crea, ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley.

A la inversa, las meras expectativas, son situaciones jurídica abstractas u objetivas, y como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tiene de obtener algún día un derecho; en consecuencia, la situación puede ser modificada discrecionalmente por el legislador y se está en presencia de una mera expectativa, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona.

2. Aplicado los anteriores conceptos al caso, la prórroga sólo se perfeccionaba con la llegada del plazo, sin que existiese la necesidad del cumplimiento previo de alguna condición o requisito, lo que significa que con la llegada o al haber transcurrido el tiempo, el concesionario tenía un derecho a su favor, un derecho adquirido; pues en el momento que el Estado le otorgó a los operadores de los servicios de radiodifusión indicados, la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, la prórroga automática es la ventaja o el beneficio que entró al patrimonio de éstos, haciéndole parte de él, cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho –los concesionarios–, por la acción del paso del tiempo; y en consecuencia no puede ser vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente, incluso como producto de una declaratoria de inconstitucionalidad.

Nuestro ordenamiento constitucional, protege expresamente los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan–art. 21 Cn.– dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función

Lo anterior significa que, en el momento en que entraron en vigencia los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, la prórroga automática existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal se encuentra protegido por el artículo 21 de la Constitución.

La prórroga automática no era una expectativa, sino un derecho adquirido, pues cuando el texto legal creó la mencionada prórroga, ésta jugó su papel en favor de los operadores de radiodifusión sonora y televisión de libre recepción; y es en razón de dicha realidad jurídica, que los efectos del presente fallo, al elimi-

nar los vocablos “automáticamente”, no pueden alterar una próxima renovación o prórroga del plazo de los actuales concesionarios.

3. Y es que, esta Sala no puede desconocer que, si no se modulan los efectos de la presente sentencia, ésta afectará situaciones jurídicas consolidadas, en donde ya se ha perfeccionado el derecho, pues la previsión de la posibilidad de una prórroga automática, que motivó a los actuales concesionarios a celebrar contratos con terceros y a efectuar inversiones, con la declaratoria de inconstitucionalidad que elimina la automaticidad de la prórroga, interrumpe el curso normal de la operación, teniendo en cuenta que los servicios de radiodifusión radial y televisivo abierto, son gratuitos a toda la población, y los concesionarios obtienen sus ingresos por la pauta publicitaria que generan, como producto de su eficiencia empresarial en razón de los destinatarios o usuarios; además, interrumpe el curso normal de las inversiones de gran envergadura que han efectuado, las cuales pueden perderse, ocasionándoles graves perjuicios en términos de seguridad jurídica y económicos; inversiones que de cara a la implementación de la televisión digital terrestre en el año 2018, se vuelven más importantes y significativas.

El cambio súbito en la legislación de telecomunicaciones que se generará a partir del presente fallo, en lo que se refiere a la prohibición automática de las prórrogas para las concesiones de radio y televisión abierta, sin lugar a dudas, altera las condiciones contractuales que sirven de sustento operativo al ejercicio del derecho a informar y de entretenimiento, cultural y social, pues ciertamente, una modificación sorpresiva de las reglas sobre la duración del derecho de explotación del recurso demanial, afecta los derechos económicos involucrados.

Por ello, *la modificación de las reglas legales que reglamentan el plazo de las concesiones de televisión y radio abierta, sólo puede operar hacia el futuro, sin que esté permitido que se afecten las condiciones bajo las cuales originalmente fueron adjudicadas tales concesiones y al amparo de las cuales los concesionarios celebraron los contratos y calcularon sus ingresos y el retorno de sus inversiones,* adquiriendo así derechos y obligaciones, los cuales en atención a la naturaleza de estas actividades, implica asumir compromisos a largo plazo, con la antelación debida y con la consecuente inversión que les permita ser eficientes tecnológicamente, en función de la planificación y ejecución de los servicios de información y entretenimiento que demanda, rigurosamente, la población, como destinataria de estos servicios.

4. A partir de lo anterior, se reitera que en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en la prestación de un servicio esencial para la población –prestación de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción–, este Tribunal determina, por las razones expresadas, que *las concesiones para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción que pudieran haber sido otorgadas previo a la emisión de este fallo, deberán mantenerse conforme a la legislación vigente antes del presente fallo, es decir, conservará el beneficio de la prórroga del plazo concedido por la ley, previa verificación por la SIGET del cumplimiento del art. 124 de la LT; ya que, como se ha dicho, este Tribunal no puede desconocer el hecho que dichos operadores han realizado inversiones significativas para la adquisición de bienes necesarios que les*

permiten desplegar una red de transmisión destinada a retransmitir su señal y programación y contenidos.

5. Tomando en cuenta las consideraciones realizadas, se vuelve necesario valorar la continuidad del contenido de las medidas cautelares dictadas en este proceso y las necesarias adecuaciones legislativas a realizar para el cumplimiento de la sentencia.

En atención a la singularidad de los procesos constitucionales y a la capacidad de innovación y autonomía procesal que posee este Tribunal, con la finalidad de evitar hacer nugatorios los alcances e implicaciones de esta sentencia, *se estima pertinente que las medidas dictadas por interlocutoria de 16-V-2014* –en consideración de la aclaración sobre los efectos de las mismas que se realizó por auto de 19-IX-2014– *se mantengan vigentes, ya no en su carácter cautelar, al haberse resuelto las pretensiones planteadas por los actores, sino como efectos de este pronunciamiento.*

En este sentido, la SIGET *debe abstenerse de:* (i) tramitar las solicitudes de cualquier interesado en obtener una concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, incluidas las ya presentadas; (ii) otorgar cualquier tipo de concesión solicitada para la explotación del espectro radioeléctrico de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, ya sea que se haya presentado oposición o no; (iii) hacer efectivo cualquier procedimiento de subasta pública, relativo a la explotación del espectro radioeléctrico de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión; y (iv) recibir el pago de los interesados correspondiente a cualquier concesión previamente autorizada y de adjudicar las concesiones a las que se ha hecho referencia.

Tales efectos continuarán vigentes, *hasta* que la SIGET: (i) reubique las nuevas frecuencias a los operadores de televisión afectados por la Televisión Digital Terrestre; (ii) en la reubicación aludida, la SIGET, deberá respetar los derechos de los concesionarios afectados que deban migrar hacia otras frecuencias, el ancho de banda originalmente otorgado y los derechos de explotación que de ella se derivan; (iii) los concesionarios afectados que deban migrar hacia otras frecuencias, gozan de preferencia en la reasignación de mismo ancho de frecuencia e inscripción en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, respecto de aquellos concesionarios cuyas frecuencias no sufrirán alteración alguna con la implementación de la TDT, y por otra parte; (iv) hasta que el Órgano Legislativo realice las adecuaciones necesarias y pertinentes a la Ley de Telecomunicaciones y al Reglamento de la Ley Telecomunicaciones para subsanar los motivos que han motivado la omisión legislativa –a más tardar el 31 de diciembre de 2015–, regulando procedimientos alternos a la subasta para la selección de concesionarios y adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico para los servicios de radio y televisión de libre recepción".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 65-2012AC, fecha de la resolución: 29/07/2015.

TASAS MUNICIPALES POR EMISIÓN DE LICENCIAS PARA OPERACIÓN DE BANCOS Y FINANCIERAS

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO ES LA ÚNICA AUTORIDAD COMPETENTE PARA EMITIR AUTORIZACIÓN A BANCOS PARA QUE INICIEN SUS OPERACIONES EN EL PAÍS

"VI. Partiendo de lo planteado, corresponde a esta Sala dirimir lo expuesto por los actores, sobre la controversia si la emisión de una licencia para el funcionamiento de bancos del sistema financiero, cajas de crédito, cooperativas y toda institución financiera, dentro del Municipio es un impuesto como lo plantea el demandante.

1. Para dilucidar lo anterior, es preciso analizar el contenido normativo de la disposición impugnada.

Así, nota este tribunal que el precepto impugnado manda que los bancos del sistema financiero, cajas de crédito, cooperativas y toda institución financiera deban pagar a la municipalidad $5,000 anuales por una licencia para su funcionamiento.

Como se ha reiterado a lo largo de esta sentencia, el punto medular a dirimir en este proceso es si el hecho generador del tributo analizado puede justificar o no el cobro de una tasa, o si, por el contrario, constituye un impuesto.

A. Sobre ello, se han incorporado los siguientes elementos:

a) El peticionario alega que el tributo exigido por el funcionamiento de una entidad bancaria dentro del municipio es un *impuesto* y no una tasa, porque no se le genera una prestación, contradiciendo el principio de reserva de ley ya que solo el Órgano Legislativo puede establecer impuestos.
b) El Fiscal General de la República concordó con el peticionario en que el tributo impugnado es un impuesto y no una tasa, ya que corresponde a la Superintendencia del Sistema Financiero otorgar la licencia para que funcionen los bancos, no a las municipalidades, por lo que la creación de esa licencia no es una contraprestación que justifique el pago de la tasa.
c) A pesar de ser notificada la comuna no expuso sus argumentos.

B. Al analizar los alegatos de los intervinientes, este tribunal advierte que existe una contraprestación por parte de la municipalidad que es la emisión de una licencia para que funcionen las entidades bancarias dentro del municipio de Santa Rosa de Lima.

Sin embargo, como lo advierte el Fiscal General de la República la entrega de permisos para que operen las entidades bancarias no le corresponde a las municipalidades, si no a la Superintendencia del Sistema Financiero, quien tendrá que evaluar estas instituciones para que, con base en un estudio objetivo del cumplimiento de los requisitos legales, sean emitidos los permisos para que operen los bancos del sistema financiero, cajas de crédito, cooperativas y toda institución financiera.

C. En este sentido, en esta sentencia ya se advirtió que para que se pueda considerar como una tasa, se debe dar una contraprestación que la municipalidad debe estar facultada para ejercerla. Por lo consiguiente, la contraprestación

dada por los municipios, cuyo hecho generador implica una tasa *debe estar circunscrita en las competencias municipales.*

La Jurisprudencia de esta Sala ha establecido *que los municipios no pueden contemplar como contraprestación de una tasa actividades que estén fuera de su competencia –Sentencia de 30-VII-2014, Inc. 21-2009–.* Por tanto a pesar de la autonomía y potestad tributaria que tiene las municipalidades en materia de tasas, *tienen vedado el ofrecimiento, otorgamiento y cobro en relación con una tasa cuyo hecho generador esté fuera de las competencias municipales.*

D. Pues bien lo que nos compete ahora es determinar si otorgar licencias para el funcionamiento de sucursales de bancos del sistema financiero, cajas de crédito, cooperativas y toda institución financiera es una contraprestación que pueda brindar una municipalidad.

Primero necesitamos conocer la licencia que es una especie del género *autorizaciones.* Las *licencias* son medios de control sobre el ejercicio de determinadas actividades regladas que los administrados pretenden desempeñar, quienes al cumplir con los requisitos exigidos pueden desarrollarlas, ya que la propia administración les reconoce el derecho de ejercicio.

Para conocer si en realidad nos encontramos frente a una licencia es preciso conocer si en realidad dentro de las competencias de una municipalidad se encuentra evaluar si las entidades bancarias del sistema financiero, Cajas de Crédito, Cooperativas y toda institución financiera, cumplen con los requisitos para operar dentro de su circunscripción.

a. La Ley de Bancos estipula en su art. 20 que la Superintendencia del Sistema. Financiero será la encargada de autorizar el funcionamiento de bancos, luego de haber pasado por controles establecidos en la misma ley y haberse inscrito en el Registro de Comercio. Por consiguiente, la Superintendencia del Sistema Financiero es la institución facultada por ley para autorizar a un banco a que preste sus servicios en todo el territorio nacional, autorización que es para la efectiva prestación de un servicio que es la inspección que realiza la Superintendencia a los Bancos, regulada actualmente en la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

b.Asimismo, el art. 6 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito (que derogó la Ley de Cajas de Crédito), faculta a la Superintendencia del Sistema Financiero para que, luego de recibir toda la información requerida a las entidades financieras mencionadas, conceda la autorización para realizar las actividades reguladas en dicha ley.

El art. 7 letras b) y g) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero confirma la anterior regulación al prescribir que están sujetos a dicha ley –y portanto a supervisión de la Superintendencia— los bancos constituidos en El Salvador, las sucursales y oficinas de bancos extranjeros, los bancos cooperativos, las sociedades de ahorro y crédito y las federaciones reguladas por la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito.

De esta manera el inciso final del mismo art. 7 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero reafirma que, cuando se haga referencia al sistema financiero o a los integrantes del sistema financiero, deberá entenderse que son los mencionados en los literales de esa misma disposición, que incluye

a los bancos, así como a los sujetos que eran regulados por la Ley de Cajas de Crédito, los bancos cooperativos y a las sociedades de ahorro y crédito.

Por su parte, el art. 3 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (que derogó a la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero) también establece que la Superintendencia es responsable de supervisar la actividad individual y consolidada de los integrantes del sistema financiero, y que para tales efectos le compete: *autorizar* la constitución, *funcionamiento,* inicio de operaciones, suspensión de operaciones, modificación, revocatoria de autorización, cierre y otros actos de los integrantes del sistema financiero, de conformidad a las disposiciones legales, reglamentarias o normativas técnicas establecidas al respecto.

También la misma Ley de Bancos prescribe en su art. 22 que se debe informar de la apertura de agencias a la Superintendencia del Sistema Financiero, siendo el Superintendente el único que puede objetar en una resolución objetivamente motivada si considera que dicho proyecto tendrá un efecto negativo en la capacidad financiera y administrativa del banco.

F. Con base en las disposiciones legales expuestas se puede concluir que la emisión de una licencia para que una entidad financiera (sea esta bancaria o caja de crédito, banco cooperativo o sociedad de ahorro y crédito) pueda funcionar, es una atribución que le corresponde a la Superintendencia del Sistema Financiero, no a las municipalidades. Ya que para que la Superintendencia extienda la autorización previamente evaluó la institución; y, luego de que se ha confirmado el cumplimiento de requisitos y autorizarlos, la Superintendencia en mención debe seguir inspeccionando su funcionamiento, que es una prestación que no se encuentra dentro de las funciones de las municipalidades.

Y es que otorgar una licencia no es la mera entrega de un documento, si no que como se expresó anteriormente debe haber un procedimiento previo para evaluar si se cumple con los requisitos exigidos para que se otorgue la licencia, por ejemplo los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico a nivel nacional, pues se considera un asunto de interés nacional y competencia del estado central.

