

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**



**EL TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE  
LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, APLICADO AL PROCESO  
DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

**PRESENTAN:**

**AMAYA GUERRERO, CLAUDIA GABRIELA**

**FUENTES MARQUINA, FLOR LETICIA**

**MARTÍNEZ FERMÁN, JESSICA PATRICIA**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE:  
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

**DOCENTE ASESOR:**

**Dr. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO**

**ENERO 2020 CIUDAD  
UNIVERSITARIA ORIENTAL  
SAN MIGUEL EL SALVADOR CENTROAMÉRICA.**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**AUTORIDADES**

**MCS. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO**

**RECTOR**

**DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ**

**VICERECTOR ACADEMICO**

**ING. JUAN ROSA QUINTANILLA**

**VICERECTOR ADMINISTRATIVO**

**ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL**

**SECRETARIO GENERAL**

**LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN**

**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

**AUTORIDADES**

**LIC. CRISTOBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ**

**DECANO.**

**LIC. ÓSCAR VILLALOBOS**

**VICE-DECANO.**

**LIC. ISRAEL LOPÉZ MIRANDA**

**SECRETARIO EN FUNCIONES.**

**MTRO. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA.**

**DIRECTOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN.**

**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**

**AUTORIDADES:**

**LIC. JOSÉ PEDRO CRUZ CRUZ**

**JEFE DE DEPARTAMENTO EN FUNCIONES**

**LIC. RAFAEL ANTONIO ANDRADE POLÍO**

**COORDINADOR GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN**

**DR. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO**

**DIRECTOR DE CONTENIDO**

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA**

**ASESOR METODOLÓGICO**

## **AGRADECIMIENTOS**

*A Dios, por sostener mi mano durante toda mi formación académica, por llenarme de entendimiento y sabiduría, para finalizar con éxito mi carrera profesional.*

*A mi madre, por su entrega total, por creer siempre en mí y en mis sueños, gracias por acompañarme en este largo camino, por brindarme tu amor y compañía siempre; has sido mi motor en cada etapa de mi vida.*

*A mi padre por su apoyo y amor incondicional. Y a mis hermanos, que han sido unos grandes compañeros de vida, le doy gracias a Dios por haberme permitido compartir mi vida a lado de ustedes.*

*Especialmente a nuestro docente asesor Dr. Edwin Godofredo Valladares Portillo, por creer en nosotras como equipo, por orientarnos en este camino y por inspirarnos a ser siempre mejor. Asimismo, quiero agradecer a mis compañeras de tesis, a pesar de las dificultades permanecemos unidas y logramos trabajar siempre en equipo; ha sido muy grato compartir este proceso con ustedes.*

*A todas aquellas personas e instituciones que han sido parte de esta experiencia, por su apoyo para la realización de esta tesis y por haber enriquecido nuestros conocimientos.*

***Claudia Gabriela Amaya Guerrero***

## **AGRADECIMIENTOS**

*Quiero agradecer en primer lugar a Dios, por guiarme a lo largo de este proceso académico, y fortalecerme espiritualmente para empezar un camino lleno de éxito.*

*Así, quiero mostrar mi gratitud a todas aquellas personas que estuvieron presentes en la realización de esta meta, de este sueño que es tan importante para mí, creyendo y fortaleciendo mis deseos de superación profesional con sus palabras motivadoras, sus conocimientos, sus consejos y su dedicación.*

*Expreso mis más sinceros agradecimientos a mi asesor de proceso de grado, quien con su conocimiento y su guía fue una pieza clave para desarrollar una serie de hechos que fueron imprescindibles para cada etapa de desarrollo del trabajo.*

*Así mismo, agradezco a la base todo, a mi familia, quienes han sido el motor de arranque y mi constante motivación, muchas gracias por su paciencia y comprensión, y sobre todo por su amor.*

***Jessica Patricia Martínez Fermán***

## **AGRADECIMIENTOS**

*Agradezco infinitamente a Dios todopoderoso, por ser providente en mi vida, por permitirme fuerza, fe y confianza en este proceso de formación, por siempre ser ese pilar espiritual que me permite perseverar constantemente y vencer las adversidades, y a María Santísima, por su intercesión, su amparo y por guiar mis pasos en cada momento de mi vida.*

*A mis padres José Fuentes y Paula Marquina, a quienes les guardo gratitud, respeto y admiración, definitivamente son el motor de mi vida, mi motivación, han sido mi soporte en los momentos de debilidad y en los de fortaleza en mi carrera, son mi gran tesoro. A mi hermana Beatriz Fuentes, por apoyarme, aconsejarme y siempre impulsarme a seguir adelante, mi compañera en las luchas.*

*A mi primo Geovanni Flores, por apoyarme de manera incondicional, por ser un gran ejemplo de perseverancia y resistencia, infinitas gracias. A mis familiares y amigos, por su cariño y apoyo emocional, por estar pendientes del proceso y tener la confianza en mí, y de manera especial a Juan Carlos Bonilla, por creer siempre en mí, motivarme y ser esa energía positiva y soporte en los momentos de dificultad y de felicidad.*

*A nuestro asesor de contenido, Dr. Edwin Valladares, por instruirnos, comprendernos y estar dispuesto a ayudar en toda la investigación; y de igual manera a mi equipo de tesis, que, pese a las dificultades, trabajamos con el mismo fin.*

*Dedico este trabajo de graduación, a la memoria de mi abuelita Paulina Guevara, a quien le guardo profundo amor, y de quien conservo los mejores recuerdos de superación, educación y valores espirituales. Consciente estoy que sus oraciones siguen conmigo, y que desde el cielo está muy orgullosa de lo logrado hasta hoy.*

***Flor Leticia Fuentes Marquina***

## INDICE

RESUMEN .....	i
INTRODUCCIÓN. ....	iii
CAPITULO I .....	1
SITUACION PROBLEMATICA .....	1
1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ....	1
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA. ....	1
1.2 ENUNCIADOS.....	7
1.2.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL.....	7
1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	7
1.3 JUSTIFICACIÓN. ....	8
CAPITULO II ESQUEMA ESTRUCTURAL DEL TEST DE IGUALDAD.....	11
2.1 BASE HISTÓRICA. ....	11
2.1.1 SURGIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD..	11
2.1.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. ....	13
2.1.2.1 ORIGEN DE IGUALDAD ANTE LA LEY O IGUALDAD FORMAL.	14
2.1.2.2 ORIGEN DE IGUALDAD MATERIAL O REAL .....	15
2.1.2.3 ORIGEN DE IGUALDAD EN LA LEY.....	17
2.1.3 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL TEST DE IGUALDAD.....	18
2.1.3.1 ÁMBITO INTERNACIONAL.....	19
2.1.3.1.1 MODELO AMERICANO.....	19
2.1.3.1.2 MODELO EUROPEO.....	20
2.1.3.1.3 MODELO COLOMBIANO O INTEGRADO.....	21
2.1.3.2 ÁMBITO NACIONAL.....	22
2.2 BASE DOCTRINARIA.....	25
2.2.1 DOCTRINA CLÁSICA DEL CONSTITUCIONALISMO.....	25
2.2.1.1 LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO JURÍDICO DESDE LA DOCTRINA CLÁSICA.....	25
2.2.2 DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.....	27
2.2.2.1 LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO DESDE LA DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. ....	28
2.2.2.2 LA IGUALDAD COMO DERECHO DESDE LA DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. ....	30
2.2.3 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.....	32

<b>2.3 BASE TEÓRICA. ....</b>	<b>35</b>
<b>2.3.1. TEORÍA POSITIVISTA. ....</b>	<b>35</b>
<b>2.3.1.1 CRITICAS A ESTA TEORÍA.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.2 TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA .....</b>	<b>38</b>
<b>2.3.2.1 CRITICAS A LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA.....</b>	<b>39</b>
<b>2.3.3 TEORÍA POSTPOSITIVISTA.....</b>	<b>40</b>
<b>2.3.3.1 MODIFICACIONES AL POSITIVISMO. ....</b>	<b>43</b>
<b>2.3.4 DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO, VALOR Y DERECHO. ....</b>	<b>45</b>
<b>2.3.4.1 LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO .....</b>	<b>45</b>
<b>2.3.4.2 LA IGUALDAD COMO VALOR.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3.4.3 LA IGUALDAD COMO DERECHO.....</b>	<b>46</b>
 <b>CAPITULO III</b>	
<b>TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. ....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2.1 DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. ....</b>	<b>49</b>
<b>3.2.2 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR. ....</b>	<b>50</b>
<b>3.2.3 ATRIBUCIONES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR. ....</b>	<b>50</b>
<b>3.3 LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>52</b>
<b>3.3.1 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>52</b>
<b>3.4 JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEST DE IGUALDAD.....</b>	<b>56</b>
<b>3.4.1 APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DEL PERIODO 2009-2018.....</b>	<b>57</b>
<b>3.4.1.1 INCONSTITUCIONALIDAD 34-2012.....</b>	<b>57</b>
<b>3.4.1.2 INCONSTITUCIONALIDAD 15-2014.....</b>	<b>59</b>
<b>3.4.1.3 INCONSTITUCIONALIDAD 44-2015.....</b>	<b>61</b>
<b>3.4.1.4 INCONSTITUCIONALIDAD 66-2016.....</b>	<b>63</b>
<b>3.4.1.5 INCONSTITUCIONALIDAD 23-2018.....</b>	<b>65</b>
<b>3.4.1.6 INCONSTITUCIONALIDAD 35-2018.....</b>	<b>67</b>
<b>3.4.1.7 ANALISIS CRITICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR. ....</b>	<b>70</b>
<b>3.5 CONTENIDO MATERIAL DE LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>72</b>

<b>3.6 ESTRUCTURA DE LOS TEST DE IGUALDAD EUROPEO, AMERICANO Y COLOMBIANO.....</b>	<b>75</b>
3.6.1 ESTRUCTURA DEL TEST AMERICANO (RAZONABILIDAD).....	75
3.6.2 ESTRUCTURA DEL TEST EUROPEO (PROPORCIONALIDAD).....	78
3.6.3 ESTRUCTURA DEL TEST COLOMBIANO (INTEGRADO).....	80
<b>3.7 DIFERENCIAS ENTRE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.....</b>	<b>82</b>
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.</b>	<b>83</b>
<b>4.1 SISTEMA DE HIPOTESIS .....</b>	<b>83</b>
4.1.1 HIPÓTESIS GENERALES .....	83
4.1.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	83
4.1.3 OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS.....	84
<b>4.2 DISEÑO METODOLOGICO. ....</b>	<b>90</b>
4.2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN. ....	90
4.2.2 POBLACIÓN. ....	90
4.2.3 MUESTRA .....	91
<b>4.3 METODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>91</b>
4.3.1 MÉTODOS .....	91
4.3.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN .....	92
4.3.2.1 TÉCNICAS DOCUMENTALES .....	93
4.3.2.2 TÉCNICAS DE CAMPO .....	93
4.3.3 INSTRUMENTOS .....	94
<b>4.4 RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>94</b>
4.4.1 RESULTADOS DE LA ENCUESTAS A ESTUDIANTES.....	95
4.4.2 RESULTADOS DE LA ENCUESTAS A ABOGADOS. ....	105
4.4.3 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS A DOCENTES. ....	116
4.4.4 RESULTADOS DE ENTREVISTAS DE ESPECIALISTAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL. ....	127
4.5.1 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA FUNDAMENTAL.....	177
4.5.2 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N°1....	179
4.5.3 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N°2.....	180
4.5.4 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N°3.....	182
4.5.5 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N° 4...	183
<b>5.0 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>185</b>
<b>5.1 CONCLUSIONES.....</b>	<b>185</b>
5.1.1 CONCLUSIONES JURÍDICAS.....	187

5.1.2 CONCLUSIONES TEORICA – DOCTRINARIAS.....	188
5.1.3 CONCLUSIONES GENERALES.....	191
5.2 RECOMENDACIONES .....	192
5.2.1 RECOMENDACIONES A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL, DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES. ....	192
5.2.2 RECOMENDACIONES A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. ....	194
5.2.3 RECOMENDACIONES A LA COMUNIDAD JURIDICA SALVADOREÑA .....	195
BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....	197
JURISPRUDENCIA .....	199
ANEXOS .....	200

## RESUMEN

El equipo investigador ha tomado a bien realizar un estudio del tema: “El Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, aplicado al Proceso de Inconstitucionalidad”, ya que es un tema que carece de estudio en El Salvador, por lo que existe un déficit cultural en la comunidad jurídica, y es, de gran trascendencia en el tratamiento de la igualdad como principio y derecho fundamental, en los diferentes ámbitos materiales en los que se proyecta, desde parámetros constitucionales. Tanto la doctrina como los aplicadores del derecho, saben que las exigencias del principio constitucional de igualdad permean hoy en día la elaboración de leyes y aplicación del derecho<sup>1</sup>; es por ello, que se ha construido el denominado test de igualdad, mediante el cual se efectúa un análisis de orden procedimental que permite al juzgador afirmar si, respecto de una norma sometida a control o una situación a la que se imputa irrazonable desigualdad, hay trato igualitario o trato desigual.

Este es un test cuya finalidad consiste en establecer si existe o no en la disposición impugnada una justificación para el trato desigual brindado a los sujetos o situaciones jurídicas comparadas<sup>2</sup>; frente a éste dilema la Sala de lo Constitucional de El Salvador, realiza un análisis de la estructura de idoneidad, necesidad y proporcionalidad plasmada en los diferentes modelos de test de igualdad (americano, europeo e integrado). En relación con lo afirmado, el objetivo del ciudadano al presentar una demanda de inconstitucionalidad siempre debe ser, argumentar racionalmente que un sujeto o situación jurídica, ubicados en una categoría menos beneficiada por el trato legal, es igual o similar a otros cuya regulación normativa le depara una situación más ventajosa, esta regulación o supuesto es el término de comparación, para que, el actor establezca un trato diferenciador carente de razonabilidad.

---

<sup>1</sup> Giménez Gluck, David, 2004, Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional, Editorial Bosch, S.A., Barcelona.

<sup>2</sup> Inconstitucionalidad 5-2016, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 25 de enero 2016.

En síntesis, el objeto del presente trabajo se va ceñir a un análisis, apoyado en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre las manifestaciones del principio de igualdad formal y material proclamado en la Constitución de la República El Salvador.

## INTRODUCCIÓN.

El Test de Igualdad en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, aplicado a los procesos de inconstitucionalidad, opera como una herramienta de análisis metodológica, utilizada para resolver casos en los que se presenta discriminación o beneficios injustificados hacia un sector determinado de la población, pues, este Test, y los pasos que el mismo representa, identifican un análisis de orden procedimental que ha de permitir al juzgador afirmar si respecto de una norma sometida a control, o una situación a la que se imputa irrazonable desigualdad, hay trato igualitario o trato desigual.

La Sala de lo Constitucional al hacer uso de esta herramienta metodológica busca solucionar controversias que se suscitan en torno al derecho a la igualdad de forma lógica, coherente y equitativa, garantizando los derechos fundamentales de la población. Debido al objeto de aplicación del Test es que surge el interés de investigar acerca de la efectividad que puede llegar a tener el Test de Igualdad a la hora de proteger otros derechos fundamentales, mediante su aplicación cuando se vea vulnerado el derecho a la igualdad como principio, según se establece en el artículo 3 Inc. 1º de la Constitución de la República.

Esta herramienta se investiga a la luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, constituida en el periodo 2008-2019, para poder conocer el ámbito de aplicación del mismo, ya que actualmente la Sala de lo Constitucional aplica escrutinios de los dos modelos de Test de Igualdad a la hora de resolver, (el Americano y Europeo), y en esa medida compara y aplica el que mejor garantice la igualdad en el caso concreto, con esto hacemos referencia a una indeterminación del modelo del Test de Igualdad que se aplica en los procesos de inconstitucionalidad, ya que, la Sala no ha adoptado un modelo en específico a la fecha; sin embargo, sus resoluciones actuales se orientan a la adopción de un Test de Igualdad integrado; dicha indeterminación constituye uno de los puntos de investigación, debido a que desde algunos puntos de vista es considerado un problema por el déficit cultural que la comunidad jurídica presenta

referente al tema objeto de estudio; tal es el caso, que los profesionales del Derecho en su mayoría, desconocen la utilidad del Test de Igualdad, y no solamente de él, sino también de las exigencias que la Sala tiene para que un ciudadano pueda plantear un proceso de inconstitucionalidad que ostente una desigualdad real en torno al principio de igualdad y la esfera de los derechos fundamentales.

Debido a los problemas de cultura constitucional que la comunidad jurídica adolece en la actualidad y que repercuten en la ciudadanía en general al momento de acceder a la justicia constitucional y plantear situaciones en las cuales se vea vulnerado el derecho a la igualdad como principio y, por ende, diversos derechos fundamentales, es de suma importancia en esta investigación lograr determinar los factores que generan tal problemática; así mismo, dar a conocer la utilidad del Test de Igualdad en los procesos de inconstitucionalidad, y las exigencias que la Sala de los Constitucional mantiene para poder accionar constitucionalmente en la tutela efectiva de los atributos de la persona humana en torno al derecho a la igualdad como principio constitucional.

Por otra parte, más allá del aporte a la comunidad jurídica en general, respecto al tema que se investiga, se indaga con la finalidad de poder conocer de cerca las principales problemáticas, dar a conocerlas, plantear posibles soluciones que ayuden a contrarrestar el déficit cultural existente, así también, dar a conocer los medios adecuados para que los derechos fundamentales no se vean limitados debido al desconocimiento de las herramientas legales para poder exigir que se respeten. En este sentido, es que el contenido de la tesis se encuentra desarrollado a lo largo de cinco capítulos; el primero de ellos contiene la situación problemática, dentro del cual se destacan una serie de causas que producen el problema por el cual se investiga el tema en estudio, asimismo, contiene la justificación que consiste prácticamente en que es lo que pretendemos con la investigación y los beneficios proporcionados con ella.

El segundo capítulo denominado “Esquema Estructural del Test de

Igualdad” está compuesto por en tres partes: primera, base histórica, este contiene el surgimiento del derecho fundamental a la igualdad, el origen y evolución del principio de igualdad y lo que se deriva de este principio y el origen del Test de Igualdad y sus modelos a nivel internacional y nacional. Segunda, base doctrinaria, está compuesta por la doctrina clásica del constitucionalismo, la doctrina del constitucionalismo contemporáneo y el principio de igualdad a través de la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador. Tercera, la base teórica, que está integrada por la teoría positivista, neoconstitucionalista y postpositivista, cerrando este capítulo con una definición conceptual de la igualdad como principio, valor y derecho.

El tercer capítulo titulado “El Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional”, este contiene la naturaleza jurídica del derecho fundamental a la igualdad y el principio de igualdad, la Constitución de la Republica de El Salvador de la cual se desarrollan los derechos fundamentales, el principio de igualdad y las atribuciones de la Sala de lo Constitucional, la Ley de Procedimientos Constitucionales y el Proceso de Inconstitucionalidad, la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el Test de Igualdad y su aplicación en el periodo 2009-2018, contiene asimismo, un análisis críticos de dicha Jurisprudencia, el contenido material de la igualdad como derecho fundamental y finalmente, la estructura de los Test de Igualdad Europeo, Americano y Colombiano, y las diferencias existentes entre estos.

El cuarto capítulo se denomina “Presentación, Descripción e Interpretación de Resultados”, de una manera sucinta este se integra por un sistema de hipótesis, operacionalización de las hipótesis, diseño metodológico, la población y la muestra, los métodos, técnicas e instrumentos de investigación utilizados en esta etapa del trabajo, los resultados de la investigación tanto de las encuestas como de las entrevistas y finalmente la propuesta de solución al problema. Por último, el capítulo quinto que contiene las conclusiones y recomendaciones que van dirigidas a ciertos entes y en diferentes áreas.

## **CAPITULO I**

### **SITUACION PROBLEMATICA**

#### **1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

##### **1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.**

El test de igualdad surge con la necesidad de garantizar eficazmente el Derecho a la igualdad, que es considerado como un derecho y principio especial, que merece tener medidas de protección exclusivas para su defensa; auxiliándose para tal fin de la razonabilidad y de la proporcionalidad dentro de los escrutinios que conforman la estructura del referido test. Existen en la actualidad tres test, que se encargan de resolver controversias entorno al derecho fundamental a la igualdad; el test americano, el test europeo, y el test integrado o colombiano.

El primero en surgir fue el test americano, su punto de partida lo marcó la la sentencia “Brown de 1954”; sin embargo, pasaron algunos años para que se llegara a articular técnicamente el test de constitucionalidad en materia de igualdad. Se establecieron tres niveles, que aún se mantienen, en la valoración jurídico-constitucional de las normas que podían vulnerar la *equal protection clause* o lo denominado como demanda de leyes iguales, de modo que cuando el criterio de diferenciación empleado por el legislador resulte particularmente delicado se abandona el test de mera racionalidad y se incrementa el nivel de exigencia que la Corte requiere para admitir la constitucionalidad de la norma. Posteriormente, surge el test europeo denominado test de proporcionalidad y consiste en la superación de tres subprincipios, que requieren un análisis de su concreta aplicación y que suponen un enjuiciamiento desde tres puntos de vista diferentes y escalonados; idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

En nuestro país la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sostenido que la igualdad puede proyectarse como principio constitucional y derecho fundamental. Al respecto, se ha manifestado que, en virtud del

principio de igualdad, el Estado en sus actividades de aplicación, creación y ejecución de la ley, está obligado a garantizar a todas las personas, en condiciones similares, un trato equivalente. Con relación al principio de igualdad la Sala ha sostenido, que este busca garantizar a los iguales el goce de los mismos beneficios (equiparación) y a los desiguales diferentes beneficios (diferenciación justificada), como principio constitucional la igualdad irradia efectos hacia todo el ordenamiento jurídico en su creación y aplicación.

Así, el legislador al momento de expedir la normativa secundaria debe de tratar de manera paritaria a los ciudadanos que se encuentra 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 idéntico los supuestos análogos (igualdad en la aplicación de la ley). Como vemos, el principio de igualdad impone obligaciones a todos los poderes públicos y a los particulares, entre las que se pueden mencionar: tratar de manera idéntica las situaciones jurídicas iguales; tratar de manera diferente las situaciones jurídicas que no comparten ninguna característica común; tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias; y tratar de manera distinta aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes.

Este derecho fundamental se encuentra consagrado en la Constitución de la República en el art. 3 Inc. 1, y establece un principio según el cual: “Todas las personas son iguales ante la ley”<sup>3</sup>. En el sistema internacional de los Derechos Humanos, el principio de igualdad como cláusula autónoma se encuentra regulado en los arts. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>3</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR (1983). Establecidos En el Título II, “Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona”.

Ahora bien, los derechos fundamentales no son normas, tampoco consisten en una relación o un conjunto de relaciones entre dos o más sujetos, establecidas por normas, sino son más bien, valores, bienes o razones que sirven de fundamento para crear una red de relaciones normativas dirigida a proteger estos valores, es decir, el derecho es fundamentalmente una práctica social. Por tal razón, al estudiar la igualdad como un principio y derecho fundamental nos basamos en la corriente de pensamiento postpositivista, la cual ha acuñado una categoría muy importante, ésta es la de principio jurídico, la cual articula la práctica justificativa del derecho con la moral, por lo que esta práctica social se encuentra dotada de una dimensión argumentativa que le es troncal, de manera que la tesis postpositivista fundamental sería, la de que hay una vinculación argumentativa necesaria entre la práctica del derecho y la práctica de la moral. La razón por la que nos centramos en las teorías constitucionales de los derechos fundamentales, radica en la conversión que ha tenido la Constitución de un sistema de garantías a un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, lo que ha dado lugar a una rica jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales sobre el contenido de los derechos fundamentales y los mecanismos de protección, tal es el caso de nuestra Sala de lo Constitucional, que a través de su jurisprudencia va estableciendo criterios innovadores para la defensa de los derechos en mención; es por ello, que en nuestro trabajo de investigación abordamos uno de los más importantes, el “Test de igualdad”, el cual será estudiado a la luz de la jurisprudencia de los procesos de inconstitucionalidad que emana de la Sala de lo Constitucional.

El test de igualdad, es una herramienta de análisis metodológica utilizada por la Sala de lo Constitucional para resolver los casos en donde se presenta discriminación hacia un sector determinado de la población, o población marginada, o unos beneficios injustificados a un determinado sector poblacional; sin embargo, en el ordenamiento jurídico se pueden establecer tratos diferenciados para grupos específicos, en sí mismo, los

tratos diferenciados no son contrarios al derecho a la igualdad, pero cuando estos tienen como objetivo vulnerar los derechos de ese grupo diferenciado, es aquí, donde se violenta el derecho a la no discriminación, en estos casos claramente existe una violación al derecho a la igualdad.

En estos casos, la Sala de lo Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el alegato de violación implica para el demandante la carga de argumentar racionalmente la concurrencia de elementos concretos, tales como: que el precepto contra el cual se dirige su pretensión contenga una desigualdad por equiparación o diferenciación; el criterio objetivo con arreglo al cual se hace la comparación (el término de comparación); la inexistencia de una justificación para el trato equiparador o diferenciador, y la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, en virtud de la igualdad o desigualdad advertida.