Por lo tanto, la entrega de una licencia para que opere un banco, caja de crédito, cooperativa o cualquier institución financiera no es una contraprestación que pueda ofrecer una municipalidad, por no estar autorizada para ello, sino que le corresponde a otra entidad reguladora del sector financiero aprobar la operación de estas instituciones –la Superintendencia del Sistema Financiero–.

De tal manera, debe dejarse sin efecto la supuesta tasa, ya que la supuesta contraprestación que ofrece la municipalidad no tiene efecto, convirtiendo la tasa en un impuesto que –como se ha planteado anteriormente– no necesita de una contraprestación, si no que *se paga porque se ha realizado un hecho indicativo de capacidad económica, sin que la obligación tributaria se conecte causalmente con actividad administrativa alguna.*

E. Por lo tanto, con la base en lo expuesto es de concluir que *la emisión de licencias para el funcionamiento de un banco, caja de crédito, cooperativa o cualquier institución financiera le corresponde a otros entes reguladores y, en consecuencia, las municipalidades no tienen la facultad para poder emitir licen-*

cias para que estos operen dentro de sus municipios; de manera que, *no pueden estar sujetos a tasa municipal.*

Consecuentemente, lo configurado en el tributo impugnado ha excedido las potestades tributarias que tiene la municipalidad; y por lo tanto ha violado el principio de reserva de ley en materia tributaria; pues dicho tributo no puede ser clasificado como una tasa".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 100-2013, fecha de la resolución: 06/07/2015.

TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE

APLICACIÓN

"IV. Por su particular incidencia en los temas que nos ocupan, corresponde hacer algunas consideraciones relativas a la implementación de la Televisión Digital Terrestre en El Salvador.

1. Conforme lo ha señalado SIGET, "la televisión digital, es un nuevo tipo de televisión abierta (libre o gratuita) que permite imágenes de alta definición, contenido interactivo, más contenido por canal. La Televisión Digital Terrestre (TDT) es el resultado de la aplicación de la tecnología digital a la señal de televisión, para luego transmitirla por medio de ondas hercianas terrestres, es decir, aquellas que se transmiten por la atmósfera sin necesidad de cable o satélite y se reciben por medio de antenas UHF convencionales".

Con la llegada de las tecnologías digitales junto con los nuevos sistemas de compresión de información, se permitirá reducir el número de frecuencias necesarias para la transmisión de la televisión, lo que se traduce en una gestión más eficiente del espectro radioeléctrico. Como parte del proceso de la implementación de la TDT, conllevará la necesaria migración de la televisión analógica a la digital y ello permitirá obtener nuevas frecuencias disponibles, lo que se conoce como "dividendo digital".

En relación a la implementación de la TDT en nuestro país, según la información de acceso público, la SIGET ha establecido lo siguiente: "El Salvador, por ser país miembro de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), a través la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones–SIGET, institución responsable de la regulación y administración del espectro radioeléctrico, ha venido observando los avances en materia de migración de la televisión analógica a digital con la experiencia de aquellos países que ya han logrado dicha migración. El espacio de tiempo entre iniciar el proceso de migración hasta finalizar con el apagón analógico, es de aproximadamente entre 8 a 10 años; en ese sentido y de acuerdo al Plan de migración internacional El Salvador, debe realizar su "apagón analógico" el 31 de Diciembre del 2018. A raíz de la aprobación de la Resolución No. T-1043-2012, El Salvador, debe preparar el Plan de Migración en referencia, considerando los elementos que en dicha resolución se establecen para tal fin; y para ello cuenta con una ventana de tiempo de 6 años". (http://wvvw.siget.gob.sv/index.php/tv-digital-en-el-salvador)

1. Producto de la implementación de la TDT, aparece el dividendo digital, que es el conjunto de frecuencias que han quedado disponibles en la banda de frecuencias tradicionalmente utilizada para la emisión de la televisión, gracias a la migración de la televisión analógica a la digital. Del análisis de la resolución No. T-1043-2012 citada en el apartado anterior, este Tribunal advierte que determinados rangos de frecuencias pasarán a formar parte del dividendo digital; en consecuencia, la SIGET, en el proceso de implementación y migración por la TDT, deberá respetar los derechos de los concesionarios que deban migrar hacia otras frecuencias, así como el ancho de banda originalmente otorgado y los derechos de explotación que de ello se deriven".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 65-2012AC, fecha de la resolución: 29/07/2015.

TIPICIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PRINCIPIO DE TIPICIDAD

"2. Pues bien, uno de esos principios del Derecho Penal que se consideran exigibles al Derecho Administrativo Sancionador es el principio de tipicidad, determinación, taxatividad o certeza. Según la jurisprudencia contencioso administrativa, dicho principio implica que "el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley", ya que, "La *tipificación -tipo normativo- de la infracción* constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas, y su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción [...] incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley. Entre ellos se encuentran *la acción u omisión como conducta específicamente regulada,* los sujetos activo y pasivo de la infracción, y el bien jurídico tutelado" (Sentencias de 25-VIII-2003 y de 13-VII-2009, Procesos Contenciosos Administrativos 47-O-2002 y 174-2005, por su orden).

Dicha jurisprudencia también ha expresado que: "El principio de tipicidad (*lex certa*), vertiente material del principio de legalidad, impone el mandato de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones constitutivos de un ilícito administrativo y de sus consecuencias represivas. La tipificación sólo es suficiente cuando, en definitiva, responde a las exigencias de la seguridad jurídica [...] no en la certeza absoluta [sino] en la [predicción] razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción. Esto debe ser así, puesto que para que el principio de tipicidad sea colmado no basta con que la ley aluda simplemente a la infracción, ya que el tipo ha de resultar suficiente, es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales". (Sentencia de 21-X-2009, Proceso 281-C-2002).

En sentido similar, esta Sala en su sentencia de 25-XI-2011, Amparo 150-2009, reiteró la exigencia de que "en el ámbito administrativo sancionador [...] sea la ley la que defina exhaustivamente las conductas objeto de infracciones administrativas, las sanciones o medidas de seguridad a imponer, o al menos

establezca una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones se pueden aplicar, pues tales criterios, en la mayoría de los casos, son supuestos de limitación o restricción de derechos .fundamentales. Así, la obligación de predeterminar normativamente los supuestos de hecho que se desean castigar y sus correspondientes sanciones persigue la finalidad de erradicar todo abuso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas a las autoridades administrativas".

ALCANCE DEL MANDATO DE TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL

"*3.* Al analizar con cierta amplitud el alcance del mandato de taxatividad en materia penal, en la Sentencia de 8-VII-2015, Inc. 105-2012, este Tribunal ha aclarado que: *"la precisión de las leyes penales es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa*[...] el requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es delito (disposiciones que se conocen como "tipos penales"), deben formular, describir, establecer o definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la *mayor precisión posible* o una determinación *suficiente,* de acuerdo con el *contexto de regulación".* Como indican las sentencias citadas en los párrafos anteriores y lo confirma específicamente la Sentencia de 1-II-2013, Inc. 127-2007 (considerando III.2.C), este criterio es aplicable, sin cambios sustanciales y como parte del alcance del art. 15 Cn., también a los tipos administrativos sancionadores, que son los que definen o describen las conductas que constituyen infracciones administrativas".

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE LAS NORMAS SANCIONADORAS

"La jurisprudencia interamericana exige asimismo que las normas sancionadoras sean: "i) adecuadamente accesible[s], ii) suficientemente precisa[s], y iii) previsible[s]. Respecto a este último aspecto, [se] tiene[n] en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma [...] la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, *per se,* una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca". (Sentencia de 1-IX-2011, *Caso López Mendoza Vs. Venezuela,* párrafos 199 y 202)".

En definitiva, el principio de tipicidad, taxatividad, determinación o certeza en Derecho Administrativo Sancionador exige que la ley describa una conducta (acción u omisión), de "sus elementos esenciales" o "de forma genérica", pero que

sea "constatable por el aplicador de la ley". Dado que la descripción legal de la infracción administrativa debe permitir una "predicción razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción", no se pretende que la ley enumere de manera exhaustiva todos los comportamientos infractores posibles. Sin embargo, la exigencia de precisión suficiente o el estándar de la previsibilidad de la sanción implican que *la tipificación de una infracción administrativa al menos debe identificar o definir una conducta objetiva, verificable o "constatable" por el aplicador".*

EL TIPO DE LA INFRACCIÓN DEBE CONTENER EN SU TEXTO UNA DESCRIPCIÓN EFECTIVA

"4. Hay aquí una diferencia entre el principio de tipificación administrativa como manifestación del principio de legalidad en materia sancionadora (arts. 2, 8 y 14 Cn.) y el alcance de dicho principio de legalidad respecto a la actividad de la Administración en general (art. 86 Cn.). En este último, basta una cobertura normativa o el reconocimiento jurídico de una atribución de potestades, que pueden ser establecidos con cierta amplitud a partir de los márgenes interpretativos de las disposiciones aplicables. En cambio, en el ámbito sancionador la legalidad supone una exigencia cualificada, en el sentido de que *el tipo de la infracción debe contener en su texto una descripción efectiva (aunque sea genérica, abstracta o esencial) de una conducta,* sin que esta pueda ser "construida" por vía de la interpretación.

En otras palabras, el contenido fáctico de la infracción no debe ser el resultado de la capacidad interpretativa del órgano aplicador, sino de la capacidad expresiva y redactora del órgano legislativo. No importa, entonces, si la calidad o condición infractora de una conducta puede ser dotada de alguna cobertura legal mediante un ejercicio interpretativo. Lo que importa es si en la base de dicho ejercicio interpretativo existe un texto legal que determine con precisión suficiente un comportamiento objetivo, al que quepa atribuirle esa calidad o condición. El tipo sancionador debe ser en realidad descriptivo, en el sentido de que exprese literalmente un supuesto de hecho, aunque sea genérico y abstracto, que permita identificar o prever cuál es el comportamiento prohibido y que pueda ser verificado mediante la prueba por el órgano aplicador".

INCOMPATIBLES CON EL MANDATO DE TIPIFICACIÓN ADMINISTRATIVA LAS CLÁUSULAS TIPIFICADORAS GENERALES O CLÁUSULAS SANCIONADORAS RESIDUALES

"*5.* Como ya se dijo, esta exigencia es compatible con una técnica legislativa que tipifique conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados (con los criterios expuestos en la ya citada Sentencia de 8-VII-2015, Inc. 105-2012), pero también por medio de *remisiones normativas.* Estas últimas consisten en enlaces, conexiones o referencias explícitas de una disposición legal hacia otra del mismo cuerpo normativo o de otro u otros distintos, en los que se complementa la descripción de la conducta prohibida por el tipo sancionador. Cuando esta forma de tipificación indirecta se realiza mediante disposiciones complementa-

rias que carecen de rango legal o que son distintas a las disposiciones emitidas por la Asamblea Legislativa (por ejemplo, remitiendo a reglamentos), sus consecuencias pueden tener mayor relevancia desde la perspectiva de la exigencia de reserva de ley (ese fue el problema analizado en la ya citada Sentencia de 1-II-2013, Inc. 127-2007, que reitera los criterios para la validez de tales remisiones normativas), pero no es el objeto de la pretensión examinada en este proceso.

Cuando las remisiones normativas se dirigen hacia otros artículos de la misma ley, la fórmula o la expresión legal de reenvío debe permitir la identificación concreta de cuáles son esas otras disposiciones de complementación y el contenido acumulativo de ambas (disposición remitente y disposición remitida) debe satisfacer siempre el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción. En tal sentido, son incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las llamadas *cláusulas tipificadoras generales* o *cláusulas sancionadoras residuales,* que en realidad son fórmulas legales de tipificación simulada y remanente, que establecen infracciones "por defecto" o "por sobrante" de las genuinas descripciones de conductas prohibidas por el Derecho Administrativo Sancionador que ya están incorporadas a la ley.

Las fórmulas legales de tipificación aparente y residual constituyen una especie de "norma de cierre o de clausura" de lo punible en sede administrativa, dirigidas a evitar la impunidad de conductas no enumeradas expresamente en los tipos de infracción de la ley, pero que el *órgano aplicador* pudiera considerar merecedoras de una sanción administrativa, aunque sea leve. Se trata de una expresión para incluir todo lo que no había sido comprendido en las categorías de infracción, sin tener que tipificarlo realmente. Mediante ese tipo de cláusulas, la determinación efectiva de las conductas prohibidas (la "materia de prohibición") queda postergada hasta el momento en que se aplica la norma, cuando el órgano competente decida a qué comportamiento identificar con el calificativo de infracción legal".

EL ART. 42 LETRA E) LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR CONTIENE UNA REMISIÓN NORMATIVA DIFUSA O EXCESIVAMENTE INDETERMINADA, SE DECLARA INCONSTITUCIONAL

"IV. *1*. Con base en lo anterior se examinará el primer motivo de inconstitucionalidad planteado por las demandantes. Según ellas, el art. 42 letra e) LPC genera inseguridad jurídica porque no describe en verdad una conducta típica, al establecer que se considerará como infracción leve: "Cualquier infracción a la presente ley que no se encuentre tipificada como infracción grave o muy grave". De acuerdo con lo antes expuesto sobre el alcance del mandato de tipificación en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, esta Sala considera que la fórmula "[c]ualquier infracción a la presente ley" no describe un comportamiento objetivo o verificable que pueda adecuarse o subsumirse en ella, sino que solo establece una calificación jurídica o valorativa que puede ser atribuida a alguien mediante una declaración del órgano sancionador en el procedimiento respectivo.

La referencia por defecto o por exclusión a los otros tipos de infracciones administrativas (graves o muy graves) no basta, pues aunque estas sí incluyan supuestos fácticos específicos, legalmente definidos, el conjunto remanente de conductas susceptibles de ser calificadas o valoradas como "cualquier infracción a la presente ley" es demasiado indeterminado, hasta el punto de que su extensión depende del criterio de aplicación del órgano competente. Como se dijo en la varias veces citada Sentencia de 1-II-2013, Inc. 127-2007 (considerando IV .2.A.a), con "la llana mención de incumplir alguna disposición normativa […] no se describen con precisión las conductas infractoras". Además, no todo incumplimiento o inobservancia de una ley equivale a una infracción administrativa, pues no toda prohibición violada u obligación omitida se reprime con una sanción, sino que el tipo administrativo sancionador selecciona las conductas con relevancia punible y de esa manera sirve como marco y límite de la potestad represiva del Estado.