Es evidente, que la comunidad jurídica presenta un déficit cultural respecto al test de igualdad, al desconocer en su mayoría la existencia de este método para resolver controversias en relación al principio a la igualdad, razón por la cual, no logran la tutela efectiva, ya que se desconoce propiamente en que consiste el referido test, y, consecuentemente, las exigencias que la Sala de lo Constitucional impone para poder invocarlo.

Este déficit cultural en la comunidad jurídica radica principalmente en la formación académica en las Universidades, específicamente en los departamentos de Derecho, como única exigencia para ejercer la docencia, los licenciados deben ser abogados y en algunos casos notarios de la República, sin importar si tienen estudios especializados en la materia o rama específica en la que imparten clases, por ejemplo, en la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental, en el Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, la carga académica no es asignada de acuerdo a los conocimientos o estudios especializados, por tal razón, muchos catedráticos o docentes se encuentran impartiendo materias sin más conocimientos que los generales adquiridos durante su educación superior.

De tal manera, materias como Derecho Constitucional, que son realmente esenciales en la formación de los futuros abogados de la República, se encuentran deficientemente desarrolladas, lo cual dificulta el acceso efectivo a la Justicia Constitucional, y, consecuentemente obstaculiza el ejercicio de los Derechos Fundamentales, dentro de los cuales se encuentra, el derecho a la igualdad, que a nuestro tema de investigación concierne; no obstante, el problema radica también, en el desinterés de los estudiantes de derecho, en documentarse, leer, actualizarse sobre las innovaciones del Derecho Constitucional, la jurisprudencia de la Sala; mismo problema presentan los profesionales del derecho, falta de interés para adquirir nuevos conocimientos, para optar por diplomados, postgrados o maestrías en materia Constitucional acomodándose a los conocimientos básicos y contribuyendo a las practicas cajoneras, en este sentido es que representa una de las principales causas del déficit cultural en cuanto al test de igualdad y las exigencias que tiene la Sala para la aplicación del mismo; no obstante, otro de los factores que genera. Una consecuencia directa de este déficit es la improcedencia de las demandas de inconstitucionalidad por no aportar los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de igualdad, por ejemplo, por proponer un término de comparación que no es idóneo para realizar el juicio de igualdad respectivo.

Una controversia generada en la aplicación del test igualdad es que no todos los magistrados están de acuerdo con la utilización del mismo modelo para resolver los casos difíciles; ya que, existen diferentes grados de intensidad para aplicarlo; y finalmente, son estos los que determinan la rigurosidad de la sentencia que vaya a dictarse; no obstante, la Sala de lo Constitucional en atención al fin que se pretende tutelar ha utilizado escrutinios de dos de los modelos de test de igualdad a la hora de resolver, que son, el Americano y el Europeo, la Sala compara tanto en test Americano como el Europeo, para aplicar el que mejor garantice la igualdad en el caso concreto, con lo que hacemos referencia a una indeterminación del modelo del test de igualdad a aplicar en los procesos de

inconstitucionalidad, debido a que la Sala de lo Constitucional no ha adoptado un modelo en específico a la fecha, sin embargo, sus resoluciones actuales se orientan a la adopción de un Test de Igualdad integrado.

El test de igualdad americano, se caracteriza por tener diferentes niveles de escrutinio aplicables a cada caso específico, dependiendo del grado de vulneración o peligro del derecho. Así, para cada nivel de escrutinio se determina un procedimiento específico para que la sentencia que dicte la sala sea proporcional al daño o vulneración causada. El primero de estos niveles, es el escrutinio suave, que lo único que busca determinar y decidir es que la ley demandada busque un fin legítimo con la medida de diferenciación que aplicara sin mayor complejidad de análisis.

El segundo nivel de escrutinio es el estricto, el cual es usado cuando el fin de la medida de diferenciación utilizada, contiene criterios sospechosos, es decir, casos de racismo o discriminación evidente y dañosa a un sector amplio de la sociedad, y esta medida solo es usada en casos donde el fin público es imperioso para proteger un determinado sector de la sociedad; por último, está el escrutinio intermedio, que busca determinar si el fin de la medida creada por el legislador está basada en criterios sensibles, es decir, se busca que la medida satisfaga un objetivo importante y ser claramente efectiva para lograrlo.

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional también ha hecho uso el test Europeo, que establece como objetivo general del análisis, la proporcionalidad de la medida usada por el Estado, con los derechos que quiere proteger, como en las posibles afectaciones que esta medida pudiera tener en otros derechos fundamentales, es decir, que aunque se presentaran posibles restricciones a la libertad de los individuos de la sociedad, sería una medida justa si el bien que se le hace al sector vulnerado de la sociedad, es idóneo para garantizar la igualdad real con los demás; este test se preocupa por determinar en primer lugar, que la medida busque un objetivo constitucionalmente permitido; en segundo lugar, determina que la medida sea realmente enfocada al logro de ese fin

constitucional, y por último, determina que la medida sea proporcional al fin perseguido y no afecte gravemente otros derechos.

Al estudiar la jurisprudencia más relevante en cuanto al test de igualdad de nuestra Sala de lo Constitucional se evidencia el uso del test Americano y del test Europeo para resolver controversias, pero también se puede evidenciar que la Sala está optando en sus sentencias por criterios del modelo de test integrado, el cual tiene su origen en Colombia, este test se aplica como método de comparación de dos sujetos, de los cuales uno de ellos se encuentra en situación desfavorable con relación al otro, y por ello, se deben garantizar las medidas efectivas para que ambos se encuentren en igualdad, de manera que si no hay sujetos comparables no se puede aplicar el test, porque no habría un punto de referencia para tratar la vulneración al principio de igualdad. Existen dos parámetros para determinar si los sujetos son comparables o no; el primero, es el fin de la ley, y el segundo es el del grupo más próximo, que lo que busca es evaluar si hay grupos próximos o similares a este.

## **1.2 ENUNCIADOS.**

### **1.2.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL.**

- ¿Las exigencias de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en torno al Test de Igualdad sirven para garantizar Derechos Fundamentales o debido al déficit cultural en la comunidad jurídica constituyen una limitante a la hora de acceder a la Justicia Constitucional?

### **1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.**

- ¿Cómo se configura desde la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional el Derecho material a la igualdad?
- ¿Hasta qué punto es suficiente la estructura de los diferentes modelos de test de igualdad para justificar el trato diferenciado?

- ¿La falta de estudios especializados de los docentes en materia constitucional, que forman académicamente a los estudiantes de Derecho, representa una causa del déficit en la comunidad jurídica?
- ¿Está preparada la comunidad jurídica para entender el Test de Igualdad?

### **1.3 JUSTIFICACIÓN.**

Con Esta investigación nominada “El Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional Salvadoreña, aplicado al proceso de inconstitucionalidad”, se proyecta constituir un aporte jurídico, teórico y práctico al estudio del tema en mención, ya que la realidad práctica/ jurídica de nuestro país nos indica un gran déficit respecto al test de igualdad, los tipos de modelos, y las exigencias de la Sala de lo Constitucional para las procedencias de las demandas. Con nuestro estudio pretendemos abordar un tema desconocido por la comunidad jurídica de la ciudad y departamento de San Miguel, y de gran importancia debido a que es la metodología utilizada por la Sala de lo Constitucional para resolver los conflictos que provocan los órganos e instituciones del Estado frente al derecho fundamental de Igualdad.

Así mismo, nuestro estudio pretende evidenciar el avance jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional respecto al test de igualdad, para determinar el manejo que debe hacerse del mismo al caso concreto, de cara a la tutela efectiva del Derecho fundamental a la igualdad. Nuestra investigación se justifica teóricamente, ya que es necesario estudiar de manera crítica el test de igualdad en la jurisprudencia Salvadoreña, para ensayar una nueva forma de analizar dicho examen, estableciendo las ventajas y desventajas de cada modelo, y así poder optar por el que mejor garantice el Derecho Fundamental a la Igualdad.

Socialmente se justifica, pues representa una posibilidad de optimizar la cláusula de igualdad, ayudando a comprender de la manera más sencilla, el test de igualdad como un mecanismo de protección de Derechos Fundamentales, en la medida que abordaremos el examen en

mención desde esa perspectiva. Desde un punto de vista práctico, se justifica por conllevar a la resolución de controversias concretas de la realidad de El Salvador, explicando los límites y dificultades del actual examen de igualdad y proponiendo reformas que impactarán en la esfera de protección del Derecho Fundamental de la Igualdad.

Emplearemos en nuestra investigación científica de orden jurisprudencial un método de tipo cualicuantitativa, por la naturaleza del presente estudio y enfoque aplicado para la investigación, es decir, tendrá elementos cuantitativos al aplicar un muestreo probabilístico y cualitativo, por el muestro no probabilístico realizado por medio de entrevistas y encuestas.

En la investigación utilizaremos un método holístico debido a que la comprensión holística busca entender los eventos desde diferentes perspectivas con el fin de lograr una mayor comprensión, en cuanto al test de igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, su complejidad, posibilidades o posibles relaciones con el contexto, más no global ni definitiva. Con esta investigación no se aportarán, desde luego, conclusiones definitivas ni generalizables, pero sí definiremos más concretamente el problema de investigación. En suma, proporcionará la información necesaria para aproximarse al fenómeno con mayor conocimiento en un estudio posterior.

En esta investigación analizaremos las características más importantes del test de igualdad respecto a su aparición y comportamiento en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional Salvadoreña. De esta aproximación, tampoco se pueden obtener conclusiones generales, ni explicaciones, sino más bien descripciones del comportamiento de un fenómeno dado.

Nuestro estudio beneficiará principalmente a la Universidad de El Salvador, pues haremos un aporte bibliográfico a la biblioteca universitaria, a la cual podrá acceder toda la comunidad universitaria, ampliando así sus conocimientos sobre el test de igualdad en la jurisprudencia de El Salvador, ayudando como base para futuras investigaciones. Asimismo, beneficiara

toda la población Salvadoreña, por tratarse de un tema de importancia general, que va orientado a la tutela efectiva de Derechos Fundamentales.

Otro sector beneficiado con nuestra investigación será la comunidad jurídica, ya que con el estudio jurisprudencial hemos observado como la mayoría de demandas en las cuales invocan en test de igualdad terminan en improcedencia, por no reunir los requisitos básicos que la Sala de lo Constitucional ha establecido en su jurisprudencia. Con esta tesis pretendemos evidenciar la forma en la que se ha desarrollado el test de igualdad en la Sala de lo Constitucional Salvadoreña, determinar si las exigencias de la misma respecto al test de igualdad permiten o garantizan las tutelas efectivas de los Derecho fundamentales.

## **CAPITULO II ESQUEMA ESTRUCTURAL DEL TEST DE IGUALDAD**

### **2.1 BASE HISTÓRICA.**

#### **2.1.1 SURGIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD.**

El derecho fundamental a la igualdad, se ve manifestado en la evolución histórica de los derechos fundamentales y de la igualdad. El primero, inició en la edad media, con el proceso de reconocimiento jurídico, con los primeros documentos que reconocen los derechos fundamentales, uno de los más importante de ese periodo es la Magna Charta Libertatum, que fue suscrita el 15 de junio de 1215, por el Rey Juan Sin Tierra, los obispos y los barones de Inglaterra; esta Carta Magna representa un paso decisivo en el desarrollo de las libertades públicas inglesas. La expresión "derechos fundamentales", según Antonio Pérez Luño<sup>4</sup>, apareció en Francia hacia 1770, pero el primer catálogo de derechos fundamentales debidamente incorporados a un texto constitucional apareció hasta el 12 de junio de 1776 en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, el cual era una de las más completas constituciones particulares que contenían un catálogo de derechos; posteriormente estos derechos se incorporaron en el Bill of Rights de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, uno de los documentos jurídicos más importantes dentro del proceso de positivación de los derechos fundamentales.

Se debe destacar que, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita por los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en abril de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 10 de diciembre de ese

---

<sup>4</sup> Pérez Luño, Antonio; apud: Navaprete Azurdia, Salvador, (1993), **Glosario Constitucional Salvadoreño**, en Revista de Ciencias Jurídicas, Año II, No. 5, Centro de Investigación y Capacitación, San Salvador, p. 120.

mismo año, se inicia una etapa en la positivación de los derechos fundamentales, que hace comprender que éstos, antes que, creados, son reconocidos por el poder constituyente y tal reconocimiento forma parte de la Constitución de un Estado, en cuanto instrumento fundamental, a partir de entonces las constituciones modernas incluyen en la parte dogmática el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el segundo punto a abordar es la igualdad, esta comienza su estudio con Platón y Aristóteles; este último señaló: “parece que la justicia consiste en la igualdad, y es así, pero no para todos sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos sino para los desiguales”<sup>5</sup>. En la Edad Antigua, durante el Imperio Romano se empieza a experimentar un comportamiento influenciado por las tesis de los primeros cristianos y, sobre todo, por el agotamiento de las fuentes tradicionales de suministro de nuevos esclavos como resultado de la finalización de la expansión territorial romana, durante todo este periodo el paradigma de lo humano fue el hombre y todas las instituciones y leyes que se crearon giraron en torno a sus necesidades.