Al decir que la infracción leve es la infracción que no es grave o muy grave, en realidad no se ha tipificado ninguna conducta, pues se trata de una definición puramente formal o aparente, similar a un círculo vicioso, en la que se presenta como elemento básico de una descripción fáctica lo que en realidad es una calificación normativa o un concepto valorativo (el de "infracción") que es precisamente el que debe ser objeto de la definición legal, mediante la dotación de (o al menos la referencia a) un contenido empírico verificable. Ese vacío descriptivo esencial de la ley no puede ser suplido alegando su mera interpretación (como se dijo en la Sentencia Contencioso Administrativa de 16-XI-2012, Proceso 212-2010).

El art. 42 letra e) LPC contiene una remisión normativa difusa o excesivamente indeterminada, que en la práctica sustituye la previsión normativa del tipo sancionador por el criterio futuro e incierto del órgano encargado de su aplicación. De esa manera, se impide que los destinatarios de la disposición, a partir del texto del tipo sancionador, puedan predecir o conocer de antemano qué conductas pueden ser consideradas como infracción leve o cuáles serán las consecuencias de su actuación. De este modo, en dicho artículo el legislador en realidad evade, omite o incumple su deber de tipificación o determinación suficientemente precisa de las infracciones administrativas y por eso debe declararse su inconstitucionalidad".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 53-2013AC, fecha de la resolución: 24/08/2015.

TIPICIDAD EN MATERIA PENAL, EXIGENCIA DE LA TAXATIVIDAD

TAXATIVIDAD, ELEMENTO INTEGRANTE ELEMENTO INTEGRANTE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

"En tal sentido, profundizando en el alcance de la "garantía criminal" del principio de legalidad penal, se sostuvo que la ley funciona como límite a la actuación punitiva del Estado cuando es previa (prohibición de retroactividad desfavorable); escrita (prohibición de la costumbre como base para sancionar delitos);

cierta (exigencia o mandato de determinación o taxatividad de la ley penal); y estricta (prohibición de la creación judicial de delitos mediante el uso de la analogía). De esta manera, no basta que la conducta considerada delito sea regulada, descrita o configurada en una ley emitida por la Asamblea Legislativa (aspecto formal de la garantía), sino que esa descripción o regulación tiene ciertos límites en cuanto a su modo de expresarse, redactarse o formularse con palabras (aspecto material de la garantía).

2. Antes de señalar dichos límites, y además para comprender mejor su contenido, es importante recordar el fundamento del mandato de determinación o taxatividad como elemento integrante del principio de legalidad penal. Igual que el principio de legalidad en general, el mandato de determinación penal sirve a la libertad, la igualdad y la seguridad (arts. 1, 2, 3 y 8 Cn.) como valores fundamentales del Estado de derecho. La posibilidad de conocer o saber cuáles conductas están prohibidas mediante la amenaza de una sanción permite a las personas organizar sus planes de vida y actuar dentro de los límites así fijados por la ley. La generalidad y abstracción de la ley disminuye el riesgo de aplicaciones selectivas o discriminatorias del poder punitivo. Y las dos consecuencias anteriores favorecen el desarrollo de una disposición de certeza o confianza de las personas, al saber a qué atenerse frente al Estado, en el ejercicio sin arbitrariedad de su poder punitivo.

Dicho de otra forma, la función directiva o motivadora del Derecho (o la pretensión de que las personas usen las normas jurídicas como razones para elegir cómo actuar) depende de que ellas puedan saber o conocer qué acciones están vedadas. Por otra parte, el que los comportamientos prohibidos bajo sanción penal se establezcan mediante leyes votadas por representantes que los ciudadanos eligen aporta una dimensión más de autonomía, pero también de división de poderes, al negar ese poder (de crear delitos) a los jueces (arts. 8, 15, 86 inc. 1° y 131 ord. 5° Cn.). Asimismo, ya en el ámbito específico del Derecho Penal, la exigencia de taxatividad contribuye a la función preventiva general de la pena (art. 27 inc. 3° Cn.), pues el efecto disuasorio o de abstención de las conductas prohibidas depende de que pueda saberse cuáles son estas".

ALCANCE DEL MANDATO DE TAXATIVIDAD

"*2.* Sobre el alcance del mandato de taxatividad, la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 522003, ya citada (considerando VI.1), expresa que: "se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador [...] Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras [...] mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan

abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales".

También, en la Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001 (considerando V.6.C), esta Sala expresó 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 [... el] mandato de determinación o taxatividad [...] impide la existencia en la ley criminal de cláusulas absolutamente indeterminadas, entendidas éstas como conceptos de multívoco o de impreciso significado, los cuales traspasan los ámbitos de certeza y razonabilidad que amparan la interpretación de las prohibiciones penales. Sin embargo, cuando sea posible determinar su significado de acuerdo al contexto gramatical y normativo utilizado, y con base en una interpretación restrictiva del mismo –cláusulas de relativa y objetiva precisión– no pueden considerarse *per se* inconstitucionales"".

JURISPRUDENCIA SOBRE LA EXIGENCIA DE LA TAXATIVIDAD

"Esta primera aproximación al contenido de la exigencia de taxatividad es compartida por la jurisprudencia interamericana, que en diversos pronunciamientos ha confirmado que: "en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel vs. Argentina,* Sentencia de 2-V-2008, entre otras).

4. Aunque esta jurisprudencia utiliza algunas expresiones que podrían interpretarse como un estándar inalcanzable en la práctica por el legislador penal (como la exigencia de términos "unívocos", con los que cada persona entienda "perfectamente a qué atenerse"), en realidad *la precisión de las leyes penales es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa.* La aspiración de absoluta precisión, rigor total o exactitud terminológica en las leyes penales es una utopía. En otras palabras, el requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es delito (disposiciones que se conocen como "tipos penales"), deben formular, describir, establecer o definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la *mayor precisión posible* o una determinación *suficiente,* de acuerdo con el *contexto de regulación.*

Un concepto o un término es absolutamente preciso cuando se sabe, de manera exhaustiva o total, qué casos, objetos, supuestos o situaciones están comprendidos dentro de su ámbito de aplicación. Es decir, cuando el conjunto de los objetos a los que la expresión se aplica o se refiere es cerrado, o puede ser determinado en su totalidad. Por el contrario, cuando existen o pueden surgir desacuerdos o dificultades para saber si el concepto se aplica o no a uno o varios casos, actuales o posibles, entonces se dice que dicho concepto es impreciso, indeterminado o de textura abierta (lo que incluye la vaguedad o indefinición de casos referidos, y la ambigüedad, o posibilidad de más de un significado). En estas circunstancias, falta información sobre los criterios de uso del término en los casos marginales y la precisión alcanzable en la realidad solo puede ser relativa, ya que la división o clasificación de objetos o casos producida por el concepto utilizado no es completa, sino que conserva un grupo de supuestos a los que su aplicación es discutible.

Si se recuerda que el legislador penal está obligado a garantizar tanto la igualdad de las personas ante la ley como la protección efectiva de bienes jurídicos, se observa que la técnica legislativa debe superar una tensión irremediable entre, por una parte, el carácter general (no individual) y prospectivo (dirigido a conductas futuras) de la ley y, por otra, el mandato de taxatividad. Dicho de otro modo, como el legislador penal no puede prever (y enlistar o enumerar de manera exhaustiva o casuística) todas las posibles conductas dañinas para un bien jurídico, es inevitable que en alguna medida recurra a descripciones, conceptos o términos relativamente indeterminados, cuya interpretación permita cumplir con las funciones sociales del Derecho Penal (al adaptar la ley a las circunstancias sociohistóricas de su aplicación) y, al mismo tiempo, respetar la garantía de precisión *suficiente* en la tipificación de los delitos".

ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA DE TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS DELICTIVAS

"Ya desde la referida Sentencia de 15-II-1997, Inc. 15-96 (considerando X.3), esta Sala advertía que: "los alcances y límites del principio de legalidad en materia de tipificación de conductas delictivas, está determinado por el nivel de generalidad ínsito a la construcción en abstracto de los elementos que configuran la situación elevada a la categoría de delito por el legislador; y no es posible exigir al legislador el nivel de concreción propio de la realidad que valora el juez". Igualmente, en la Sentencia de 23-X-2013, Inc. 19-2008 (considerando IV), se dijo que: "resulta recomendable una vía intermedia entre un excesivo casuismo y la generalización en la formulación de los tipos penales, que permita mediante un razonado equilibrio la necesaria precisión *a posteriori* por parte de los tribunales a fin de que estos últimos fijen sus obligados contornos de aplicación"".

CRITERIOS PARA DECIDIR SI LA FORMULACIÓN LEGAL DE UN DELITO ES SUFICIENTEMENTE PRECISA

"5. Partiendo de lo anterior, la cuestión se traslada hacia el nivel de indeterminación tolerable o la identificación de los *criterios para decidir si la formula-*

ción legal de un delito es suficientemente precisa. Aunque la precisión absoluta es inalcanzable, hay que recordar que se trata de una cualidad graduable (que puede ser mayor o menor) y que, en consecuencia, la *primera directriz* para el legislador, ante distintas opciones expresivas, debe ser la selección de las palabras cuyos significados sean más accesibles, claros o comprensibles, sin mayor esfuerzo, para la generalidad de las personas y que, en lo posible, hagan referencia directa a aspectos u objetos de la realidad.

En segundo lugar, cuando los términos descriptivos o con referentes fácticos (que puedan identificarse con hechos de la experiencia) no basten, el uso de conceptos normativos, valorativos o jurídicamente indeterminados debe justificarse por la naturaleza del objeto de regulación o por el fin de protección de la norma jurídica penal. En *tercer lugar,* si el significado de dichos elementos valorativos es extraño al bagaje conceptual compartido por sus destinatarios,, o carece de experiencias previas de aplicación o es muy discutido, la ley puede incorporar una definición propia de dichos términos, intentando reducir los márgenes de indeterminación generados por su empleo.

En cuarto lugar, cuando el uso de conceptos abiertos o valorativos esté justificado, el mandato de determinación o taxatividad exige que su significado sea al menos determinable (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, considerando VI.1.), mediante criterios, pautas o argumentos intersubjetivos o controlables, de tipo empírico, semántico, finalista, técnico, contextual, sociocultural, dogmático o jurisprudencial, entre otros. Lo relevante de este parámetro es que la formulación legal permita que las herramientas interpretativas y la estructura o modelo de argumentación utilizados puedan considerarse aceptables o razonables desde la perspectiva de la comunidad jurídica y social respectiva. Así, en cuanto a tales conceptos, la determinación del tipo penal requiere la *"determinabilidad"* de su significado y la certeza de las personas ante la ley incluye la *previsibilidad* de los criterios judiciales para su aplicación.

Por ejemplo, esta Sala consideró empíricamente determinable la expresión "elementos inequívocos destinados a ejercer violencia" (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, considerando V1.2); y usó una interpretación finalista para aceptar la descripción de un delito sobre retención de cuotas laborales (Sentencia de 13-XII-2005, Inc. 9-2004, considerando VI); así como otro que sancionaba a quien cometiera un hurto valiéndose de "cualquier otro medio para ingresar" [a un lugar] o de "cualquier otro medio para engañar" [a una persona] (Sentencia de 23-XII-2010, Inc.5-2001, considerando V.6.C). También con una argumentación finalista, pero además sistemática (o de contexto normativo) se consideró compatible con el mandato de taxatividad un tipo penal que sancionaba a quien "ejecutare un acto contra la vida, la integridad física, la libertad o seguridad" de ciertas categorías de personas (Sentencia de 22-VII-2011, Hábeas corpus 114-2007, considerando IV.3-B).

En otra decisión que ilustra el alcance real del mandato de determinación en la jurisprudencia de esta Sala, aduciendo la finalidad de la regulación se consideró válida una descripción típica que reprimía a quien "utilizara ilícitamente" energía eléctrica, agua o servicio telefónico (Sentencia de 23-X-2013, Inc. 19-2008, considerando V.C). También se ha admitido el uso de ciertos conceptos valo-

rativos cuando puede sostenerse la existencia de un uso "mínimo comúnmente aceptado en la realidad", "una noción estandarizada a nivel social que permite un punto de partida para desdibujar esa indeterminación" o "una representación gráfica socialmente contextualizada" del significado de un término (Sentencia de 18-I-2013, Inc. 61-2007, considerando V.2.B.a, sobre el significado de la expresión "material pornográfico" en un tipo sancionador).

Y en quinto lugar, la tipificación penal mediante conceptos indeterminados siempre debe contener el núcleo de la prohibición o la identificación esencial de la conducta reprimida, de modo que el tipo de valoración necesaria para su interpretación no signifique entregar por completo a la discrecionalidad o a la opinión personal del juez el poder de definición de los casos que quedarán comprendidos bajo dichos conceptos y, por tanto, en el ámbito de lo punible. Por desatender este criterio se consideraron inconstitucionales unas disposiciones que tipificaban: el "omitir dar cumplimiento a lo prescrito en la ley" o "favorecer intencionalmente los intereses del imputado o del ofendido" en la investigación penal (Sentencia de 15-II-1997, Inc. 15-96, considerando X1.5); el actuar para "atentar contra el decoro y las buenas costumbres"(Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, considerando VI.2); y el incluir en máquinas de juego contenidos "que atenten contra la moral" (Sentencia de 18-I-2013, Inc. 61-2007, considerando V.2.B.b)".

EXIGENCIAS PARTICULARES SOBRE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE INTERPRETACIÓN DE LOS TIPOS PENALES O SANCIONADORES

"*6.* Finalmente, la manera en que el legislador observa o cumple con el mandato de determinación genera ciertas exigencias particulares sobre la actividad jurisdiccional de interpretación de los tipos penales o sancionadores. Aunque estas exigencias corresponden más bien al campo de la garantía de *ley estricta* como manifestación del principio de legalidad penal y no propiamente al requisito de *ley cierta* antes reseñado, la aplicación que de dichas leyes hacen los jueces es con frecuencia el primer nivel de verificación de la taxatividad que se espera de la técnica legislativa sancionadora. Además hay que recordar que, como ya se dijo, la precisión (y sus contrarios, la imprecisión, indeterminación o textura abierta) del lenguaje utilizado en las disposiciones penales influye en el (mayor o menor) margen de discrecionalidad interpretativa de los jueces. La limitación de esta discrecionalidad (como un poder de elección entre alternativas) es por ello un complemento necesario del mandato de taxatividad.

En tal sentido es pertinente anotar que una mayor indeterminación o contenido valorativo de los términos, conceptos o expresiones legales de un tipo penal o sancionador exige de parte del juez que los aplique una labor de justificación más intensa o detenida (una carga argumentativa especial), sobre por qué tales términos deben considerarse suficientemente precisos (determinados o determinables y de consecuencias previsibles) para guiar la conducta de sus destinatarios. Además, al aplicarlos a los casos concretos, el campo de juego de la actividad interpretativa del juez sobre los términos utilizados por el legislador en ningún caso debe sobrepasar su significado literal posible, de acuerdo con las convenciones lingüísticas vigentes (o los usos del lenguaje generalmente

aceptados) en la comunidad jurídica y social del tiempo del hecho enjuiciado. Fuera de dicho límite sería el juez, y no el legislador, quien estaría decidiendo lo que constituye delito.

También la determinación de ese significado literal posible puede ser un asunto difícil o controvertido, al haber una escala de formas de entenderlo, desde las que sean claras, inmediatas u obvias, hasta otras más distantes, menos seguras o más discutibles. Ya que el significado de las palabras depende en alguna medida de su uso social, de que este uso evoluciona y de que la ley se redacta con generalidad y sin detallar todos los casos futuros de aplicación, es indispensable la labor- de interpretación judicial, mediante la jurisprudencia, para la concreción de las leyes (identificación estable de los casos a que estas se refieren) o subsunción de los casos (calificación de correspondencia entre el hecho analizado y un supuesto normativo abstracto), según el punto de partida que se tome. De esa manera, las decisiones judiciales y sus argumentos sobre el significado de los elementos del tipo penal o sancionador forman parte de los criterios útiles para definir si un concepto es determinable o tiene suficiente precisión".

CONDUCTA DESCRITA COMO AGRESIONES SEXUALES EN EL TIPO PENAL IMPUGNADO, ESTÁ FORMULADO MEDIANTE UN CONCEPTO VALORATIVO, CUYO SIGNIFICADO ES DETERMINABLE, POR TANTO NO EXISTE LA INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADA

"IV. Con base en lo anterior puede analizarse mejor el planteamiento de los demandantes. Como se relacionó en el considerando I, ellos alegaron que el art. 160 inc. 1° Pn. constituye un tipo penal abierto, porque no regula de forma exhaustiva la conducta prohibida, sino que requiere de complementación judicial para su aplicación, pues no establece cuáles son las conductas que no constituyen violación y, por tanto, agresión sexual. De este modo, tal disposición permitiría al juez establecer en última instancia, según su criterio, lo que pueda considerar como "otras agresiones sexuales", y ello derivaría de la extensión de las palabras utilizadas por el legislador.

El calificativo de tipo penal abierto fue utilizado en la varias veces citada Sentencia de 15-II-1997, Inc. 15-96 (considerando XI.5), para referirse a una disposición penal cuya imprecisión o indeterminación era *excesiva,* pues prácticamente dejaba a criterio de cada juez, *sin parámetros objetivos de control,* la decisión de considerar delictiva una conducta (se recuerda que el delito aludido establecía como delito el "omitir dar cumplimiento a lo prescrito en la ley" y "favorecer intencionalmente los intereses del imputado o del ofendido" en la investigación penal). Esto coincide con lo que se ha dicho al examinar el alcance del mandato de taxatividad, en el sentido de que la mera imprecisión o apertura textual de un concepto o expresión no es en sí misma inconstitucional, sino que puede incluso ser inevitable, de acuerdo con el objeto de regulación o el fin de protección de la norma.

Igual criterio puede aplicarse a la falta de "exhaustividad" de la conducta prohibida y a la necesidad de complementación judicial de un tipo penal, pues por su carácter general, abstracto y prospectivo (sin individualizar personas, ni particularizar hechos y orientarse al futuro) el lenguaje legal usualmente incluye

términos, conceptos o expresiones con una escala de significados posibles, que está "abierta" a la adaptación y concreción judicial en cada caso. Por supuesto, ello no significa admitir que la "complementación judicial" llegue al punto de crear un delito o calificar, *sin base legal,* como punible a una conducta. Cuando el juez *interpreta* un elemento típico (aunque sea valorativo o indeterminado) hay una base normativa de la que parte y de cuyo significado literal posible no puede excederse. Lo que infringe el mandato de taxatividad es que el significado de un término sea tan difícil de determinar que prácticamente impida identificar o prever la clase de conductas prohibidas.

Aclarado lo anterior, quedan por examinar dos ideas de los demandantes. Primero, que el art. 160 inc. 1° Pn. "no establece cuáles son las conductas que no constituyen violación". Dicho artículo tipifica como delito "cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación" y efectivamente omite definir, en qué consiste esta última. Sin embargo, dicha expresión legislativa no convierte al artículo mencionado en un tipo penal abierto. Simplemente se enuncia la conducta prohibida remitiendo, quizá con un propósito de economía textual, a un concepto que, tal como lo dijo el Fiscal, ya está definido legalmente en los arts. 158 y 159 Pn. Según estos, la violación es un acceso carnal mediante violencia por vía vaginal o anal con otra persona. El art. 160 inc. 1° Pn. indica que la violación es una especie o caso particular de agresión sexual, pero esa disposición solo se enfoca en el subconjunto de agresiones sexuales distintas a la violación. Luego, el juez no tiene nada que complementar respecto a qué conducta está prohibida, aunque en casos concretos tenga mucho que interpretar sobre algunos términos de la descripción típica.

Segundo, los demandantes afirman que la extensión de las palabras "Otras agresiones sexuales" permitiría al juez establecer en última instancia y según su criterio qué conductas están comprendidas dentro de esa expresión. "Agresión sexual" es un concepto valorativo, pues aunque "agresión" tiene cierta referencia empírica o descriptiva, el calificativo "sexual" implica además una comprensión cultural, social o de contexto. A pesar de esto, el juez cuenta con diversos criterios de uso de la expresión, tales como: el fin de protección de la norma o bien jurídico tutelado; la definición mediante ejemplos que contiene el propio inc. 2° del art. 160 Pn. (que enuncia los supuestos más graves, pero comunica una idea relevante sobre la clase de conductas prohibidas); la definición legal de violencia sexual en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (art. 9 letra f); o el dato empírico de que la censura social de distintas formas de ataque a la libertad sexual forma parte de los procesos básicos de socialización, lo que refuerza la previsibilidad del ámbito de la prohibición; entre otros.

La concreción del significado de dicha expresión no es competencia de esta Sala ni materia de un proceso de control abstracto. Desde la perspectiva de la exigencia de taxatividad basta con verificar que se trata de un concepto valorativo determinable, cuyo alcance prohibitivo puede ser previsible para la generalidad de las personas. Los problemas de interpretación (por ejemplo, los concursos de normas) que surjan de la relación del art. 160 inc. 1° Pn. con otros tipos penales relativos a la libertad sexual y las decisiones judiciales que excedan el sentido literal posible del artículo impugnado no pueden atribuirse a una

formulación legislativa excesivamente indeterminada de tal disposición, sino que corresponden más bien a formas de aplicación de su contenido, controlables por la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, *deberá desestimarse la pretensión de inconstitucionalidad planteada por los demandantes".*

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 105-2012, fecha de la resolución: 08/07/2015.

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ OSCAR ARMANDO PINEDA NAVAS

ORGANISMOS ELECTORALES TEMPORALES

LA PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL SE DELIMITÓ SOBRE LA FORMA DE ELEGIR AL QUINTO MIEMBRO DE LOS ORGANISMOS Y NO SOBRE ASPECTOS CUALITATIVOS QUE DEBEN REUNIR TODOS LOS MIEMBROS DE DICHOS ORGANISMOS, CONFIGURÁNDOSE UNA PRETENSIÓN DISTINTA A LA PLANTEADA EN LA DEMANDA.

"I. En el presente proceso la demanda fue promovida por el ciudadano José Oscar Morales Lemus, a fin de que declarara la inconstitucionalidad de los artículos 91 inc. 1°, 95 inc. 1°, 99 inc.1°. del Código Electoral.

Fue así, que mediante auto de fecha 25- X-2013 esta Sala, admitió la demanda para enjuiciar la constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas, y se dijo que el actor había logrado identificar los elementos siguientes: i) los sujetos comparados (partidos contendientes en una misma elección); ii) la diferenciación prevista legalmente para ellos (integrar o no las Juntas Electorales Departamentales, Municipales, y Receptoras de Votos); iii) el término de comparación (tener representación legislativa) y, iv) la desventaja de dicha diferenciación (falta de representación en las juntas mencionadas). Así se determinó que *"el problema jurídico que debía ser resuelto era determinar si los artículos 91 inc. 1° y 95 inc. 1°. y 99 inc. 1°. Código Electoral conculcan el art. 3 Cn., en tanto que excluyen de la integración de las respectivas Juntas a aquellos partidos contendientes que no tienen representación en la Asamblea Legislativa".*

Es decir que, según el demandante, *la forma* de elegir el quinto miembro de dichos organismos implicaba un trato desigual para todos los contendientes, sin existir razones justificadas para ello.

Habiéndose delimitado así, el análisis constitucional sometido a control de esta Sala, en virtud de ello, se corrió traslado a los intervinientes, conforme a la Ley de Procedimientos Constitucionales: autoridad demandada, (Asamblea Legislativa) y Fiscal General de la República, quienes evacuaron sus respectivos pronunciamientos sobre el trato desigual o no ante la imposibilidad de los partidos sin representación legislativa para proponer personas para el sorteo, de donde resultara electo el quinto miembro de los organismos electorales.

Y en vista que el objeto de control, es decir el referido trato desigual, al excluirles de la posibilidad de proponer personas para integrar organismos electorales, también estaba contenido en el inciso 2° del art. 13 de las Disposiciones para la Postulación de Candidaturas no Partidarias en las Elecciones Legisla-

tivas, se decidió, por conexidad incluirlo en el análisis, ya que regula el mismo tema, solo que para diferentes sujetos como son, los candidatos no partidarios.

Por tanto, conforme a la pretensión constitucional planteada, objeto de control – trato desigual entre contendientes partidarios contenido en los artículos antes señalados– y el parámetro de control propuesto por el demandante –art. 3 Cn. derecho de igualdad en la formulación y aplicación de la ley– esta Sala ha valorado los pronunciamientos de los sujetos procesales y luego del respectivo análisis se concluye que efectivamente el referido trato desigual no está justificado, y por el contrario coloca en situación de desventaja a los candidatos de partidos sin representación legislativa y a los candidatos no partidarios.

II.En consecuencia, comparto plenamente lo dispuesto en el numeral 1 y 2 inciso 1° e i) del fallo de la sentencia, mediante el cual se expulsa del ordenamiento jurídico el texto de los artículos 91 inc. 1°, 95 inc. 1°, 99 inc.1°. del Código Electoral, e inciso 2° del art. 13 de las Disposiciones para la Postulación de Candidaturas no partidarias en las Elecciones Legislativas, cuyo mandato normativo dispone un trato desigual e injustificado para los partidos políticos que no cuentan con representación legislativa y candidatos no partidarios, limitando el derecho a proponer personas para ser incluidas en el sorteo, mediante el cual se elige al quinto miembro de las Juntas Electorales Departamentales, Juntas Electorales Municipales, y Juntas Receptoras de Votos.

III.En cuanto a lo dispuesto en el considerando IV.3 y numeral 2. ii) del fallo, que instituye lo que se ha denominado “proceso de ciudadanización de los organismos temporales electorales”, que refiere a la *condición o cualidades que deben reunir los miembros de dicho organismos,* el cual conlleva una importante finalidad, la de garantizar la mayor imparcialidad y transparencia de las personas directamente a cargo de la ejecución del proceso eleccionario, es necesario aclarar aspectos estrictamente procesales, de incidencia en la interpretación.

1. En el presente proceso, la demanda fue planteada, como se dijo en el romano I de la presente, por *la forma* de elegir el quinto miembro de dichos organismos, lo que implica un trato desigual para todos los contendientes, sin existir razones justificadas para ello, razón por la cual fue admitida la misma, y fue en virtud de lo cual se corrió traslado a los intervinientes, quienes tuvieron la oportunidad procesal de debatir sobre dicha pretensión.

Ahora bien, en materia procesal, tal como lo ha sostenido esta Sala – Inc. 106-2014 de fecha 10-X-2014– la pretensión de inconstitucionalidad consiste en un alegato sobre la supuesta contradicción entre el contenido normativo de una disposición o acto identificado como objeto de control y el contenido normativo de una disposición constitucional propuesta como parámetro. El inicio y desarrollo de este proceso solo es procedente cuando dicha pretensión está fundada y determina la decisión del proceso.

Por lo anterior, al emitirse la respectiva sentencia, ésta debe ser resultado de un proceso constitucional, en el cual el demandante haya planteado debidamente los alegatos objeto de análisis, respecto de los cuales los intervinientes como son, la autoridad demandada y el Fiscal General de la República, hayan tenido la oportunidad de exponer sus puntos de vista o justificaciones al rendir sus informes, que según lo establecido en los arts. 7 y 8 de la Ley de Procedi-

mientos Constitucionales, deben acompañarlo cuando lo crean necesario, las certificaciones de actas, discusiones, antecedentes y demás comprobantes que fundamenten su actuación.

Al respecto, en el presente proceso, la pretensión constitucional, tal como se señaló en el romano I inciso 1° y 2° de este voto, se delimitó sobre la firma de elegir al quinto miembro de los organismos electorales en relación al derecho de igualdad de los candidatos sin representación legislativa y no sobre aspectos cualitativos que deben reunir todos los miembros de dichos organismos, configurándose una pretensión distinta a la planteada en la demanda.

En efecto, en la decisión se incluye, la exigencia de requisitos que deben reunir todos los miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Municipales y Receptoras de Votos, regulados en los artículos 92, 97 y 101 del Código Electoral, y confrontándose con un parámetro de control, como el artículo 209 de la Cn. u otro, que si bien son aspectos electorales, difiere de la pretensión constitucional planteada en la demanda.