En la Edad Media, se proclama que la igualdad fundamental entre todos los hombres exige un reconocimiento cada vez mayor porque todos ellos están dotados de un alma racional y creados a imagen de Dios y por ende tienen la misma naturaleza y el mismo origen; la igualdad se presenta entonces como una necesidad de la sociedad, en la que los hombres se obligan a respetarse y vivir en paz. Posteriormente, la Edad Contemporánea inicia a partir de la Revolución Francesa de 1789, la cual enfocó la igualdad como derecho individual, y la consagró en la era de los revolucionarios liberales, surgiendo con esto la igualdad en las formalidades, es uno de los tres principios proclamados como lema, que eran, libertad, igualdad y fraternidad, luego surgió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 en Francia con lo que se

---

<sup>5</sup> Aristóteles, Política, libro II y Ética a Nicómaco, Libro V, citado por Karla Pérez Portilla, Principio de igualdad alcances y perspectivas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2005, México.

consagra la igualdad Jurídica. El siglo XIX se caracterizó fundamentalmente, por el surgimiento de nuevos Estados como producto del proceso independentista llevado a cabo en América Latina, extendiéndose así hasta la actualidad.

En definitiva, la evolución y reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad, encuentra sus cimientos en los precedentes establecidos. Hoy en día la igualdad como derecho fundamental es una de las manifestaciones más significativas en el ordenamiento jurídico, de los que se encuentran similarmente situados a obtener un trato igual en las leyes, por lo tanto este derecho necesita de la invocación de algún interés legítimo o derecho subjetivo diferente para existir, por lo que, el derecho a la igualdad, solo tiene naturaleza propia cuando se relaciona con la vulneración de otro derecho subjetivo o de un interés legítimo necesariamente en un campo material determinado.

### **2.1.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.**

El principio de igualdad es un principio general del derecho que tiene también su ámbito de aplicación en las disciplinas tributarias. Su origen más reconocido en occidente se remonta a la época de la revolución francesa. El "Antiguo Régimen", como peyorativamente llamaba la ilustración al sistema político, socioeconómico y religioso que imperó en Francia hasta casi fines del siglo XVIII, se caracterizó por la desigualdad existente entre los distintos estamentos sociales: sobrecarga abusiva de impuestos para el campesinado por un lado y privilegios ostensibles para el clero y la nobleza por el otro.

Dice Rodolfo R. Spisso: "El principio de igualdad ante la ley surge como una reacción al sistema de privilegios y discriminaciones. Más que propiciar una verdadera igualdad entre todas las personas, el principio persigue acabar con situaciones de desigualdad".<sup>6</sup> "Todas las personas son

---

<sup>6</sup> Rodolfo R., Spisso, (2000), Derecho Constitucional Tributario, Lexis Nexis Depalma.

consideradas iguales ante la ley y titulares de los mismos derechos, más sin que ello signifique pretender influir, mediante tratamientos diferenciados, en la estructura de la sociedad, ante situaciones de desigualdades de hecho, que impiden el disfrute de esos derechos que la ley consagra".

Este principio va a ser progresivamente referido al momento de aplicación de la ley y se habla entonces de igualdad en la aplicación de la ley. Aquí ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones, sin consideraciones personales. Estos dos significados del principio de igualdad, propios de la ideología liberal, cumplieron sin duda una importante función en el momento histórico en que fueron formulados. El principio de Igualdad ante la Ley supone que la legislación ve a todos sus destinatarios por igual, sin hacer ningún tipo de distinción, e implica, para sus aplicadores, la prohibición de no atender otro *tertium comparationis* más que el que la ley ofrece.<sup>7</sup>

#### **2.1.2.1 ORIGEN DE IGUALDAD ANTE LA LEY O IGUALDAD FORMAL.**

La igualdad ante la ley constituye una de las perspectivas que adopta la igualdad en el ámbito constitucional de los estados como en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el ámbito interno de los Estados, una primera dimensión de la igualdad ante la ley tiene sus antecedentes en la declaración de la independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la Revolución Francesa de 1789, siendo asumida luego por el constitucionalismo clásico y contemporáneo, por el cual, se reconoce la igual naturaleza y atributos esenciales a todos los seres humanos.

---

<sup>7</sup> Rubio Llorente, Francisco, (1997), La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, pag. 623.

Este principio asumió una importancia decisiva en la Revolución Burguesa del Siglo XVIII, que se propuso, entre sus principales objetivos, terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal.<sup>8</sup> En esta formulación burguesa, el principio de igualdad se orienta a la garantía de igualdad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica y la ausencia de todo privilegio en materia de jurisdicción e impuestos.<sup>9</sup> En la época liberal, la igualdad ante la ley viene a significar poco más que un carácter del mandato legal, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. Igualdad se identifica con generalidad ante la ley, lo que supone que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos son titulares de los derechos reconocidos en ese ordenamiento.<sup>10</sup>

#### 2.1.2.2 ORIGEN DE IGUALDAD MATERIAL O REAL

El principio de igualdad material o real suele entenderse como una reinterpretación del principio de igualdad formal en el Estado Social del Derecho.<sup>11</sup> Esta se cristaliza en las luchas sociales por la igualdad sustantiva o derechos sociales de las personas, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, que es cuando accedemos a una conciencia de universalidad y de humanidad, especialmente en lo que hace a los derechos de las personas (derechos humanos). En definitiva, la idea de igualdad hay que entenderla como proceso histórico de emancipación<sup>12</sup>. Por eso, las prácticas sociales de igualdad son prácticas históricas y, como

---

<sup>8</sup> La formulación clásica de la igualdad ante la ley, es originaria de la Revolución Francesa. Así, la Declaración de 1789 dice: “La ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga” y la Carta otorgada el 8 de junio del 1814, establece que: “Los franceses son iguales ante la ley”.

<sup>9</sup> A. Serrano González, (1985), **El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, en L. Martín Retortillo, de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Zaragoza, Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho, Pág. 39.

<sup>10</sup> M. Rodríguez-Piñero y M.F. Fernández López, (1986), **Igualdad y Discriminación**, Madrid, Tecnos, Pág. 20.

<sup>11</sup> H. Heller, **Escritos políticos**, Madrid, Alianza, pág. 332

<sup>12</sup> Pérez Luño, V. A., (2005), **Dimensiones de la igualdad**, Dykinson, Madrid, pag. 16 y ss.

tales, pese a las limitaciones de cada tiempo, están ubicadas en ese proceso histórico de lucha por la igualdad de los seres humanos.

Hermann Heller propone que la mera igualdad formal o ante la ley, sea corregida en el Estado social mediante la consideración de la posición social real en que se encuentran los individuos a los que se va a aplicar esa ley. Así afirma: "La igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, procede un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social."<sup>13</sup>

Puesto que es un hecho que en toda comunidad se dan desigualdades sociales y económicas entre los individuos, una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio. No basta con que el Estado dicte normas no discriminatorias, sino que ha de adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos. Y entre estas medidas puede ser preciso en ocasiones dictar normas aparentemente desiguales para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social.

El derecho no es, una pura estructura formal, sino una estructura dotada de un sentido necesario. Todo derecho se pretende justo y la idea de justicia es la que lleva derechamente al principio de igualdad que en cierto sentido, constituye su contenido esencial, aunque no su contenido único, pues a pesar que el enunciado que ordena tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de distinta manera y un elemento central en la idea de justicia, en sí es incompleto y mientras no se le complemente no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Ibídem, pág. 332

<sup>14</sup> K. Larenz, (1985), **Derecho justo, fundamentos de ética jurídica**, Madrid, Págs. 25-32.

### 2.1.2.3 ORIGEN DE IGUALDAD EN LA LEY.

En el siglo XX la igualdad empieza a entenderse como un criterio referido al contenido de la ley y a las distinciones que esta puede hacer. En un principio la igualdad ante la ley solo significaba la abolición de la sociedad estamental, y, por tanto, implicaba que la ley fuera la misma para todos, y luego que se aplicase según criterios uniformes; fue hasta el siglo XX que el principio de igualdad ante la ley adquiere un sentido referido al propio contenido de la ley, que debe ser igualitario. Solo en este sentido cabe hablar de «igualdad en la ley» o «frente al legislador». Por su parte, Rodríguez Piñero y Fernández López<sup>15</sup>, destacan que en los orígenes de la Edad Contemporánea el concepto de igualdad ante la ley implicaba solo la inexistencia de privilegios y algunas características de la ley, como la eficacia erga omnes, la generalidad y la impersonalidad, para más adelante aproximarse a la idea de la igual aplicación de la ley.

El concepto de igualdad en la ley ha sido objeto de una apreciable evolución histórica que le ha llevado desde unos orígenes en los que se refería a características estructurales de la ley, como la generalidad o la impersonalidad, a incidir directamente en el contenido de la propia ley, utilizándose como criterio que permite rechazar determinadas distinciones realizadas por el legislador (aunque también establecer qué distinciones legales son conformes a la Constitución). La igualdad en la ley se refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador.<sup>16</sup>

Una vez abordados puntos claves para nuestra investigación como lo son el origen y evolución tanto de la Igualdad como Derecho Fundamental, y la igualdad como principio, nos centraremos en el tema principal de nuestra tesis que lo constituye el test de igualdad, como mecanismo para dirimir conflictos que susciten entorno a la igualdad ya sea como principio o Derecho, y para ello analizaremos el surgimiento del

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pág. 19 y ss.

<sup>16</sup> Cruz Villalón, Pedro, (1989), **Formación y evolución de los derechos fundamentales**, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 25, Madrid, pp. 35 y ss.

mismo en el ámbito internacional y nacional, destacando las características especiales que en cada región se le da al test de igualdad.

### **2.1.3 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL TEST DE IGUALDAD.**

El Test de Igualdad es un método para la interpretación y solución de casos difíciles que las Cortes Constitucionales han adoptado para poder garantizar el derecho a la igualdad, y del resto de derechos fundamentales cuando las controversias se suscitan en torno al principio de igualdad, por esta razón, el Test recorre una línea histórica junto a la igualdad como derecho y principio en todos los países del mundo.

La igualdad tiene su primer antecedente universal en las sagradas escrituras, sin embargo, su propia definición ha cambiado con el tiempo; con el surgimiento de los Estados de democráticos de derecho se da origen a la igualdad como un principio jurídico muy importante que impone a los Estados la obligación de respetar un sistema de valores y derechos fundamentales, pero esto no termino con la problemática fundamental que adolecían los países del mundo “la discriminación”, problema que desencadeno diversas luchas en los países, una de ellas fue la lucha social en favor de la inclusión de las mujeres para ejercer el voto<sup>17</sup>, y las luchas por la igualdad al acceso al empleo para hombres y mujeres en Europa, mientras que en los Estados Unidos se daban luchas por la igualdad entre razas.

Estas luchas hicieron ver a los Estados<sup>18</sup> que no era suficiente el hecho de que la igualdad se acogiera en sus Constituciones como un derecho fundamental y un principio jurídico, debido a la existencia de casos difíciles en los que había que valorar y no bastaba que las Cortes

---

<sup>17</sup> Ruíz Carbonell, Ricardo, (2010), **La evolución histórica de la igualdad entre hombres y mujeres**. Art. Publ. en Consuelo Maqueda Abreu y Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, Derechos humanos: temas y problemas. México, Ed. IJUNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos.

<sup>18</sup> Anne F. Bayefsky,(2016), **El principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional**. Trad. Título original: “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, pp. 1-34.

Constitucionales se apegaran a los textos legales e internacionales referentes a los derechos humanos de los pueblos, por lo que en Europa con el propósito de garantizar los derechos fundamentales que se encierran en la esfera del principio de igualdad y no discriminación se empieza a hablar del Test Europeo de Igualdad como método de interpretación de la Corte Constitucional; luego, en Estados Unidos con el propósito de crear un sistema de protección a los derechos fundamentales se crea el Modelo Americano de Test de Igualdad; años más tarde, tomando en cuenta aspectos del Test Europeo y del Test Americano surge en Colombia el denominado Test Integrado de Igualdad, el cual pretende garantizar la igualdad como derecho y como principio, en sentido formal, material y real.

### **2.1.3.1 ÁMBITO INTERNACIONAL.**

#### **2.1.3.1.1 MODELO AMERICANO.**

Al margen de las alusiones a la igualdad natural en las “Declarations of Rights” de las colonias americanas y en el texto de la Declaración de Independencia de 1776, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 no incluyó inicialmente ninguna referencia a la igualdad; fueron algunas de las enmiendas a la Constitución<sup>19</sup> que se añadieron a esta a raíz de la guerra civil y de la labor de los movimientos abolicionistas de la esclavitud las que proporcionaron la base textual para el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del principio de igualdad en los Estados Unidos, cuya problemática fundamental se centraba más que todo en la cuestión racial, por lo que la Corte constitucional apoyada en la sentencia Brown contra el Consejo de Educación de Topeka de 1954,<sup>20</sup> crea un juicio de igualdad como un mecanismo para la protección de los derechos humanos.

Este segundo modelo de Test de Igualdad creado por los Estados Unidos, se caracteriza por tener diferentes niveles de escrutinios aplicables

---

<sup>19</sup> Vida, Martín María Ángeles. (2003). Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y Desarrollo de las Medidas de Acción Afirmativa en Derecho Estadounidense. Revista Española de Derecho Constitucional, (68), 151-194.

<sup>20</sup> Brown v. Board of Education 1,347 U.S. 483 (1954).

a cada caso específico, dependiendo del grado de vulneración o peligro del derecho. Así para cada nivel de escrutinio se determina un procedimiento específico para que la sentencia que dicte la Corte sea proporcional al daño o vulneración causada.

El primero de estos niveles es el escrutinio suave, que lo único que busca determinar y decidir es que la ley demandada busque un fin legítimo con la medida de diferenciación que aplicara, sin mayor complejidad de análisis. El segundo nivel de escrutinio es el estricto, el cual es usado cuando el fin de la medida de diferenciación utilizada, contiene criterios sospechosos, es decir, casos de racismo o discriminación evidentes y dañosas a un sector amplio de la sociedad, y esta medida solo es usada en casos donde el fin público es imperioso para proteger este sector de la sociedad. Por último, está el escrutinio intermedio, que busca determinar si el fin de la medida efectivamente creada por el legislador está basada en criterios sensibles, se busca que la medida satisfaga un objetivo importante y ser claramente efectiva para lograrlo.

#### **2.1.3.1.2 MODELO EUROPEO.**

En los tratados constitutivos de las comunidades Europeas no existía una regulación en materia de igualdad, hasta que con la sentencia dictada en el caso Luth<sup>21</sup> se reconoció que los Estados que forman parte de la Unión Europea, deben ser Estados democráticos de Derecho que respeten un sistema de valores y derechos fundamentales, por lo que se destaca que el derecho a la igualdad ha sufrido un proceso de evolución hasta llegar a su concepción actual; una de las principales luchas emerge en el seno de las relaciones laborales para asegurar la igualdad de acceso al empleo para hombres y mujeres sin distinción, lucha de la cual derivaron otras, tales como, el Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1974, donde se asiente el carácter transversal u horizontal del principio de igualdad, estableciendo

---

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 7, 198 caso Luth, 15 de enero de 1958.

mandatos de no discriminación y ampliando su integración en la política social de la Unión Europea.<sup>22</sup>

Con el propósito de garantizar los derechos fundamentales que se encierran en la esfera del principio de igualdad y no discriminación en Europa se crea un modelo de Test de Igualdad<sup>20</sup> que sigue el modelo del principio de proporcionalidad, el cual establecía como objetivo general del análisis que la medida usada por el Estado fuera proporcional tanto en los derechos que quería proteger, como en las posibles afectaciones que esta medida pudiera tener en otros derechos fundamentales, es decir, que, aunque se presentaran posibles restricciones a la libertad de los individuos de la sociedad, sería una medida justa si el bien que se le hace al sector vulnerado de la sociedad, es idóneo para garantizar la igualdad real con los demás.

Este Test primeramente se preocupa por determinar primero, que la medida busque un fin constitucionalmente permitido, en segundo lugar, determina que la medida sea realmente enfocada al logro de ese fin constitucional, y, por último, determina que la medida sea proporcional al fin perseguido y no afecte gravemente otros derechos.

#### **2.1.3.1.3 MODELO COLOMBIANO O INTEGRADO.**

En Colombia influyo mucho la existencia tanto del Test Europeo, como la del Americano, para poder hablar de lo que ahora se conoce como Test Integrado o colombiano, el cual tienen sus orígenes en la sentencia C093 del año 2001<sup>23</sup>, en esta sentencia se buscó determinar cómo sería el nuevo test aplicable en Colombia, el cual fue desarrollado en su totalidad por la Corte Constitucional, y se creó, más que como un mandato como una herramienta para la argumentación jurídica de las decisiones tomadas en

---

<sup>22</sup> Regaña, L. C. (2015). Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: especial referencia a los derechos fundamentales. *RUE: Revista universitaria europea*, (23), 151-174.

<sup>23</sup> J. Giraldo Hincapie, (2012), Test de igualdad como técnica de interpretación de derechos fundamentales en Colombia. *Revista de Investigaciones*. No. 19.

la sentencia, que permitiera organizar el discurso y hacer más simple la interpretación del análisis del caso y la sentencia que se dicte, estableciendo una conexión lógica entre el discurso y el resultado, es decir, una técnica metodológica para resolver casos difíciles.

El test se aplica como método de comparación entre dos sujetos, de los cuales uno de ellos se encuentra en situación desfavorable con relación al otro, y es por ello que se deben garantizar medidas efectivas para que ambos se encuentren en igualdad, con relación al otro, se trata básicamente de un deber de promoción, si no hay sujetos comparables no se puede aplicar el test, porque no habría un punto de referencia para tratar la vulneración al derecho a la igualdad.

Existen dos parámetros para determinar si son sujetos comparables o no<sup>24</sup>, el primero es con el fin de la ley, el cual evalúa la situación de los sujetos desfavorecidos, a la luz de la ley, y el segundo es el del grupo más próximo, que lo que busca es evaluar si hay grupos próximos o similares a este para compararlos y ver como se le debe garantizar la igualdad. Este test ha sufrido varios cambios a través del tiempo debido a las críticas, sin embargo, este ha garantizado en todos los casos que se defienda la igualdad como derecho y principio, no solo en sentido formal, sino también en sentido material y real.

### **2.1.3.2 ÁMBITO NACIONAL.**

El Test de Igualdad en El Salvador, es un tema de vanguardia, por lo que carece de precedentes históricos, no obstante el antecedente mediato es en el año de 1996 se evidencia que la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha retomado el desarrollo de la igualdad: “es evidente que el mandato constitucional no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas

---

<sup>24</sup> García García, José Francisco, (2011), El Tribunal Constitucional y el uso de test: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial. Revista Chilena de Derecho, 101-138.

presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas. Pretender tal igualdad sólo provocaría la aparición de disparates jurídicos, pues la riqueza de la diversidad humana no puede ser reducida a una sola categoría, hay límites naturales que lo imposibilitan. Por lo tanto, el principio general de igualdad que vincula al legislador no puede exigir que todos los sujetos jurídicos deban ser tratados exactamente de la misma manera ni tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos.

Ante la imposibilidad de la igualdad universal, la técnica más recurrida –quizá por su aptitud- para dar contenido al principio de igualdad es la fórmula helénica de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual...<sup>25</sup>, además de la concepción formal de la igualdad, parece luego una segunda visión de la misma, la cual la entiende como el necesario desarrollo de una igualdad material. La igualdad material puede ser entendida como un punto de partida, es decir, “como no-discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo”.

El antecedente inmediato es la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, de El Salvador (más adelante Sala), periodo 2009-2018, desde el inicio de la magistratura, las decisiones de la Sala reflejaron un alejamiento de su rol respecto de administraciones anteriores, retomando y resolviendo demandas que pretendían, entre otras finalidades, fortalecer el funcionamiento de las instituciones democráticas. Los magistrados de la Sala acercaron el sistema judicial a la población a través de sentencias que respondieron a demandas de ciudadanos que expresaron su insatisfacción con el sistema de representación, con la respuesta del Ejecutivo a los reclamos de la población acerca de la calidad de ciertos servicios públicos y con ciertas iniciativas aprobadas por el Legislativo que violentaban abiertamente disposiciones constitucionales<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Inconstitucionalidad 15-1996, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 14 de febrero de 1996.

<sup>26</sup> FUSADES, (2015), **El impacto del “voto cruzado” en las elecciones legislativas de marzo de 2015**, Serie de investigación 1-2015, Departamento de Estudios Políticos, noviembre de 2015.

La capacidad del máximo tribunal constitucional para corregir las acciones contrarias a los principios establecidos en la Carta Magna y para exigir la modificación de normas que vulneran los derechos ciudadanos permitió, como ya se dijo, la intensificación del control de constitucionalidad para el establecimiento de límites en el ejercicio del poder, tanto del Ejecutivo como del Legislativo, es en este sentido que la Sala retomó no solo el desarrollo de la Igualdad como derecho fundamental principio y valor, sino que se encargó de garantizarlo y brindar medidas de protección exclusivas para su defensa, con esta finalidad es que se comienza a aplicar el Test de Igualdad como una metodología de análisis utilizada para resolver los casos en donde se presenta una diferenciación hacia un sector determinado de la población o un beneficio injustificado a un sector poblacional.

Así entonces, lo relevante en el trato diferenciado es que estos tengan un fundamento objetivo y razonable, desde esta perspectiva es que tiene la tarea el Test de Igualdad que es, estudiar en cada caso la aplicación del principio de razonabilidad para considerar la relevancia o irrelevancia de las condiciones dentro del ordenamiento jurídico y su justificación frente al artículo 3 de la Constitución de la República<sup>27</sup>. Una vez que la sala dio origen a la implementación del Test de Igualdad, reflejado en sus resoluciones, que se ha apoyado de la estructura de los diferentes modelos de test de igualdad para resolver, los cuales son el modelo americano, europeo en integrado, para aplicar el que mejor garantice la igualdad en el caso concreto.

Los modelos de test más utilizados por las Sala han sido el modelo americano y europeo, sin embargo, la Sala en los últimos años hasta la actualidad, se han inclinado por la aplicación del modelo integrado, este es una simbiosis de los dos modelos antes mencionado, es decir relaciona la proporcionalidad y la razonabilidad, por lo que queda evidenciado la

---

<sup>27</sup> Inconstitucionalidad 42-2003, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 14 de diciembre de 2004.

aplicación de este en las resoluciones emitidas recientemente, estableciendo que los elementos indispensables para llevar a cabo el Test de Igualdad debe verificarse dentro de la proporcionalidad y razonabilidad<sup>28</sup>.

## **2.2 BASE DOCTRINARIA**

### **2.2.1 DOCTRINA CLÁSICA DEL CONSTITUCIONALISMO.**

#### **2.2.1.1 LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO JURÍDICO DESDE LA DOCTRINA CLÁSICA.**

La doctrina del constitucionalismo clásico tiene su origen en el cambio de la cosmovisión de la sociedad, pasando de un teocentrismo absoluto a un antropocentrismo en el cual el hombre reconoce sus necesidades y reclama sus derechos, los dos antecedentes de origen de esta doctrina son la independencia de Norteamérica y la Revolución Francesa, debido a que con ello se distribuye la idea de los derechos fundamentales.<sup>29</sup> Esta doctrina se nutre de los principios políticos democráticos, los cuales se impusieron ante el absolutismo monárquico medieval, consagrando a la libertad como contenido principal de toda Constitución, y estableciendo los medios para su defensa y efectividad.

El contenido de la doctrina constitucionalista clásica encuentra su fundamento en la racionalización del Derecho Público, entendiéndolo como el intento de establecer el imperio de la ley, con el fin de limitar el poder político, evitar conflictos entre los integrantes de las comunidades políticas sociales, unificándose esto con la internacionalización de la consideración de la persona como sujeto de derecho y titular de garantías inherentes a él, incluyéndolas en la misma carta fundamental para velar así por el pleno respeto y promoción de ellas, estableciendo además, acciones y mecanismos procesales para asegurar su observancia en los hechos, o

---

<sup>28</sup> Inconstitucionalidad 18-2018, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 11 de enero de 2019.

<sup>29</sup> Campos, Bidart, (2018), Derecho Constitucional, Universidad empresarial siglo 21.

enmendar una posible violación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales.

La doctrina constitucionalista clásica se rige por diversos principios formativos, entre los cuales se encuentra el principio de supremacía constitucional, este principio instituye sistemáticamente a los órganos de la administración del Estado, estableciendo una jerarquía material de los principios y valores perseguidos por la colectividad; el principio de separación de poderes, este no es más que la no concentración del poder en un solo órgano estatal, separándolo mediante la asignación de tres órganos con atribuciones propias dadas por la Constitución de cada país con características de funcionamiento tendientes a evitar la tiranía; y el principio de igualdad, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el cual se orienta a la efectiva tutela de los atributos de la persona humana dentro de un Estado.