2. *Tal situación, no es la exigencia del cumplimiento ritualista de la forma procesal por ser forma, sino que su importancia radica en que los intervinientes aportan al proceso elementos que permiten realizar una interpretación constitucional confirme a los parámetros exigidos por la jurisprudencia de esta Sala.*

En el análisis que como tribunal constitucional se efectúa, al interpretar el texto de la Constitución y dar la solución más justa, se valoran todas las circunstancias relativas a la pretensión, como parte del juicio de una norma secundaria, es decir se efectúa la más amplia comprensión sobre las diversas interpretaciones de una norma, dado que no se trata de una interpretación literal, sino que se convertirá en el pronunciamiento del máximo intérprete de la norma suprema.

Ahora bien, resulta necesario destacar que los aportes que realizan los intervinientes en el proceso, inciden en el debate constitucional y en consecuencia en la interpretación que como función de administración de justicia efectúa el tribunal constitucional. Ya que al interpretar un precepto constitucional, se deben considerar todas las circunstancias de la realidad, a fin de dar la mejor solución al problema planteado por el demandante.

Así en el caso en concreto, instituir mediante la presente sentencia, lo que se ha denominado *"proceso de ciudadanización de los organismos electorales"* podría tener a la base una finalidad que permita dotar de mayor, transparencia, imparcialidad, objetividad, a los procesos electorales, que visto así, en abstracto, comparto el deseo de que nuestro proceso electoral este diseñado con la mayor rigurosidad a efecto de que la intención del votante no se vea alterada, pero ello debe ser parte de otro análisis constitucional integral.

No obstante la finalidad, al instituir el referido proceso, en aras del mayor nivel de eficacia en nuestra realidad, conlleva una mayor complejidad de análisis que, a mi juicio, debería ser valorada mediante una sentencia, producto de un proceso constitucional pleno y específico, en el cual podrían existir diversas interpretaciones, en razón de otros derechos fundamentales o elementos de la realidad que ameritan ser valorados de manera concreta – por ejemplo, entre otros, cómo garantizar plenamente la no vinculación material o la simpatía partidaria de las personas que integren las Juntas Receptoras de Voto, de quienes

se podría alegar que les asisten otros derechos, considerando IV.3 inciso 1° de la sentencia"

NORMAS CONSTITUCIONALES NO PUEDEN JERARQUIZARSE EN ABSTRACTO

"Lo anterior es de suma importancia ya que como ha aseverado esta Sala - sentencia de inconstitucionalidad 91-2007- las normas constitucionales, no pueden jerarquizarse en abstracto, ya que todas, *en principio tienen la misma fuerza normativa, solo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas condiciones y observables si y solo si éstas concurren.* Al interpretarse se debe establecer en cada caso concreto qué norma tiene primacía, a partir del ejercicio práctico.

En tal ejercicio de ponderación, es imprescindible tener en cuenta los argumentos justificativos planteados por la autoridad emisora de la norma, para ser valorados dentro del análisis constitucional, en el respectivo juicio de proporcionalidad, a efecto de determinar si la medida, es la idónea, necesaria y estrictamente proporcional con el fin alcanzado.

De ahí que, en mi opinión, ante la ausencia del debate procesal, en relación con las cualidades exigidas, relativas a los arts. 92, 97 y 101 del Código Electoral, en relación al artículo 209 y otros de la Cn, que posibilite aportar todos esos elementos concretos y prácticos de la realidad, que permitan efectuar una interpretación constitucional integral conforme a las exigencias de la jurisprudencia, es que me inhibe de adherirme al pronunciamiento establecido en el considerando IV.3 y numeral 2 ii) del fallo, ya que al no considerarse todos esos aspectos prácticos en la interpretación, podría ser susceptible de incidir en la eficacia material de la sentencia".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 139-2013, fecha de la resolución: 22/07/2015.

ÍNDICE
LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL 2015

Amparos

Abstenciones y recusaciones 1

Instrumentos para garantizar la imparcialidad del juez o magistrado 1

Circunstancias para declarar ha lugar la solicitud de abstención 2

Corresponde conocer del fondo de la queja formulada al magistrado suplente 3

Acuerdos conciliatorios en sede penal 3

Jueces tienen el deber de verificar si el acuerdo afecta únicamente intereses de víctimas e imputados o si, por el contrario, también podía ocasionar algún perjuicio a derechos o intereses de terceros 3

Transgresión constitucional por no escuchar a persona que puede ser perjudicada por adopción de acuerdo 4

Habilitación de la acción de daños y perjuicios directamente contra los funcionarios responsables 5

Amparo contra particulares 6

Condiciones jurisprudenciales para la admisión 6

Falta de agotamiento de la vía ordinaria 7

Requisitos para su procedencia: legitimación activa y pasiva 8

Diferencia entre intereses difusos y colectivos 9

Reglas de carga probatoria en los procesos constitucionales 10

Antejuicio 11

Herramienta de control parlamentario 11

Imposibilidad de constituir una función jurisdiccional atribuida a la Asamblea Legislativa 11

Asistencia letrada 12

Asistencia jurídica de un abogado es una garantía ineludible para el ejercicio del derecho de defensa 12

Autoridad judicial está obligada a garantizar asistencia técnica a los sujetos que puedan resultar afectados en el proceso 13

Efecto restitutorio: invalidar la audiencia preliminar y todas las actuaciones procesales posteriores 15

Caducidad del contrato de suministro 17

Incapacidad para ofertar en el sector público 17

Potestades o prerrogativas especiales que tienen las instituciones dentro de la administración pública con respecto a los contratos 18

Extinción del contrato por incumplimiento de obligaciones 18

Posibilidad de poder controvertir lo hechos que se atribuyen a la caducidad del contrato 19

Contratos de suministro 19

Restricción al ejercicio de libertad económica como sanción accesoria 20

Sanción de restricción a ofertar con el sector público en un periodo de cinco años 20

Ausencia de violación al derecho de libertad económica y de propiedad, al ser la sanción administrativa solo una restricción con el sector público y no con el sector privado en el mercado nacional 21

Cargas procesales 22

Regla de la carga de la prueba le corresponde al actor, no puede aplicarse en los procesos constitucionales 22

Carrera docente 23

Obligación garantizar la defensa no jurisdiccional en el proceso administrativo 23

Violación constitucional por restringir intervención en el procedimiento 26

Efecto restitutorio: invalidar resolución emitida por junta de la carrera docente 27

Carrera militar 28

Disposiciones relativas a la carrera administrativa no son aplicables en la Fuerza Armada, ya que su organización y funcionamiento es regulada por leyes especiales 28

No todo el personal adscrito a la Fuerza Armada deberá entenderse incluido dentro de la carrera militar 28

Servicio militar 29

Alcance del acuerdo para la prestación del servicio militar 30

Inexistencia de vínculo laboral entre el demandante y la Fuerza Armada 30

Fuerza Armada no tenía la obligación de tramitar un proceso o procedimiento previo a emitir orden de baja 31

Comisiones parlamentarias de investigación 31

Naturaleza, características y límites 31

Cosa juzgada 33

Efecto más importante del proceso jurisdiccional 33

Vulneración al principio de cosa juzgada 34

Excepciones que al conocer sentencias ejecutoriadas no violenta este principio constitucional 35

Imposible plantear nuevamente una pretensión de amparo que ya fue objeto de decisión judicial 37

Curador ad litem 38

Deben agotarse medios para garantizar derecho de audiencia, previo a su nombramiento 38

Vulneración constitucional al emplazar mediante curador especial, sin intentar realizar el emplazamiento de manera personal 39

Derecho a la autodeterminación informativa 40

Ausencia de vulneración al ponerse a disposición del trabajador el expediente laboral 40

Técnica de protección de datos 41

Derecho a la carrera policial 42

Implica el derecho a acceder a promociones, ascensos y prestaciones 42

Vulneración, pues no se intentó notificar de manera personal al actor las resoluciones emitidas en el procedimiento incoado en su contra 43

Efecto restitutorio: ordena que se le paguen al peticionario los salarios caídos con base en el artículo 61 inciso 4° de la Ley del Servicio Civil 45

Derecho a la igualdad salarial 46

Igualdad 46

Informe sobre la igualdad salarial de la Organización Internacional del Trabajo 47

Evaluación del rendimiento de personal 47

Diferencias en el pago de las remuneraciones al personal que realiza igual trabajo no implican per se una vulneración al derecho a la igualdad salarial 47

Procede el sobreseimiento ante la deficiencia de los requisitos y criterios establecidos en la pretensión 48

Derecho a la propiedad 49

Vulneración al tener ubicadas sus torres de telefonía celular en terrenos de propiedad privada, se obliga a pagar cierta cantidad de dinero en concepto de un tributo 49

Vulneración por inobservancia del principio de capacidad económica 52

Aplicación del principio de stare decisis y de economía procesal 53

Definición de activo y pasivo de una empresa 54

Derecho a la salud de los neonatos 56

Estado debe implementar mecanismos de control y evaluación de niveles de seguridad y efectividad de uso de medicamentos 56

Farmacovigilancia está orientada a mantener relación beneficio-riesgo de los medicamentos en una situación favorable 56

Actuaciones de la administración pública que permitan uso de medicamentos nocivos en etapa neonatal ponen en riesgo derecho a la salud 57

Derecho a la salud reproductiva 58

Derechos reproductivos 58

Autodeterminación reproductiva 60

Derecho a la salud reproductiva 61

Salud sexual y reproductiva 61

Atención a la salud reproductiva 61

Derecho a la salud y medio ambiente sano 62

Principio de prevención y sus concreciones 62

Principio de precaución o precautorio 63

Derecho a la salud 63

Medio ambiente, elemento determinante para la salud 64

Violación constitucional ante omisión del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de controlar actividad de relleno sanitario 65

Requisitos que deberán comprobarse en sede civil para demostrar responsabilidad civil 67

Derecho a la seguridad personal 67

Facetas 67

Tutela del derecho dependiendo las circunstancias del caso específico 68

Alcalde municipal vulneró el derecho de petición del demandante con relación al derecho de seguridad personal y colectiva 68

Efecto restitutorio: ordena que se gestione de manera inmediata por parte del municipio, actos y medios de protección, adecuados y suficientes para evitar que la amenaza a la seguridad personal de los demandantes se materialice o se incremente 71

Derecho a recurrir 72

Contenido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 72

Criterio de falta de impugnabilidad objetiva de parte de autoridad demandada para rechazar el recurso de apelación, vulnera derechos constitucionales 73

Vulneración por no tomarse en cuenta la justa causa de impedimento 75

Derecho al honor de las personas jurídicas 78

Titulares de derechos de contenido económico 78

Naturaleza del derecho al honor 78

Posibilidad que las personas jurídicas sean titulares de la libertad económica 79

Vulneración del derecho a la imagen comercial, como manifestación del derecho al honor en su dimensión objetiva 80

Monopolio de la lotería por parte de la Lotería Nacional de Beneficencia no tiene fundamento constitucional, sino legal 83

Derecho al honor de los funcionarios públicos 85

Jurisprudencia constitucional y doctrina 85

Titulares del derecho al honor..... 85

Ausencia de solicitud en forma oportuna y diligente imposibilita ejercer el derecho de respuesta, a efecto de redimir cualquier agravio causado por información publicada respecto al honor del actor..... 86

Debe garantizarse la libre función de los medios informativos, relacionado con el desempeño de los funcionarios públicos..... 87

Información difundida por la prensa gráfica en la publicación controvertida no ocasionó vulneración del derecho al honor del peticionario 89

Derecho al medio ambiente sano, a la salud y a la vida..... 90

Regulación de las obligaciones del Estado..... 90

Principios de prevención y precaución..... 91

Principio de desarrollo sostenible 92

Principio “quien contamina paga”..... 92

Derecho a la vida implica la necesidad de brindar condiciones indispensables para el desarrollo normal y pleno del proceso vital..... 94

Reconocimiento de violación constitucional por retardo injustificado para frenar de forma definitiva la contaminación generada por fábrica de baterías..... 95

Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales está obligado a aplicar de forma integral toda la normativa que garantice la protección del medio ambiente y de los recursos naturales..... 95

Inobservancia del principio de prevención para otorgar permisos ambientales genera vulneración..... 96

Municipalidades deben ejercer labores de control y vigilancia sobre la instalación y funcionamiento de establecimientos industriales para evitar contaminación..... 99

Fiscal General de la República está obligado a investigar de oficio posible comisión del delito de contaminación ambiental..... 101

Derecho al sufragio pasivo..... 107

Elementos del derecho al sufragio 107

Inexistencia de transgresión al derecho de los demandantes al sufragio pasivo 108

Derecho de acceso a la jurisdicción 112

Alcance 112

Dilaciones indebidas en la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal ... 113

Diligencias preliminares de carácter indagatorio, corresponden a la Fiscalía General de la República 113

Presentación del requerimiento contra una persona identificada y que existe una imputación es una manifestación del poder del Estado 114

Plazo de presentación del requerimiento fiscal 115

Fiscal General realizó oportunamente diversas diligencias de investigación 115

Derecho de petición 117

Criterios para determinar la razonabilidad o no del plazo para la contestación de lo pedido 117

Vulneración ante la irrazonabilidad de la duración del plazo para resolver la solicitud presentada debido a la inactividad de la autoridad demandada 118

Habilitación de la acción de daños y perjuicios directa contra los funcionarios 118

Obligación a responder a lo solicitado en plazo legal 119

Duración del plazo 120

Vulneración del derecho de petición de los actores 120

Efecto restitutorio: promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de las vulneraciones declaradas en esta sentencia 122

Derecho de respuesta 123

Dimensiones subjetiva y social 123

Titulares del derecho de respuesta 124

Error respecto de la naturaleza y la base normativa del derecho invocado por el actor 125

Particulares y funcionarios públicos titulares del derecho de respuesta 125

Inexistencia de vulneración del derecho de respuesta 126

Derecho procesal constitucional 128

Omisión de formalismos durante la tramitación del proceso con la finalidad de tutelar y potenciar el derecho vulnerado 128

Derechos de los consumidores 129

Contenido reconocido por tribunal constitucional al derecho a la propiedad 129

Condiciones para adquirir calidad de consumidor 130

Despido de empleados mediante la supresión de plazas 131

Empleados incorporados a la carrera administrativa municipal gozan de estabilidad en el cargo 131

Supresión de plaza de un trabajador debe probarse 131

Uso fraudulento de la figura de supresión de plaza genera violación a derechos constitucionales de los trabajadores 133

Director General de Protección Civil 133

No es la autoridad competente para emitir declaratoria de alerta ambiental 133

Elecciones Presidenciales 136

Ausencia de agravio cuando el reclamo planteado, va dirigido a que se establezca las circunstancias respecto a la transparencia de la Elección Presidencial y el escrutinio realizado 136