La igualdad como principio jurídico dentro de la doctrina clásica del constitucionalismo<sup>30</sup> vincula a todos los poderes públicos por ser la igualdad una exigencia cada vez más extendida en todos los ámbitos de la sociedad y se encuentra íntimamente ligada a la dogmática de los derechos fundamentales, debido a que el derecho que se deriva de dicho principio es el más enigmático y desconcertante, siendo uno de los derechos fundamentales más invocados y recurridos, por lo que es la piedra angular de numerosas resoluciones judiciales, este es la igualdad.

Este principio es reconocido por la doctrina constitucionalista clásica como uno de los más importantes dentro de una constitución porque opera como una garantía jurídica plasmada por el legislador en las constituciones para la efectiva tutela de los derechos fundamentales, el cual permite también a los tribunales constitucionales ampliar el contenido del derecho a la igualdad que se establece inicialmente en la Constitución, esto implica,

---

<sup>30</sup> Ruíz Carbonell, Miguel, (2013), Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional, Editorial Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de Lima, Perú.

entender que el contenido de la igualdad no se reduce únicamente en la prohibición de tratos desiguales a personas que se encuentran en situaciones jurídicas iguales, sino que su contenido se amplía a la no prohibición de los tratos diferenciados cuando debe realizarse una equiparación de situaciones jurídicas distintas para lograr la igualdad de los sujetos que alegan una desigualdad, por ello, para determinar si una diferencia de trato es constitucionalmente admisible o discriminatoria habrá que someterse al test de igualdad.

### **2.2.2 DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.**

En “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”<sup>31</sup> Susanna Pozzolo propone llamar neoconstitucionalismo a cierto enfoque del derecho, compartido por un grupo de iusfilósofos que coinciden en poner el acento en ciertas nociones (principios vs. normas, ponderación vs. subsunción) y en desplazar su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez. Según esta autora, “aquello que distingue a la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional”, el “modelo axiológico de la constitución concebida como norma”, conforme al cual la autoridad y carácter vinculante de la constitución remiten a una justificación de carácter moral, que se halla en los contenidos de esta norma.

El constitucionalismo contemporáneo concibe la igualdad como un principio y como un derecho. En cuanto al principio se expresa en el mandato contenido de orden universal que dice que todas las personas y ciudadanos somos iguales en derechos y deberes; esto cual implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades en la aplicación de la ley, pero que también vincula al legislador cuando configura y crea el derecho y establece el ordenamiento jurídico necesario para fijar las políticas públicas, porque al establecer derecho u obligaciones a las

---

<sup>31</sup> Doxa, (1998), núm. 21-II, págs.339-353.

personas y los ciudadanos define la forma del Estado y por lo tanto el modelo democrático. En cuanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que en la praxis se traduce en deberes de abstención, como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acciones positivas como la consagración de tratos favorables a grupos y ciudadanos que se encuentran en situaciones de riesgo social.

### **2.2.2.1 LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO DESDE LA DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.**

El fundamento filosófico de este principio lo encontramos ya en Aristóteles (384 AC - 322 AC), cuando se refería a la justicia y la explicaba de la siguiente manera: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto pero no para todos, sino para los desiguales”<sup>32</sup>. Éste filosofo ya hacia una distinción entre trato a iguales y trato distinto a desiguales. A través del tiempo fue desarrollándose su contenido, que es amplio, y desplegando teorías para tratar a todos por igual siguiendo la naturaleza humana del individuo, pero aceptando diferencias que llevarían a un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, siguiendo las posturas ideológicas de sus desarrolladores.

Para esta diferenciación de trato desigual a los desiguales será necesaria la identificación de tal situación y ser prevista en el Derecho para que su “trato desigual” sea legítimo. En la doctrina jurídica, el afinar el trato desigual a las personas, es la esencia del principio de igualdad, pues existiendo claridad sobre el trato desigual, podrá aplicarse el derecho con justicia, tanto para la emisión de normas jurídicas, cuanto para la aplicación de las mismas en casos concretos.

Entre los doctrinarios contemporáneos está Miguel Carbonell que para la explicación de la igualdad cita a varios autores como por ejemplo a

---

<sup>32</sup> Carbonell, Miguel, (2010), **Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales**, Cevallos librería jurídica, Quito, Ecuador, Pág. 198.

John Rawls (“Teoría de la Justicia”) para explicar que para la edificación de una sociedad justa debe seguirse dos principios: “Primer Principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo Principio: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos.”<sup>33</sup>

Podríamos explicar que su primer principio, sigue la postura de Aristóteles, esto es existe identidad en justicia e igualdad, para el desarrollo de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el segundo principio, si bien reconoce la regla general de la igualdad, también reconoce la desigualdad que tiene que ser admitida sobre la base de dos consideraciones: i) la protección del más débil, y ii) la igualdad de oportunidades.

Otro tratadista, citado por el mismo autor para explicar la igualdad, es Paolo Comanducci, quien indica que la igualdad puede ser estudiada desde tres perspectivas: i) desde un punto de vista de sentido lógico – lingüístico, por la cual la norma en su sentido obvio del concepto, que debe definirse lingüísticamente, se tratará a todos por igual porque la situación de los sujetos es idéntica; ii) desde una perspectiva filosófico – política, donde tendrá que atenderse distintos tipos de igualdad como lo son: a) la económica, b) la del bienestar de las personas; c) igualdad política. La primera definida por los recursos con los que cuentan las personas, la segunda hace referencia a la cantidad de recursos que dispone el individuo para sus fines, y en cuanto a la igualdad política es considerada como capacidad que tienen todas las personas de la sociedad de participar en la

---

<sup>33</sup> Carbonell, Miguel, (2010), **Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales**, Cevallos Editora Jurídica, Cita a Jhon Rawls, Pág. 187, Quito.

creación de normas que la rijan, así como la capacidad para acceder a cargos de elección popular.

iii) Desde una perspectiva jurídica, por la cual se determinará las condiciones para aplicar la igualdad a todos, pero aceptando las diferencias de todos. Por ello, es necesario identificar las diferencias relevantes para tratar distinto a determinadas personas. Si las diferencias son irrelevantes debe dárseles un tratamiento igual, por el contrario, si las diferencias son muy relevantes habrá que dar trato distinto.

Vale la pena citar, por la claridad de su explicación, así como la bondad de los aportes prácticos a la igualdad, al tratadista colombiano Carlos Bernal Pulido<sup>34</sup>, quien explica que la consecuencia del principio de igualdad implica mandatos que deben cumplirse: tratamiento idéntico a quienes se encuentran en la misma situación; tratamiento diferenciado a quienes se encuentran en dicha situación diferente; tratamiento uniforme a quienes presenta diferencias pero éstas no son relevantes, sino que más relevantes son sus semejanzas; tratamiento diferenciado a quienes presentan diferencias y éstas son relevantes más que sus semejanzas

#### **2.2.2.2 LA IGUALDAD COMO DERECHO DESDE LA DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.**

La igualdad es un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, y que para introducir diferencia entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. El derecho de igualdad no nace del hecho de ser nacional de un determinado Estado o país, sino que tiene

---

<sup>34</sup> El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en Actas del VII Congo Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D. F. 2002.

como fundamento la persona humana<sup>35</sup>, razón por la que justifica una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno del Estado.

La interpretación del derecho a la igualdad, en el constitucionalismo contemporáneo, en su vinculación tanto en la aplicación de la ley, como en la creación del derecho, implica una interpretación material de la constitución y no formal, esto es desde la concepción como orden objetivo de valores que presenta un contenido sustancia que irradia todo el ordenamiento jurídico.

El desarrollo doctrinal de lo que constituye el amplio derecho de igualdad también lo podemos explicar a partir de las normas del Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, que iniciará con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que se dio en Bogotá, Colombia en el año 1948, que, en dos artículos, el 2 y 12 explica la igualdad de los individuos ante la Ley sin distinción de ninguna naturaleza. Si bien es cierto, bajo este principio se desarrolla el resto del artículos, el principio vuelve a ser citado puntualmente para explicar que el derecho a la educación comprende la igualdad de oportunidades, esto es, hace mayor énfasis en el acceso a ella para todos los individuos<sup>36</sup>

El mandato general de igualdad, que lleva implícito el principio de igualdad, exige que todos seamos tratados igual por el legislador, en cuanto a la creación del derecho. Ahora bien, al amparo del principio general de igualdad dirigido al legislador no podemos exigir como contenido del

---

<sup>35</sup> Véase el reconocimiento del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", de noviembre de 1969.

<sup>36</sup> Declaración Americana de Derechos Humanos. Artículo 2. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Artículo 12. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, oralidad y solidaridad humanas. Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

principio que todos debamos ser tratados exactamente de la misma manera.<sup>37</sup> Así como tampoco que todos debamos ser iguales, desde todos los puntos de vista; porque tal exigencia contradice, precisamente, el sentido natural de la igualdad; y es que, si el principio de igualdad debe tener algún contenido, este no puede permitir todas las diferencias y todas las distinciones.

### **2.2.3 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.**

El principio de igualdad es desarrollado e interpretado por la jurisprudencia de la Sala teniendo como precedente la doctrina que consiste en los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, o ya sea con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación<sup>38</sup>, en nuestro medio se encuentra contenida en las resoluciones y sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pues a ella corresponde la potestad exclusiva y la responsabilidad especial de interpretar la Constitución, al administrar la justicia Constitucional; por lo que, consecuencia directa del hecho de que la Sala ejerza con exclusividad la interpretación de la Ley Fundamental, es que la doctrina contenida en sus resoluciones es fuente directa del derecho o sea que vincula al Tribunal Constitucional y a todo tribunal o autoridad.

Así, doctrinariamente se puede destacar el aporte de Antonio Pérez Luño, que engloba el denominado principio de igualdad ante la ley en diferentes manifestaciones: en primer lugar, supone la exigencia de «generalidad», esto es, la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen

---

<sup>37</sup> Barrios González, Boris, La Tutela del derecho a la Igualdad en el Constitucionalismo Contemporáneo, pág. 24.

<sup>38</sup> García Máynez, Eduardo, (1974), Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., Argentina.

sometidos a las mismas normas y tribunales; la ley ha de ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento; en segundo lugar, supone la exigencia de «equiparación», lo que implica un trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa; y en tercer lugar, la igualdad ante la ley se presenta como exigencia de diferenciación en aquellos supuestos que se presentan aparentemente como semejantes, pero a los que un tratamiento uniforme, que no tuviera en cuenta la situación real, convertiría en supuestos de desigualdad material. A este tercer criterio podrían reconducirse los casos que tradicionalmente se consideraban incluidos en la llamada «igualdad material»<sup>39</sup>.

En este orden de ideas es menester, plasmar de manera general algunas consideraciones que la Sala ha establecido en la jurisprudencia en los últimos años sobre el principio de igualdad desarrollado metodológicamente por el test de igualdad como una herramienta de análisis, a través de la razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad. Tal es el caso donde se planteó una demanda en la que se pide se declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 10/2009 que se introdujo con la finalidad de reformar la Ley de Servicio Civil, con la que se instauró el derecho de estabilidad laboral de aquellos trabajadores vinculados bajo la figura de contrato –que denominaron “contrato fraude”–, pero cuya función era permanente en la institución. Sin embargo, limitó los efectos del citado decreto, pues excluyó su aplicación para un grupo de personas; y por tal razón vulnera los derechos a la estabilidad laboral art. 219 Cn., e igualdad art. 3 Cn.

Sobre este planteamiento la Sala en conclusión sostiene “el principio de igualdad no siempre implica un idéntico trato legal, al margen de elementos diferenciadores de relevancia jurídica; por ello, no toda

---

<sup>39</sup> A. Pérez Luño, (1981), **El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales**, en Anuario de Derechos Humanos,

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”<sup>40</sup>

Otro aporte importante que la Sala ha establecido es en cuanto al alegato de violación del principio de igualdad, y la carga de argumentar racionalmente dicha violación, en el supuesto que se vulnera el principio de igualdad reconocido en el art. 3 inc. 1° Cn., al generar un trato diferenciado, pues, al criterio del demandante, la labor que realiza un aprendiz merece la misma protección que la realizada por un trabajador común; al respecto la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la violación al principio de igualdad del art. 3 inc. 1° Cn. implica la concurrencia de elementos concretos: (i) si el precepto contra el que se dirige su pretensión contiene una desigualdad por equiparación o diferenciación; (ii) el criterio objetivo con arreglo al cual se hace la comparación el término de comparación—, debiendo precisar, entre cuáles sujetos o situaciones ocurre la desigualdad; (iii) la inexistencia de una justificación para el trato equiparador o diferenciador; y (iv) la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, en virtud de la igualdad o desigualdad advertida<sup>41</sup>.

Finalmente, la Sala recientemente sostiene que es indispensable verificar que el trato desigual cuestionado es idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto, o que no lo es, (sentencia del 7 de noviembre de 2011, inconstitucionalidad 57-2011). Por tanto, no todo trato diferente o equiparado es inconstitucional en sí mismo, pues su

---

<sup>40</sup> Inconstitucionalidad 28-2013, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 04 de noviembre 2015.

<sup>41</sup> Inconstitucionalidad 7-2012, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 16 de diciembre de 2013.

incompatibilidad constitucional se determina por la desproporcionalidad de la intervención legislativa. La razón que justifica tal afirmación se funda en que el principio de igualdad no siempre ordena un idéntico trato legal, al margen de elementos diferenciadores de relevancia jurídica. En algunos casos, ellos pueden estar fundado en una justificación objetiva y razonable para ello<sup>42</sup>.

## **2.3 BASE TEÓRICA.**

### **2.3.1. TEORÍA POSITIVISTA.**

El término positivismo fue utilizado por primera vez por el filósofo y matemático francés del siglo XIX Auguste Comte (1798-1857), pero algunos de los conceptos positivistas se remontan al filósofo británico David Hume (1711-1775), al filósofo francés Saint-Simón (1760-1825), y al filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804). El positivismo surgió en Francia en el inicio del siglo XIX con la afirmación de que el conocimiento científico es la única forma de conocimiento verdadero, promueve el culto a la ciencia, el mundo humano y el materialismo en detrimento de la metafísica y el mundo espiritual.

Cuando se habla de positivismo jurídico, se toma como base la definición de Hart, al indicar que “el positivismo” se usa para designar que no existe conexión necesaria entre derecho y moral o entre el derecho que es y el que debe ser, que un sistema jurídico no tiene lagunas y las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas<sup>43</sup>

Asimismo, podemos citar Alf Ross, quien define el positivismo como “actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del Derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y anti metafísica, donde se puede describir el contenido del Derecho de un

---

<sup>42</sup> Inconstitucionalidad 18-2018, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 11 de enero de 2019.

<sup>43</sup> Adolphus Hart, Herbert Lionel, (1961), El Concepto del Derecho, Abeledo-Perrot, pág. 321.

<sup>43</sup> Alf Ross, (2010), Sobre el Derecho y la Justicia, Edición Eudeba, pág. 200.

determinado país en un momento determinado, sin recurrir a ideas o principios tomados del Derecho o de la moral natural”<sup>43</sup>

De las anteriores definiciones se observa claramente que la principal tesis del positivismo es la separación conceptual entre moral y derecho, cuyo objeto de estudio es el derecho positivo, donde éste existe con independencia de su relación con la moral, el derecho bajo este paradigma puede ser justo o injusto, sin por ello perder validez.

Una generalidad importante que se debe de mencionar es la clasificación, del positivismo propuesta por Bobbio. Este autor italiano consideró que existían tres positivismos: i) el ideológico sintetizando, considera al derecho válido (especialmente si es válido por ser fruto de la voluntad de un órgano representativo democrático) como justo y sabio. La validez jurídica sería algo así como la garantía de la justicia y la sabiduría de una norma. Se refiere, pues, Bobbio<sup>44</sup> ii) El teórico o como teoría que resumiendo, considera que el derecho válido, por tanto el que obliga y el que es coercible, es el que es fruto del Estado por lo que termina por identificar positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. iii) El metodológico acercarse al estudio del derecho que, *grosso modo*, señala que el discurso científico legítimo del derecho no es otro que el que se ocupa del estudio del derecho positivo o válido, y no del derecho que debería ser derecho, es decir, derecho ideal, por lo que la elección determinada y consciente del objeto de estudio es lo que lo hace un positivismo, dejando de lado otras facetas que si bien igualmente pudieron ser estudiadas se dejan en manos de otras disciplinas diferentes a la jurídica.

### **2.3.1.1 CRITICAS A ESTA TEORÍA.**

A mediados del siglo XX, se comenzó a reconocer por teóricos y filósofos del derecho la crisis del positivismo jurídico. Esta crisis se presentó a partir del análisis del mismo y la constatación de que ya no ofrecía un

---

<sup>44</sup> Bobbio, Norberto, (1999), El problema del positivismo jurídico, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Coyoacan, Fontamara, pág. 37-67.

marco de referencia adecuado para abordar el estudio de la ciencia jurídica, en la aplicación del derecho carecía de fuerza legitimadora y como teoría resultaba insuficiente para explicar el fenómeno jurídico, para autores como Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Nino, Atienza, Ruiz Manero, Aguilo y Rodolfo Vázquez entre otros, la teoría positivista tiene serias limitaciones. Este cambio de paradigma se da a partir del análisis de la inminente conexión entre derecho y moral, como se demuestra al presentarse problemas legales en que el juzgador debe acudir a la argumentación moral por carecer de normas para solucionar el conflicto, por lo que resulta necesario dotar de contenido ético a las normas fundamentales, para lograr que el derecho en su aplicación sea justo y razonable.

De allí la crítica que se le hace al Positivismo por su postulación a la tesis de subsunción, según la cual toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte, y de la norma jurídica aplicable, por otra. En consecuencia, obvia de la tesis de la subsunción, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley. Lo que sería un incompatible con los textos constitucionales modernos que están llenos de principios y no de reglas; ya ante la presencia de principios constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se revela como un método interpretativo absolutamente superado, y lo que se exige es la ponderación y la razonabilidad, en la que ninguna de las normas en conflicto pierde su validez, sino que a la luz del caso concreto, el juez constitucional pondera bienes en tensión y trata de potenciar o maximizar hasta donde sea razonable ambos, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos<sup>45</sup>

Pensemos por ejemplo en el principio de igualdad, “en el cual no puede haber subsunción porque no existe una premisa mayor constitucional”. Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituye la libertad de expresión y el derecho al honor; cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados no puede imponerse

---

<sup>45</sup> Carrasco Perera, A., (1984), El Juicio de Razonabilidad en la Justicia Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, número 11, Madrid.

definitivamente ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible<sup>46</sup>

### 2.3.2 TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA.

Al estudiar el Test de Igualdad en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, es pertinente analizar la igualdad desde las diferentes ópticas en que se presenta en el Derecho Constitucional, “la igualdad como un principio jurídico y como un derecho fundamental”, para ello es pertinente referirnos a las Teorías del Derecho que aportan un análisis de los elementos indispensables para la efectiva tutela de los derechos fundamentales en un Estado constitucional de derecho, entre las cuales encontramos la teoría neoconstitucionalista.

La teoría neoconstitucionalista surge posterior al positivismo, como una nueva teoría jurídica que busca transformar el Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho<sup>47</sup>, para eso plantea mayor intervención estatal y la creación de espacios democráticos igualitarios y de respeto a los derechos fundamentales, de manera que la Constitución se vuelve vinculante en las relaciones sociales tanto públicas como privadas a través de reglas y principios con un contenido programático y axiológico. Según esta teoría los principios constitucionales se tienen que interpretar haciendo referencia a su contenido moral o a las doctrinas morales que ellos transmiten, pues, tanto los principios constitucionales como los derechos reconocidos, conforman el puente entre el Derecho y la moral, el cual es imprescindible no solo para crear derecho, sino, sobre todo para aplicarlo.

---

<sup>46</sup> Pietro Sanchís, Luis, (1997), **Constitucionalismo y Positivismo**, Editorial Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 60, México, pág. 41; cita al Tribunal Constitucional español impone “una exigencia de razonamiento complejo que haya de la mera subsunción, no se trata de imponer el triunfo de la libertad de expresión o del Derecho al honor, sino solo de mostrar y justificar el camino argumentativo que conduce a una u otra solución”

<sup>47</sup> Pozzolo, Susana, (1998), **Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional**, Doxa, Vol. 2, Núm.II.

El aporte de la teoría neoconstitucionalista que marca la diferencia del paso del positivismo se le atribuye al carácter meramente garantista de los derechos fundamentales, dejando atrás la consideración de la Constitución como el instrumento legal que organiza el sistema institucional de un Estado, agregando la función de organización del sistema normativo; suponiendo de esta manera una modificación al sistema básico del sistema de fuentes del Derecho, ya que por un lado incorpora los derechos fundamentales con numerosas disposiciones llamadas a regir en las relaciones intersubjetivas internas, y, por el otro, el juez puede aplicar directamente la Constitución sin que sea indispensable la mediación legislativa.

Finalmente, entre los diversos autores que han dado un aporte a esta teoría ha sido difícil llegar a un consenso de su contenido, pese a ello, existe unanimidad en cuanto a los caracteres principales, siendo estos: principios versus normas, ponderación versus subsunción, Constitución versus independencia del legislador, jueces versus libertad del legislador.

### **2.3.2.1 CRITICAS A LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA.**

Mientras que para algunos autores el Neoconstitucionalismo surgió<sup>48</sup> para resolver un problema entre Constituciones garantizadas sin contenido normativo, y Constituciones con contenido normativo más o menos denso, pero no garantizadas; para otros, es considerada una teoría incompleta por reducir el Derecho a la moral, siendo incapaz de dar cuenta de la especificidad del Derecho y del razonamiento jurídico, reduciendo a su vez los derechos fundamentales a principios morales, razón por la cual ha sufrido muchas críticas, de entre las cuales de destacan las siguientes:

La primera crítica que se realiza al Neoconstitucionalismo, se hace en atención a las cortapisas que prevé dicha teoría para la expresión y toma

---

<sup>48</sup> Alterio, Ana Micaela, (2015), **Una crítica al Neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales**, Tesis Doctoral, Getafe.

de decisiones de la ciudadanía, limitando gravemente las oportunidades para el auto gobierno, justificando estos límites a las mayorías en pro de los derechos fundamentales como triunfos que a su vez se apoyan en unos valores dados que le dan certeza en tanto que son protegidos por la Constitución, e interpretados en última instancia por un grupo de jueces. Esta crítica se emite teniendo en cuenta el pensamiento de Pisarello<sup>49</sup> respecto de los derechos fundamentales, él considera que de no activar e involucrar las esferas sociales más amplias que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, solo podría dar lugar a victorias fácilmente reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional.

La segunda crítica que se emite es en cuanto a la legitimidad, debido a que la teoría neoconstitucionalista propicia un esquema de derechos fundamentales para los sujetos, pudiendo con la presencia de los propios colectivos interesados propiciar un esquema que no solo se enfoque en derechos fundamentales para los sujetos, sino que se propicien derechos fundamentales con los sujetos, dejando la concesiones tecnocráticas revocables que conciben a los destinatarios antes como objetos que como sujetos de las políticas públicas, sino apropiaciones plurales, y autoconscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales.

### **2.3.3 TEORÍA POSTPOSITIVISTA.**

El postpositivismo es una teoría que surge con la necesidad de superar las deficiencias presentadas por la teoría positivista, por lo que se origina en la pretendida incompatibilidad del positivismo con la nueva realidad del Estado constitucional y en tener un enfoque exclusivo del derecho como sistema, y no como práctica social, es por ello que el rasgo fundamental del postpositivismo consiste en ver el derecho como una práctica social, lo cual no significa olvidarse de que el derecho es también un sistema normativo. Más exactamente, el derecho es una práctica social

---

<sup>49</sup> Pisarello, Gerardo, (2001), Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿Qué garantías?, Jueces para la democracia, N° 41.

de carácter autoritativo, y de ahí la importancia que tiene el sistema de normas. Pero las normas no constituyen, por así decir, el elemento fundamental del derecho sino que constituyen la forma externa del derecho o la organización externa de la sociedad, esto es, el elemento organizativo y necesario para satisfacer los fines del Derecho<sup>50</sup>.

Esta forma en la que el postpositivismo ve el derecho, significa un cambio ontológico, es decir, el derecho no sería ya un objeto, una realidad que está ahí afuera y que la teoría ha de describir y explicar; sino más bien es una actividad en la que lo esencial es fijarse en los fines y valores que ha de perseguir, para lo cual se hace necesario establecer una red normativa adecuada, que supere el problema de los límites del derecho y la conexión entre el derecho y la moral, razón por la que, se va incorporando la razonabilidad y argumentación en el derecho, así como la importancia de los principios y derechos fundamentales, que va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación por parte de los aplicadores del derecho.

En consecuencia, el pospositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho<sup>51</sup>. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles, por lo que, al tratar de resolver los conflictos lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino darle solución a los conflictos que todavía no están resueltos, aceptando que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos, claro, esto tomando en cuenta una práctica argumentativa orientada por valores objetivos y principios constitucionales, y modificar la realidad social con objetivos de justicia, dentro de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional.

---

<sup>50</sup> Atienza, Manuel, La concepción Postpositivista del derecho de Miguel Ángel Rodilla. <sup>51</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert, (1998), Postpositivismo, Doxa, N. 21, vol. 1, Editor Universidad de Alicante Área de Filosofía del Derecho.