Emplazamiento 138

Permite conocimiento real y oportuno de la demanda y ejercicio de los derechos de audiencia y defensa 138

Existencia de violación constitucional ante negligencia de autoridad judicial de agotar búsqueda de domicilio de representante legal de sociedad 138

Etapas precluidas del proceso 141

Vulneración a derechos al no estar el juez habilitado para hacer retroceder el proceso a etapas precluidas 141

Efecto restitutorio: dejar sin efecto la resolución impugnada 142

Exigencia de agotamiento de nulidad a empleados por contrato 143

Necesario acreditar en un procedimiento las causales de destitución del cargo..... 143

Cargo de técnico especialista III no se trata de un puesto de confianza personal o política..... 144

Indiferente para determinar estabilidad en el cargo, si salario proviene del Presupuesto General de la Nación o de otro tipo de fondos..... 145

Nulidad de despido establecida en Ley de Servicio Civil es requisito de procedencia del amparo para empleados bajo régimen de contrato de servicios personales..... 146

Habilitación de la acción de daños y perjuicios directa contra los funcionarios..... 147

Requisitos que deberán comprobarse en sede civil para demostrar responsabilidad civil..... 148

Órganos del Estado previo a adoptar cualquier decisión que afecte estabilidad laboral deben verificar causales de destitución y seguir procedimiento respectivo..... 149

Tribunal del Servicio Civil está obligado a observar criterios establecidos en jurisprudencia constitucional para determinar estabilidad laboral..... 150

Instituciones autónomas..... 150

Diferencia entre el derecho a la estabilidad laboral y estabilidad en el cargo..... 150

Estructura funcional tripartita..... 151

Conformación del INSAFORP..... 152

Miembros del consejo directivo de INSAFORP considerados servidores públicos..... 153

Vulneración al derecho a la estabilidad en el cargo ante la destitución de un funcionario público, aunque haya sido elegido en base a un mecanismo erróneo, según la autoridad demandada..... 155

Instituto Salvadoreño del Seguro Social..... 156

Inaceptable constitucionalmente que administre un medicamento con efectos nocivos, aunque esté indicado en protocolo respectivo..... 156

Isss debe actualizar listados oficiales de medicamentos, guías clínicas y protocolos que se empleen en cada servicio hospitalario..... 157

Pacientes del ISSS tienen derecho a recibir terapia farmacológica adecuada para controlar y evitar la progresividad de sus patologías..... 158

Autoridades creadas para regulación y vigilancia de medicamentos no pueden utilizar deficiencias estructurales del sistema de salud pública para evadir su responsabilidad..... 159

Omisión de autoridades del sistema de salud de suspender utilización de midazolam con alcohol bencílico puso en riesgo salud de neonatos 161

Ley de Protección al Consumidor 164

Aunque en principio es una ley general, contiene disposiciones especiales dirigidas a resolver situaciones particulares 164

Normas prudenciales son de inferior jerarquía a las contenidas en la Ley de Protección al Consumidor 166

Sala de lo Contencioso Administrativo no está habilitada para desconocer la fuerza jurídica de las distintas fuentes normativas 167

Efecto restitutorio: dejar expedita a los ahorrantes la vía indemnizatoria y anulación del acto reclamado 168

Libertad de expresión 169

Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional 169

Prerrogativas atribuidas a los diputados propietarios para prevenir obstrucciones a la labor legislativa 169

Libertad económica 171

Definición 171

Manifestaciones y facultades 171

Derecho de propiedad 171

Licencias para operación de bancos y financieras 172

Superintendencia del Sistema Financiero es la única autoridad competente para autorizar sus operaciones en el país 172

Médicos residentes (becarios) 175

No son titulares del derecho a la estabilidad laboral una vez concluido el año para el cual han sido contratados 175

Medidas cautelares 176

Definición 176

Aclaración de los alcances y efectos de la medida cautelar decretada 177

Vinculación de las autoridades a las consecuencias jurídicas derivadas del pronunciamiento emitido en este tipo de procesos 179

Omisión de dar cumplimiento puede constituir un hecho delictivo 180

Recuento de votos correspondientes a la Elección de Diputados para la Asamblea Legislativa del departamento de San Salvador..... 180

Suspensión de la toma de posesión de los diputados para la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador 184

Configuración de las medidas cautelares de acuerdo a la jurisprudencia constitucional 186

Tribunal constitucional no es competente para determinar si debía o no ordenarse la devolución de bienes incautados..... 189

Secuestro no constituye un acto de carácter definitivo capaz de producir un agravio . 190

Ministerio de Salud..... 190

Autoridad rectora del sistema de salud..... 190

Sistema nacional de salud está obligado a supervisar el crecimiento y desarrollo adecuado de los niños y adolescentes 191

Directrices que emita en el marco de la aplicación del Programa Nacional de Salud son de carácter obligatorio..... 191

Omisión en la adopción de medidas necesarias para establecer seguridad y eficacia de medicamentos pone en riesgo derecho a la salud..... 192

Motivación de resolución 193

Contenido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... 193

Existencia de vulneración constitucional al realizarse una fundamentación contradictoria 194

Nulidad de despido previsto en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal..... 196

Inexistencia de trámite previsto en la ley para ejercer defensa 196

Errónea calificación del cargo de confianza..... 197

A partir del presente fallo debe considerarse la nulidad de despido regulada en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal una vía idónea y eficaz para subsanar eventuales lesiones de los derechos fundamentales de los servidores públicos municipales que hayan sido separados de sus cargos, sin la tramitación del proceso regulado en la aludida ley 199

Pensión por invalidez de adscritos al IPSFA 202

Régimen de aplicación en cuanto a pensiones 202

Procedimiento de para la concesión de dichas pensiones 204

Pensión o subsidio de carácter temporal de los derechohabientes 204

Finalidad del subsidio mensual y temporal por invalidez 205

Beneficio de créditos personales 205

Ley de Beneficio para la Protección de losLlisiados y Discapacitados a Consecuencia del Conflicto Armado 206

Salud de los miembros de la institución castrence 206

Retiro del servicio militar 207

Pensión por retiro, jubilación o vejez 211

Vejez 211

Servicio público de la seguridad social 212

Pensión por vejez 213

No debe confundírsele con un mecanismo en virtud del cual los sujetos puedan lucrarse 213

Pesca industrial 215

Conducta típica que el legislador sanciona como depredación de fauna 215

Disposición impugnada constituye una norma penal en blanco 215

Fases de la pesca 216

Áreas de reserva acuática 217

Disposición impugnada no advierte la existencia de una afectación a la libertad de empresa 218

Demandantes no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa impugnada 218

Planificación familiar (esterilización forzoda) 219

Dimensiones 219

Métodos 220

Consentimiento informado 220

Principio de autonomía y responsabilidad individual 221

Esterilización quirúrgica 222

Consentimiento informado de los niños y adolescentes 223

Personas infectadas de VIH no pueden ser obligados, presionados o inducidos a esterilizarse 226

Vulneración al derecho de autodeterminación reproductiva al esterilizar a una menor de edad que no goza de capacidad para dar su consentimiento 227

Toda autoridad profesional médico en el ámbito público privado deberá abstenerse de avalar o practicar cualquier procedimiento médico que prive definitivamente de su capacidad reproductiva a pacientes que no hayan alcanzado la mayoría de edad 229

Plazos para presentar medios impugnativos 231

Los establecidos en Ley del Servicio Civil deben ser computados en días hábiles 231

Vulneración a derechos constitucionales por error en el cómputo de los plazos para recurrir 232

Habilitación de la acción de daños y perjuicios directa contra los funcionarios 232

Principio de capacidad económica 233

Constituye presupuesto y límite de la tributación 233

Principio de jerarquía normativa 233

Ordenamiento jurídico asigna a cada fuente una fuerza determinada 233

Tiene como función determinar la invalidez de normas que contradicen lo establecido por otras normas superiores 234

Postulado de coherencia es una herramienta útil ante una posible colisión normativa 235

Principio de no confiscación 235

Debe asegurar a las personas naturales o jurídicas un mínimo exento de toda tributación 235

Principio de reserva de ley en materia tributaria 236

Finalidad 236

Principio non bis in idem 236

Alcance 236

Inexistencia de violación cuando se trata de una sanción penal y una sanción administrativa 237

Proceso de amparo 238

Requisitos 238

Recusación 238

Innecesario conocer sobre petición de recusación cuando se declara improcedente la demanda 238

Regulación de permisos sindicales por el pleno de la CSJ 239

Permisos sindicales 239

Acto regulatorio que organiza el ejercicio de los permisos sindicales 239

Calidad de directivo sindical no exime de las responsabilidades propias del cargo 243

Derechos adquiridos 243

Responsabilidad de los funcionarios públicos 244

El Estado responde subsidiariamente cuando el funcionario no puede asumir económicamente su responsabilidad personal 244

Procede la acción civil de indemnización por daños y perjuicios cuando la sentencia sea estimatoria, independientemente si es posible o no otorgar un efecto material 244

Estado y entes descentralizados pueden incurrir en responsabilidad por los actos regulatorios de carácter general y abstracto que produzcan daños de carácter material o moral 245

Salarios 248

Órdenes de descuento no constituyen una sanción y no requieren un procedimiento previo 248

Trato diferente se justifica únicamente cuando sujetos se encuentran en distintas condiciones 248

Empleador está obligado a demostrar criterios objetivos utilizados para diferenciación salarial 249

Seguridad social 249

Definición 249

Sentencia definitiva 250

Notificación por edicto no está permitida en los casos en que se cuente con la dirección donde realizar el acto de comunicación 250

Habilitación de la acción de daños y perjuicios directa contra los funcionarios 251

Sentencias contradictorias 252

Autoridad demandada emitió, el mismo día y a la misma hora, dos sentencias contradictorias sobre el mismo asunto, vulnerando derechos a la propiedad y a la seguridad jurídica de la sociedad peticionaria 252

Efecto restitutorio: invalidar ambas resoluciones y pronunciarse en sustitución de las dos resoluciones anuladas una nueva sentencia 255

Servicios públicos de telefonía 255

Empresas que prestan este servicio están obligadas a cumplir el reglamento de telecomunicaciones 255

Estado a través de la SIGET regula las tarifas básicas de telefonía fija y móvil 257

Obligación de adecuar sistemas contables de acuerdo a lo dispuesto a partir de la entrada en vigencia del reglamento 258

Guía de contabilidad regulatoria 259

Inexistencia de vulneración al derecho de libertad de empresa, en relación con el principio de reserva de ley 260

Titular de concesión para la prestación de un servicio público no goza de libertad de empresa absoluta 262

Marco regulatorio que rige la interconexión y acceso a recursos esenciales y asociados entre los operadores de redes de comunicación que prestan servicios de telefonía fija y móvil 263

Bucle de abonado 265

Interés público justifica la modulación en la libertad de contratación de las empresas dedicas a prestar servicios de telefonía 266

Inexistencia de vulneración a la libertad de contratación y al derecho de propiedad ... 267

Sistema público de pensiones 270

Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones 270

Sistema de ahorro para pensiones 271

Sistema de previsión social regulado en la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada 271

Condiciones que deben cumplir los afiliados al Sistema de Ahorro para Pensiones.... 272

Ausencia de violación al haber optado el pretensor voluntariamente por reincorporarse al IPSFA para gozar de cobertura provisional establecida en dicha ley..... 272

Sistemas o regímenes para acceder a los servicios de salud pública 275

Elementos esenciales que integran el ámbito de protección del derecho a la salud pública..... 275

Suspensión de afiliación al ISSS 275

Por inactividad de la empresa y simulación de la existencia de una relación laboral .. 275

Emisión de respuesta a la peticionaria sobre certificado provisional se realizó en tiempo razonable 279

Suspensión del ejercicio de la profesión médica 280

Consejo Superior de Salud Pública es el ente responsable de imponer sanciones..... 280

Resoluciones del Consejo Superior de Salud Pública pueden ser impugnadas vía contencioso administrativa..... 281

Responsabilidad que establece Código de Salud es independiente de responsabilidad derivada de proceso penal..... 282

Suspensión laboral sin goce de sueldo 283

Jurisdicción constitucional carece de competencia para revisar valoración probatoria que sirvió para su adopción 283

Jefes de servicio civil pueden aplicarla como medida cautelar..... 284

Tasas municipales a postes de tendido eléctrico, telefónico u otro servicio 285

Características propias y esenciales de las tasas 285

Infracción al principio de reserva de ley en materia tributaria..... 286

Habilitación de la acción de daños y perjuicios directamente contra los funcionarios responsables 288

Tasas municipales por el uso del suelo y del subsuelo 288

Cobro de tasa municipal por la extensión de licencias o autorizaciones para el uso de espacios públicos 288

Falta de habilitación para autorizar las actividades de construcción del Aeropuerto Internacional de El Salvador 289

Inexistencia de afectación al derecho a la propiedad de Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma 292

Disposición impugnada no debe ser aplicada a la demandante, pues no puede ser considerada sujeto pasivo del tributo en cuestión 293

Tribunal Supremo Electoral 293

Competencia de la Sala de lo Constitucional para realizar control de constitucionalidad de los actos emitidos, aun cuando su contenido sea de materia electoral 293

Voto razonado del Magistrado Presidente José Oscar Armando Pineda Navas 294

Medidas cautelares 294

Suspensión de la toma de posesión de los diputados para la Asamblea Legislativa por el departamento de San Salvador 294

Se debió adoptar una medida cautelar de menor incidencia, que a su vez garantice el cumplimiento de la resolución de esta sala 296

Hábeas Corpus

Actividades puras de investigación y actos urgentes de comprobación 299

Diferencia 299

Los actos iníciales de investigación carecen de cualquier pretensión probatoria en el juicio, porque no constituyen prueba 300

Requisitos para valorar prueba indiciaria 302

La única prueba válida para la destrucción de la presunción de inocencia es la practicada en el acto del juicio 302

Los reconocimientos en fotografías realizados en sede policial no podían figurar solos en la sentencia condenatoria, se vulneró el principio de legalidad, el derecho a la presunción de inocencia y de defensa 304

Captura en caso de notificaciones rojas de INTERPOL 305

Marco legal internacional 305

Requisitos necesarios para publicación de notificaciones rojas 306

No es exigible ni siquiera la existencia de una solicitud de extradición para publicar y hacer efectiva una notificación roja 307

Naturaleza de notificaciones rojas de INTERPOL 308

Inaceptable criterio sostenido por la Corte Plena 310

Cómputo de la pena 310

Facultad de los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena 310

Artículo 441-a Código Procesal Penal derogado el 2001, no constituía norma que pudiese aplicarse al beneficiado 312

Inexistencia de violación a seguridad jurídica, ya que disposición legal relativa a conversión de detención provisional perdió vigencia aproximadamente dos años antes de la firmeza de ambas sentencias 314

Declaratoria de rebeldía 314

Supuestos para declarar rebelde al inculpado 314

Defensa técnica 315

Contenido reconocido por el Tribunal Constitucional 315

Vulneración constitucional por no citar al defensor particular y celebrar audiencia con defensor público 316

Derecho a la integridad física y moral 318

Personas privadas de libertad en las bartolinas policiales 318

Vulneración al derecho a la integridad física, psíquica y moral al no haber realizar diligencias necesarias para el traslado del favorecido a un centro penal 320

Director General de la Policía Nacional Civil debe garantizar el respeto de los derechos de las personas que se encuentran en recintos policiales 321

Derecho a la protección jurisdiccional 322

Vulneración porque la autoridad judicial no garantizó la notificación al peticionario en un plazo breve 322

Derecho a recurrir 324

Categoría jurídica constitucional de naturaleza procesal..... 324

Contenido reconocido por el Tribunal Constitucional y vinculación con hábeas corpus de pronto despacho 324

Vulneración al no realizar audiencia en recurso de revisión de sentencia 325

Derechos de los internos..... 326

Normas de derecho internacional sobre la protección del derecho a la salud de las personas privadas de su libertad 326

Vulneración a los derechos de salud e integridad física de la favorecida por falta de atención médica..... 330

Derechos de los menores que se encuentran con sus madres en centros penitenciarios. 331

Hijos de mujeres privadas de libertad pueden ser sujetos de tutela..... 331

Autoridades penitenciarias deben tener en consideración marco jurídico que protege a la niñez..... 332

Autoridades penitenciarias deben velar porque, en especial, las madres y los hijos que viven dentro del centro penal, tengan acceso a agua en cantidades suficientes para beber y para satisfacer sus necesidades de higiene..... 334

Desaparición forzada en el conflicto armado 336

Jurisprudencia constitucional..... 336

Características de las desapariciones forzadas..... 337

Sala de lo Constitucional habilitada para analizar las pretensiones 338

Desapariciones forzadas de personas y específicamente de niños y niñas durante el conflicto armado en El Salvador 341

Flexibilidad probatoria que debe existir en los casos de desapariciones forzadas..... 343

Responsabilidad atribuida a la Fuerza Armada se mantiene vigente, debido a la permanencia en el tiempo de la desaparición y la desinformación al respecto 344

Estado debe facilitar el acceso de los familiares a la documentación bajo control oficial y asumir las tareas de investigación y corroboración de los hechos denunciados..... 345

Fiscalía debe realizar acciones pertinentes para determinar la situación material de los favorecidos 351

Cumplimiento de la sentencia sujeto a control posterior..... 353

Publicación con restricción respecto a los datos personales..... 353

Detención provisional en caso del sobreseimiento provisional..... 354

Autoridad judicial demandada, al no sustituir la medida cautelar de la detención provisional, cuando se impugnó la resolución de sobreseimiento provisional, actuó de forma contraria a lo regulado en el artículo 354 Pr.Pn..... 354

Detención provisional..... 356

Cumplimiento en un lugar que no tiene las condiciones necesarias para garantizar su integridad personal, vulnera derechos constitucionales 356

Efecto restitutorio: ordenar el inmediato traslado a un centro penitenciario y modificar la medida cautelar impuesta 360

Vulneración al no decretar mediante orden legal la prórroga de dicha privación de libertad 362

Intervención de telecomunicaciones..... 364

Valoración corresponde exclusivamente al juez penal competente..... 364

Pruebas obtenidas en una intervención telefónica, en la que se descubre o se origina la comisión de delitos conexos a los delitos investigados, se valorarán de conformidad a las reglas de la sana crítica..... 365

Jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena 367

Deben determinar la fecha en que se completará la totalidad de la pena..... 367

Por la fuga del privado de libertad, jueces se encuentran facultados para realizar rectificación de cómputo de la pena..... 367

Libertad condicional 368

Requisitos dispuestos por la ley para otorgar la libertad condicional 368

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos 369

Libertad condicional como forma de cumplimiento de la pena 370

Motivación de las resoluciones judiciales 370

Legislador está habilitado para constituir prohibiciones a la concesión de beneficios penitenciarios..... 371

Otorgamiento sujeto al cumplimiento de los supuestos legales 372

Vulneración constitucional al aplicar la normativa impugnada sin ejercer la debida motivación que justifique negar el beneficio 374

Efecto restitutorio: realizar una nueva audiencia en la que se decida la procedencia del beneficio de libertad condicional 376

Prescripción de la acción penal 376

Definición 376

Cómputo del plazo en caso de rebeldía del imputado, determinado en el Código Procesal Penal vigente 377

Sala no está habilitada para declarar prescrita una acción penal, pero si la licitud de un acto de restricción al derecho de libertad física 379

Reglas en cuanto a la interrupción de la prescripción en virtud de la declaratoria de rebeldía 379

Inobservancia del principio de retroactividad de la ley penal, al fundamentar las órdenes de captura en contra del incoado en un proceso cuya acción penal se encuentra prescrita 380

Principio de congruencia 381

Inobservancia genera violación constitucional 381

Recurso de apelación 384

Aspectos a tomar en consideración para determinar si la tardanza en la emisión de una respuesta es capaz de generar afectaciones a derechos fundamentales 384

La demora en la emisión de la resolución del recurso de apelación constituye un “plazo muerto” 384

Recurso de revisión 386

Inobservancia del principio de legalidad y vulnerado el derecho a recurrir, con incidencia en la libertad física del favorecido, al realizar la valoración de la prueba testimonial presentada, en una etapa previa a la dispuesta en la normativa 386

Retroactividad de la ley 389

En caso de conflicto de leyes en el tiempo, por derogatoria o modificación de una o varias normas, las autoridades deberán de aplicar la norma vigente al momento de resolver el asunto concreto 389

Vulneración del principio de legalidad, al omitir el análisis respecto a la legislación aplicable para determinar la pena que debe cumplir el imputado..... 391

Efecto restitutorio: proceder de inmediato a rectificar el cómputo de la pena tomando en cuenta los parámetros establecidos..... 393

Inconstitucionalidades

Actos de terrorismo 395

Las regulaciones actuales a nivel global y regional se enfocan primordialmente en regular aspectos específicos..... 395

Alcance aplicativo de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo 399

Uso de mecanismos para-jurídicos que impliquen negociaciones con criminales, son inadmisibles constitucionalmente..... 400

Pandillas son grupos terroristas..... 401

Diferencia entre grupos terroristas y otras formas de violencia político-social 402

Puede castigarse la mera pertenencia a una organización terrorista..... 403

Sobreabundancia de conceptos normativos de LECAT 405

Disposición penal con un elemento indeterminado, no desarrollado plenamente por el legislador es inconstitucional 406

Dolo radica en conocimiento y voluntad de participar en ocupaciones armadas 408

Inclusión de artículo 5 de la LECAT es admisible por la magnitud y repercusión que tiene acción sancionada 408

Figura regulada en inciso primero del art. 27 LECAT requiere comprobación judicial de la virtualidad o idoneidad de las conductas 409

Corresponde al juez penal valorar la relevancia del aporte delictivo en el ámbito de la determinación judicial de la pena..... 410

Inclusión de actos preparatorios en tipos penales debe ser excepcional..... 412

Régimen sancionatorio para actos preparatorios contenido en art. 31 de LECAT debe ser reajustado por legislador..... 413

Simulación de delitos contemplados en LECAT implica una clara afectación a la paz pública..... 414

Pena de prisión debe quedar reducida a mínimos imprescindibles de magnitud temporal 417

Aumento de pena de prisión no puede sobrepasar de ninguna manera los sesenta años como marco sancionatorio máximo..... 419

Incitación pública de actos de terrorismo..... 421

Exentas de responsabilidad penal expresiones ideológicas, políticas o de otra naturaleza que no supongan incitación directa a cometer un delito 423

Acuerdo Ministerial que violenta la reserva de ley 424

Principio de indelegabilidad de atribuciones..... 424

Atribuciones constitucionales y legales de los órganos de gobierno 425

Delegación administrativa interorgánica y delegación administrativa intraorgánica..... 425

La delegación puede operar únicamente entre unidades administrativas de un mismo órgano o entre un órgano del gobierno y un ente descentralizado..... 425

Acuerdo ministerial impugnado vulnera el principio de reserva de ley, funciones que delimitan el margen de actuación de un órgano o funcionario público solo pueden ser creadas por entidades con facultades normativas..... 426

Efecto restitutorio: ordena la expulsión del ordenamiento jurídico, es decir una declaración constitutiva con efectos equivalentes a la derogación 428

Apellidos de los hijos..... 429

Antecedentes de la preeminencia legal del apellido paterno en la formación del nombre de los hijos..... 429

Regulación sobre el apellido familiar no debe suponer ninguna forma de discriminación, jerarquía o subordinación, por motivo de sexo..... 430

Inexistencia de la inconstitucionalidad alegada 431

El legislador podrá disponer, en la respectiva ley secundaria, que las personas al obtener su mayoría de edad, opten por el apellido de su preferencia, en el orden que así decidan..... 431

Competencia de los jueces de menores 433

Exigencia de razonabilidad en la diferenciación 433

Especialidad de la justicia penal juvenil..... 433

Garantía del juez natural o juez predeterminado por la ley 435

Proceso penal constitucionalmente configurado..... 437

Imparcialidad del juez penal juvenil se garantiza con estructura del proceso establecido en Ley Penal Juvenil..... 437

Conocer de diferentes etapas procesales por un único juez no implica "toma de postura interesada"..... 439

Es la normativa aplicable la que define los alcances de la función jurisdiccional, y no la interpretación que los jueces efectúen de la misma 440

Contratación directa en la administración pública 442

Mecanismo excepcional de selección de contratistas 442

Debe regirse bajo los principios de transparencia y eficiencia 442

Contratación directa para adquirir medicamentos 443

Declaración mediante resguardo de identidad de la víctima..... 447

Forma excepcional a fin de salvaguardar su integridad personal no limita posibilidades de defensa 447

Uso de mecanismos tecnológicos por su carácter subsidiario debe estar motivado.... 449

Derechos de las mujeres detenidas 450

Orientación resocializadora debe prevalecer en la ejecución de la pena privativa de libertad 450

Autoridades penitenciarias deben enfocarse en solventar sus necesidades vitales respecto a su periodo de menstruación, embarazo y maternidad 451

Reintegración social..... 452

Disposiciones preconstitucionales 452

Debe constatarse si norma preconstitucional fue derogada por el artículo 249 de la Constitución de la República..... 452

Exclusión de cargos de la carrera judicial..... 453

Garantías institucionales..... 453

Finalidad de la carrera administrativa 454

Carrera judicial..... 454

Independencia funcional o interna de la jurisdicción..... 455

Garantía de la objetividad e igualdad de oportunidades..... 455

Garantía de fuero constitucional 456

Secretarios judiciales 456

Oficiales mayores..... 456

Carrera judicial establecida únicamente para garantizar a las personas con investidura jurisdiccional 457

Secretarios judiciales que se encuentren supliendo judicaturas pueden mantenerse de forma indefinida en el cargo y funciones, mientras no se nombre a los propietarios 458

Servidores públicos que no poseen investidura jurisdiccional poseen los derechos, deberes y prohibiciones establecidos en la Ley del Servicio Civil 459

No es competencia de la Sala de lo Constitucional establecer lineamientos exigibles para aspirantes a cargos de secretarías y oficialías..... 459

Igualdad jurídica de los cónyuges..... 459

Principio de igualdad..... 459

Equiparación en el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres 460

Reconocimiento y obligaciones..... 461

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 461

Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres..... 462

Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 462

Impuesto sobre la Renta..... 463

Monto del impuesto debe calcularse en base a la renta neta..... 463

Carácter progresivo y personal del impuesto debe ser respetuoso de la capacidad económica del contribuyente 463

Base imponible del tributo impugnado desconoce el criterio racional que fundamenta el principio de capacidad económica 465

Regulación del pago mínimo del impuesto sobre la renta contenida en el precepto impugnado, es incompatible con la equidad tributaria 466

Inconstitucionalidad por conexión 467

Efectos de la sentencia estimatoria de declaración de inconstitucionalidad de los artículos impugnados de la Ley del Impuesto Sobre la Renta 467

Inconstitucionalidad por omisión 468

Instrumento de protección reforzada 468

Consiste en un incumplimiento que exceda un plazo razonable y obstaculice aplicación eficaz de la Constitución 469

Mandatos constitucionales de legislar deben distinguirse de potestad genérica que corresponde a la Asamblea Legislativa 470

Indemnización por daños morales 470

Inconstitucionalidad por omisión 470

Daño como elemento necesario 472

Constitución establece un mandato explícito al legislador secundario 473

Requiere que el legislador desarrolle presupuestos necesarios para ejercer el derecho a la reparación por el daño moral 474

Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad ante una omisión legislativa 475

Independencia de los Miembros del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura 476

Principio de independencia partidaria en el ámbito electivo de los funcionarios 476

Estándares que configuran el régimen jurídico fundamental de la elección de funcionarios de legitimidad democrática derivada 477

Prohibición de la afiliación partidaria 477

Consejo Nacional de la Judicatura tiene una influencia relevante en el ejercicio del control político 478

Obligación de elegir únicamente a personas que no guarden ninguna relación obligacional de sujeción con los partidos políticos u otro ente público o privado 480

Órgano Legislativo incumplió el deber de verificar y documentar la independencia partidaria delcandidato al Consejo Nacional de la Judicatura 482

Inembargabilidad de las pensiones 484

Pensión, una de las prestaciones sociales vinculadas con el derecho fundamental de la seguridad social 484

Fondos de pensiones son un instrumento de ahorro que cumple función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social 486

Al establecer por ley una cuantía inembargable, se protege a la persona favorecida con la prestación social 486

Distinción hecha por el artículo 245 inciso final de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones contradice principio de igualdad, al generar una disminución en la esfera de protección frente a los embargos de los ingresos provenientes de pensiones 489

Ingreso a la carrera administrativa 490

Contenido reconocido por el tribunal constitucional 490

Principios de mérito y capacidad o aptitud son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad 491

Exclusión de trabajadores contratados con posterioridad al 31 de enero de 2009 de la carrera administrativa, es es inconstitucional por cuanto contradice el principio de igualdad 492

Inhabilitación para participar en procedimientos de contratación 495

Artículo 158 romano i, letra a) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública genera un doble castigo al contratista 495

Interés superior de la niñez 498

Criterio interpretativo decisivo para decisiones estatales que incidan en derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes 498

Efecto de trascendencia a terceros de la pena de prisión 499

Permanencia de los niños y niñas con sus madres privadas de libertad busca potenciar relaciones materno-filiales y pleno desarrollo de su personalidad 500

Contacto con sus hijos permite reinserción de la reclusa en su medio social 501

Sala de lo Constitucional es incompetente para determinar período de tiempo adecuado de permanencia de menores de edad con sus madres privadas de libertad 503

Intervención de telecomunicaciones 503

Secreto de las comunicaciones es garantía fundamental a los derechos de intimidad personal y privacidad 503

Presupuestos necesarios para romper limitación al secreto de las telecomunicaciones ... 504

Consentimiento expreso de la víctima puede otorgar licitud a los datos obtenidos..... 505

Intervenciones corporales..... 507

Definición 507

Leves y graves..... 508

Exclusividad jurisdiccional..... 509

Límite a la intervención corporal 510

Juicio ejecutivo..... 510

Mecanismo procesal creado para que las entidades bancarias recuperen ágilmente los fondos captados del público..... 510

Enumeración de excepciones condiciona la amplitud de la participación defensiva del ejecutado 512

Artículo 65 ordinal 2° de la Ley del Banco de Fomento Agropecuario transgrede principio de igualdad y debe entenderse derogado por el artículo 249 de la Constitución. 512

Junta de vecinos 517

Soberanía popular implica que la gestión de asuntos públicos afecta a la generalidad 517

Procesos electorales son el origen de la legitimación de los funcionarios públicos por elección..... 518

Derecho al sufragio..... 518

Derechos políticos como derechos de participación..... 519

Todo aquél que pretenda gobernar un municipio debe contar con legitimidad constitucional democrática directa 519

Derechos fundamentales como límites al poder normativo 521

Atribución de la Asamblea Legislativa de crear, fusionar e incorporar municipios debe respetar el derecho al sufragio..... 521

Gobierno local únicamente puede ejercerse por aquellos electos democráticamente. 522

Inconstitucionalidad del art. 21 inc. 2° del Código Municipal, por contemplar que la junta de vecinos administre el municipio, sin que sus miembros hayan sido electos popularmente 523

Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos 523

Principios del derecho penal son exigibles con las particularidades necesarias al ámbito administrativo sancionador..... 523

Postulados de una progresiva juridificación de la actividad sancionatoria de la administración..... 524

Libertad como categoría jurídica de rango fundamental..... 525

Tiempo como límite cuantitativo de las injerencias tolerables en la esfera jurídica de las personas..... 526

Respeto al principio de reserva de ley como garantía de libertad 527

Arresto no puede exceder el límite máximo de cinco días..... 527

Asamblea Legislativa debe adecuar la Ley para la Imposición del Arresto o Multa Adminstrativos, al límite máximo establecido en la Constitución..... 528

Leyes penales en blanco 528

Desventajas de la proliferación de estatutos punitivos 528

Distinción entre leyes penales en blanco en sentido estricto y leyes penales en blanco al revés 529

Exigencias en la configuración de la ley penal aplicables al derecho administrativo sancionador 530

Licitación pública 530

Instaurada por el constituyente como regla general de contratación de la administración pública 530

Principios del proceso licitatorio..... 532

Bases de licitación 533

Multa regulada en la Ley de la Carrera Docente..... 534

Salario mínimo vigente parámetro para imponer sanciones responde a intereses de conveniencia práctica 534

Inconstitucionalidad de la multa que hace referencia a “salarios mínimos urbano mensuales” 535

Multas administrativas aplicadas por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales 536

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que el denominado principio de legalidad es una derivación conceptual de la seguridad jurídica 536

Dosimetría de la pena 540

La categoría del salario mínimo diario urbano para la ciudad de San Salvador no ha sido previsto por el ordenamiento jurídico 542

El art. 89 LMA es inconstitucional por la infracción al principio de legalidad 543

Normas pre constitucionales 545

Inserción de la constitución en el ordenamiento preconstituido..... 545

Organismos electorales temporales..... 547

Contribuyen a la legalidad, legitimación, transparencia y credibilidad de los comicios 547

Los partidos políticos tienen la facultad de proponer a las personas para conformar los organismos temporales, esto no significa que deban ser afiliadas o simpatizantes de los mismos 548

Ciudadanización del sistema electoral en relación con los organismos electorales temporales 551

Elección del quinto miembro de los organismos electorales 553

Efectos de la sentencia: Órgano Legislativo está obligado a realizar adecuación de legislación electoral..... 556

Poder coercitivo, ejercicio..... 557

Se encuentra sujeto a los condicionamientos exigibles a cualquier actuación administrativa 557

Principio de autonomía de la víctima 561

Derechos de información, asistencia, protección, reparación y participación..... 561

Derecho a la intervención procesal..... 562

Derecho de acceso o intervención de la víctima al proceso penal 563

Derecho a la reparación..... 563

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder 563

Servicios especializados y de apoyo a las victimas..... 566

Principio de igualdad 567

Contenido reconocido por el Tribunal Constitucional 567

Obliga al legislador a no establecer normas que impliquen restricciones basadas en diferencias, que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad 567

Requiere que se supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada por el legislador, el resultado producido y la finalidad pretendida 568

Obligaciones derivadas de su aplicación 569

Incide en el legislador para que no establezca normas que impliquen restricciones en el goce de los derechos basadas en diferencias que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad 570

No siempre implica un idéntico trato legal ante elementos diferenciadores de relevancia jurídica 570

Principio de preclusión 571

Vencimiento del plazo 571

Principio *non bis in idem* 572

Contenido reconocido por la jurisprudencia del tribunal constitucional salvadoreño.... 572

Características distintivas 573

Prohíbe que la misma autoridad o autoridades del mismo orden, por distintos procedimientos, juzguen y sancionen repetidamente una misma conducta..... 574

Prisión por deudas 575

Tipos de restricciones de libertad permitidos en la Constitución 575

Penas prohibidas por la Constitución de la República..... 577

Omisión de pago de fondo de vialidad por tratarse de un tributo no conlleva responsabilidad penal 578

Término apremio a que se refiere el artículo 4 de la Ley de Vialidad no puede interpretarse como privación de libertad 579

Procedimiento administrativo sancionador simplificado..... 579

Manifestación del principio constitucional de eficacia..... 579

Inexistencia de inconstitucionalidad al establecerse mecanismo para retornar al trámite ordinario 581

Simplificación no dispensa a la administración la carga de probar la culpabilidad del supuesto infractor 582

Procedimiento administrativo sancionador 583

Conjunto de entidades estatales encargadas de las funciones de ejecución y gestión de la cosa pública 583

Artículo 14 de la Constitución habilita potestad sancionatoria 583

Aplicación de principios y garantías que rigen en el ámbito de la legislación penal es igualmente exigible en el derecho administrativo sancionador 584

Proceso de inconstitucionalidad 586

Objeto y parámetro de control de constitucionalidad 586

Tramitación y normal conclusión están condicionadas por la existencia del objeto de control 586

Procesos sancionadores regulados en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República 588

Exigencia del cumplimiento de los principios y el respeto de los derechos que conforman el proceso constitucionalmente configurado 588

Relaciones de supremacía especial en el ámbito administrativo 588

Ejercicio del poder administrativo sancionador no puede convertirse en el ejercicio de un poder arbitrario 589

Derecho de defensa técnica 590

Consecuencias sustanciales que se producen de la garantía de la defensa técnica ... 591

Exigencia de la defensa técnica no esta circunscrita únicamente al proceso penal 591

Disposiciones impugnadas restringen el uso del derecho a la defensa técnica 591

Puertos de propiedad privada 593

Uso común y privativo de los bienes del Estado 593

Explotación de un bien 593

Régimen constitucional de explotación de los bienes de uso público 594

Definición de concesión 595

Definición y requisitos de concesión demanial y de obra pública 595

Definición de puerto 596

Puertos no pueden ser objeto de apropiación privada por estar destinados al uso común 597

Gestión de la actividad portuaria es un servicio público, deberá cumplir con ciertas obligaciones y observar los principios que rigen la prestación de los servicios públicos 598

Puertos deben tener estructuras cimentadas en bienes de uso público..... 600

Puertos son sujetos al régimen de explotación de los bienes de uso público 600

Condiciones de concesión de los puertos..... 601

Proyecto de concesión debe propiciar el cumplimiento de la preservación integral del ambiente 602

Autoridades administrativas deben establecer las bases de la concesión 604

La existencia de puertos de propiedad privada y su explotación no puede ser autorizada por un ente administrativo..... 604

Inconstitucionalidad por conexión..... 605

Explotación portuaria debe cumplir con los respectivos controles aduaneros, migratorios y preservación del medio ambiente..... 608

Reserva de ley 608

Contenido de los derechos fundamentales..... 608

Derecho a la libertad económica..... 610

Vulneración por parte del municipio restringiendo el derecho a la libertad económica, sobrepasando su competencia reguladora..... 611

Normativa nacional no incluye prohibiciones absolutas a las actividades contaminantes, pero, reconoce un modelo de control y supervisión de manera expresa..... 612

Selección de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia por el Consejo Nacional de la Judicatura..... 613

Derecho de acceso a la información pública 613

Obligados a cerciorarse y documentar cumplimiento de condiciones establecidas en la Constitución para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia 614

Criterios exigibles constitucionalmente para evaluar competencia e idoneidad de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia..... 615

Elección de posibles candidatos debe ser producto de un proceso deliberativo y debidamente documentado 615

Pleno debe considerar exigencia constitucional relativa a representación de diferentes corrientes del pensamiento jurídico 616

Deliberación y votación debe ser pública..... 618

Votación secreta no constituye obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la información por no ser un método para decidir..... 619

Deber constitucional de motivar propuesta de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia..... 620

Soberanía nacional..... 621

Estados ya no pueden ejercer su actividad aisladamente de la comunidad internacional 621

Principios que rigen aplicación de la ley penal en el espacio 623

Actividades internacionales de indagación de actos de terrorismo no constituyen una lesión a la soberanía nacional 624

Subasta de frecuencias del espectro radioeléctrico..... 626

Diferencias sustanciales del servicio de telefonía que utiliza el espectro radioeléctrico, con respecto a otros operadores de medios de comunicación..... 626

Espectro radioeléctrico, concepto fundamental en materia de telecomunicaciones..... 627

Bandas de frecuencias 628

Dominio público radioeléctrico, clasificación por utilización..... 628

Modulación de las frecuencias 628

Ancho de banda..... 629

Espectro radioeléctrico se caracteriza por ser un bien demanial..... 630

Procedimientos para ser adjudicatario de los títulos habilitantes de explotación del espectro radioeléctrico..... 630

Modelos o mecanismos que se utilizan a nivel internacional para la asignación del espectro radioeléctrico..... 631

Tipos de subastas 632

Mecanismo o procedimiento de concurso 632

Organismos reguladores encargados del sector comunicaciones 633

Mecanismo de sorteo 633

Mecanismos de la Ley de Telecomunicaciones 634

Procedimiento para ser concesionario de una frecuencia del espectro radioeléctrico . 634

Principios que se deben observar en la subasta pública 635

Proceso de subasta sujeto a las fuerzas competitivas del mercado 636

Pluralismo informativo 637

El ejercicio del derecho fundamental de fundar medios de comunicación masiva, que utilizan el espectro electromagnético, no es absoluto 638

Subasta no constituye el único mecanismo de asignación del espectro radioeléctrico, por lo que este tribunal advierte que existe una infracción al principio de proporcionalidad 640

Duración de las concesiones 641

Inconstitucionalidad en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma, puesto que no se trata de una imposición del legislador, sino de una facultad de la administración 641

Disposición impugnada no vulnera por acto reflejo el artículo 144 inciso segundo de la Constitución, en relación con la libertad de expresión 644

Disposición impugnada no vulnera la Constitución, respecto a los monopolios y a la estipulación de plazos y condiciones de las concesiones 647

Tasas municipales por emisión de licencias para operación de bancos y financieras .. 654

Superintendencia del Sistema Financiero es la única autoridad competente para emitir autorización a bancos para que inicien sus operaciones en el país 654

Televisión digital terrestre 657

Aplicación 657

Tipicidad del derecho administrativo sancionador 658

Principio de tipicidad 658

Alcance del mandato de taxatividad en materia penal..... 659

Jurisprudencia interamericana sobre las normas sancionadoras..... 659

El tipo de la infracción debe contener en su texto una descripción efectiva..... 660

Incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales..... 660

El art. 42 letra e) Ley de Protección al Consumidor contiene una remisión normativa difusa o excesivamente indeterminada, se declara inconstitucional..... 661

Tipicidad en materia penal, exigencia de la taxatividad..... 662

Taxatividad, elemento integrante elemento integrante del principio de legalidad penal 662

Alcance del mandato de taxatividad 663

Jurisprudencia sobre la exigencia de la taxatividad..... 664

Alcances y límites del principio de legalidad en materia de tipificación de conductas delictivas 665

Criterios para decidir si la formulación legal de un delito es suficientemente precisa .. 665

Exigencias particulares sobre la actividad jurisdiccional de interpretación de los tipos penales o sancionadores..... 667

Conducta descrita como agresiones sexuales en el tipo penal impugnado, está formulado mediante un concepto valorativo, cuyo significado es determinable, por tanto no existe la inconstitucionalidad alegada..... 668

Voto razonado del Magistrado Presidente José Oscar Armando Pineda Navas..... 670

Organismos electorales temporales..... 670

La pretensión constitucional se delimitó sobre la forma de elegir al quinto miembro de los organismos y no sobre aspectos cualitativos que deben reunir todos los miembros de dichos organismos, configurándose una pretensión distinta a la planteada en la demanda. 670

Normas constitucionales no pueden jerarquizarse en abstracto 673