Desde esta perspectiva es que interesa esta corriente de pensamiento al tema de estudio porque modifica algunos planteamientos por el positivismo, en cuanto argumentación suficientemente amplio y sistemático que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática, así también incorpora los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales, brindando así los instrumentos para resolver tales conflictos que se encuentran necesariamente más allá de las directivas del constituyente, más allá de lo que el constituyente ha ordenado, es decir en las razones que subyacen de las reglas<sup>51</sup>, en esta lógica, es que el tema encaja en dicha teoría ya que la igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes.

En relación al párrafo precedente la Constitución permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado, actividad que realiza examinando la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador y cumpliendo con el requisito de la proporcionalidad, es decir el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales.

Lo anterior, son precedentes para la aplicación del Test de Igualdad por parte de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, que a través de su jurisprudencia se encarga no solo de la constatación de un trato distinto, sino que consiste en establecer si existe o no en la disposición impugnada una justificación para el trato desigual otorgado a las situaciones jurídicas

---

<sup>51</sup> Ferrajoli Luigi, Moreso José Juan y Atienza Manuel, (2009), **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**, 2 Edición, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid.

comparadas, así también, el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión contenida en la disposición que adolece de la supuesta inconstitucionalidad, interpretando y estableciendo sus argumentos razonables sobre el examen de dicho Test.

### **2.3.3.1 MODIFICACIONES AL POSITIVISMO.**

En este apartado se presentarán de manera sucinta unas de las modificaciones que el postpositivismo le ha hecho al positivismo:

1. Del modelo de las reglas al modelo de los principios y reglas: para el positivismo la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas, es decir, normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa, cuya aplicación no exige más bien limita todo tipo de deliberación práctica o valoración; en cambio el postpositivismo para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos, es decir, hay normas que establecen una solución normativa, pero no definen un caso, lo que significa que los principios dotan de sentido a las reglas permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos valores jurídicos y, por otro, como resultados de un «balance, ponderación o compromiso» entre principios para el caso que ellas regulan<sup>52</sup>.

2. De los casos regulados/casos no regulados a los casos fáciles/casos difíciles: en el positivismo lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto y en casos de laguna queda a la discrecionalidad de quien resuelve el caso, no hay deliberación; en ese sentido el postpositivismo modifica en cuanto que no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, también hay principios. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente con las

---

<sup>52</sup> DOXA 30, (2007), Positivismo y Postpositivismo dos paradigmas jurídicos en pocas palabras, Cuadernos de Filosofía del Derecho.

otras reglas del sistema y coherente, es decir, valorativamente compatible con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuándo la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa.

**3.** De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica: en el positivismo el derecho se objetiva en normas y en actos, esta idea está en la base de la clásica distinción entre estática jurídica (el derecho es un conjunto de normas) y dinámica jurídica (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan y/o lo usan, en consecuencia, es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo.

En cambio, el postpositivismo lo modifica ya que ve el derecho como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación, ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo y pasa a ser reconstructivo de una práctica social. Por otro lado, el derecho como práctica presenta múltiples elementos que se encuentran en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

Después de haber estudiado las tres teorías propuestas en el presente trabajo, la investigación tendrá como base teórica la corriente Postpositivista en virtud que esta es una teoría argumentativa del derecho en cuanto subraya que la práctica jurídica y en especial en el Estado constitucional tiene en buena medida un carácter argumentativo aunque, naturalmente, en el derecho no todo es argumentación, pero ser consciente que esa dimensión abre al jurista grandes posibilidades de actuación para

transformar dicha práctica precisamente en el sentido de aproximarla a los valores del constitucionalismo<sup>53</sup>.

### **2.3.4 DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO, VALOR Y DERECHO.**

#### **2.3.4.1 LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO.**

La igualdad como principio jurídico<sup>54</sup> obliga a los poderes públicos a dispensar un trato a las personas acorde con su igual dignidad y que no puede ser diferenciado, para bien o para mal, en atención a sus características subjetivas, salvo que tengan una relevancia objetiva y razonable que justifique esa diferencia. Por ese motivo se proclama la igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación en atención a cualquier circunstancia de carácter personal o social. El principio de igualdad opera como una garantía que se despliega en dos niveles: la igualdad en la ley, y la igualdad en la aplicación de la ley, ya que no pueden permitirse discriminaciones ni al establecer el contenido de una norma, ni al darle cumplimiento.

Esa dimensión objetiva del principio de igualdad se complementa necesariamente con otra subjetiva, que supone el reconocimiento a cada persona del derecho individual a la igualdad de trato y a la no discriminación; tal derecho hace acreedora a la persona en sus relaciones jurídicas de una protección y garantías por parte de los poderes públicos que, al tratarse de un derecho fundamental tienen un carácter reforzado. Ahora bien, la garantía de la igualdad de trato ante la ley, de cada individuo y de los grupos de personas que compartan alguna característica común, tiene un carácter formal, que es necesario pero insuficiente para promover el progreso efectivo en la sociedad de las personas y grupos más desfavorecidos.

---

<sup>53</sup> Atienza, Manuel, (2014), Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del neoconstitucionalismo postpositivista, Revista Argentina de Teoría Jurídica vol 15.

<sup>54</sup> Montoya Melgar, Alfredo, (2007), La Igualdad como valor, principio y derecho fundamental, Editorial Arazandi, S.A.U.

#### **2.3.4.2 LA IGUALDAD COMO VALOR.**

La igualdad es considerada un valor de alcance general, de suma importancia junto a la libertad, indispensable para cimentar el Estado social y democrático de Derecho. Su fundamento es el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho de serlo, dignidad que es innata a la persona e inalterable por razón de las circunstancias. La igualdad como valor se proyecta en el sistema desde un punto de vista subjetivo como una garantía general de un trato igual y no discriminatorio de las personas por parte de los poderes públicos, y a la vez como derecho particular de cada individuo que debe ser protegido. Este valor opera desde el punto de vista funcional en dos dimensiones, la primera es una vertiente formal o jurídica, que se fundamenta en la igualdad de trato ante la ley, y la segunda, es una vertiente material o real, que supone la búsqueda de la igualdad efectiva en la vida social, a través de las mejoras en las condiciones de vida de los más desfavorecidos.

#### **2.3.4.3 LA IGUALDAD COMO DERECHO.**

La igualdad ha sido reconocida como un derecho fundamental<sup>55</sup>, el cual tiene como contenido la prohibición de toda discriminación en atención a cualquier circunstancia ya sea de carácter individual o social, eso como regla general, pero, excepcionalmente permite el trato desigual para lograr la igualdad entre personas que se encuentran en situaciones jurídicas desiguales por medio de la equiparación, siendo por tal razón, que la igualdad como derecho fundamental constituye la piedra angular de numerosas resoluciones, ya que mediante la vulneración a este derecho se puede alegar la vulneración de otra serie de derechos fundamentales.

---

<sup>55</sup> Núñez Zorrilla, Carmen, (2014), La igualdad como derecho fundamental y su protección general en las leyes actuales.

**CAPITULO III**

**TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO**

**CONSTITUCIONAL.**

**3.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A**

**LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.**

La igualdad real como principio, se observa como un mandato a los poderes públicos que depende, para hacerse efectivo, de los recursos disponibles y de la orientación política del Estado, mientras que el Derecho a la igualdad es un auténtico derecho fundamental que se manifiesta en un derecho subjetivo judicialmente exigible<sup>56</sup> y, en este orden de ideas, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha usado el principio de igualdad para enriquecer la interpretación del derecho a la igualdad o no discriminación, recordando que "la discriminación en sentido legal consiste en tratar de forma idéntica situaciones distintas o tratar de forma distinta situaciones que son idénticas" como se recoge, entre otras, en las sentencia Karlsson, de 13 de abril de 2000<sup>57</sup>, que pese a constatar estos extremos, abunda precisando que la diferencia de trato puede ser legítima si tiene una justificación objetiva.

La naturaleza jurídica del principio de igualdad es la de un mandato y la del Derecho de no discriminación un derecho fundamental, se han

---

<sup>56</sup> Úbeda De Torres, Amaya, (2003), **La política de empleo de la UE y la igualdad entre hombres y mujeres: Un desafío al futuro de Europa**", Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 7, número 15.

<sup>57</sup> Esta y otras distintas sentencias del TJCE que tratan sobre estas cuestiones se pueden consultar en Úbeda De Torres, Amaya, «El principio de igualdad de trato y de prohibición de discriminación por razón de sexo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.M., número 97, p. 177 y ss.

señalado tres diferencias importantes<sup>58</sup>; la primera, que mientras el principio de igualdad implican una protección específica de los actos de autoridad, el derecho a la igualdad es capaz de oponerse tanto a las autoridades como a los particulares; la segunda, que mientras la formulación jurídica del principio de igualdad solo puede ser planteada de manera negativa, en el sentido de una prohibición a las autoridades de realizar distinciones irracionales o arbitrarias en la aplicación o en la creación del derecho, el derecho a la igualdad no solo implica una prohibición de cometer algún tipo de distinción irracional sino que, desde una perspectiva positiva implica, además, el deber de tomar las medidas necesarias para combatir todas las formas de desigualdad injustificada hasta alcanzar una igualdad real en el goce y ejercicio de los derechos y, la tercera de ellas, que el Derecho a la igualdad y a la no discriminación no sólo se compromete con el principio formal de que todos deben ser tratados de igual manera en relación con la ley cualquiera que sea el contenido de esta, sino que parte de cierto contenido normativo mínimo al establecer como límites los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad humana.

En este sentido, destaca la crítica que Bertrand Rusell hizo al principio de igualdad cuando exclamó: "La igualdad existe lo mismo donde todos son esclavos que donde todos son libres", pues el derecho a la no discriminación exige, fundamentalmente, que todos los miembros de la sociedad, sin distinción de ningún tipo, tengan las mismas oportunidades para gozar de iguales derechos,<sup>59</sup> por lo que el derecho a la no discriminación logra complementar los principios de igualdad ante la ley y

---

<sup>58</sup> De La Torre Martínez, Carlos, (2006), El derecho a la no discriminación en México, Porrúa, México y Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, D.F., Pag. 160 y 161.

<sup>59</sup> Ídem.

de igualdad en la aplicación de la ley, para proponer una igualdad sustancial o material.

### **3.2 CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.**

#### **3.2.1 DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

En la Constitución de 1983, después de los acuerdos de Paz, abre la puerta a una más eficaz tutela de los Derechos Fundamentales, así como la apertura de un canal que permite la máxima expresión de una democracia, fruto del consenso y la deliberación. Lo que posibilita el desarrollo de una justicia “embrionaria” de los Derechos, desde el seno de algunas instituciones estatales. Otras, por el contrario, han mantenido o apoyado viejas culturas y antiguas forma de operar que se identifican más con las existentes en un Estado autoritario. Por lo demás, se podría decir que dicha situación es aceptable y hasta común dentro de los países en transición democrática, donde justamente conviven los cánones culturales que se desean erradicar, y aquellos que por el contrario desean implantarse. Aún hoy, en diversos ámbitos incluidos el de los Derechos Fundamentales es posible encontrar esta contradicción producto de nuestro momento histórico.

Desde la entrada en vigencia de nuestra Constitución, es posible considerar que la misma ha pasado por diversas etapas, en cuanto a su aplicación –no ya vigencia, sino eficacia- y en cuanto a su aceptación como norma jurídica vinculante y rectora del ordenamiento normativo salvadoreño por la población y los operadores jurídicos. Los primeros años de vigencia de la Constitución salvadoreña, no fueron fáciles en lo relativo a su eficacia y legitimidad, dado que la aplicación de la Constitución era relativizada por un contexto social y político que vivía un intenso conflicto. Al contrario, momentos como el actual, muestran que la simple discusión y oportunidad como la que nos es brindada en este texto, confirma la importancia del documento constitucional como norma que pretende fuerza y razón de ley.

Aunado a lo anterior, también es posible considerar que el entendimiento de nuestra Constitución ha poseído en todos y cada una de las fases históricas que pudiésemos analizar, diferentes significados en cuanto al contenido y definición de los derechos que posee.

Desde una máxima de experiencia, podríamos decir que, “nuestros derechos fundamentales en El Salvador, no son todos los que están en la Constitución y leyes de la República, ni tampoco, los que están, realmente son Derechos porque a pesar de su reconocimiento legal, dicha positividad o validez formal, no les brinda necesariamente algún grado de eficacia.

### **3.2.2 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR.**

El principio de Igualdad se recoge en la Constitución de la República, en el artículo 3 el cual señala que “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los Derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.” De la interpretación del artículo 3 en vigor de la Constitución de 1983 resalta entre las causas que ocasionan discriminación las originadas en función del sexo de las personas, estableciendo como primera premisa tanto las producidas directa como indirectamente, incluyendo aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales.

### **3.2.3 ATRIBUCIONES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.**

Todos los habitantes de la República, tienen acceso a la Justicia Constitucional, si la demanda es por violación a uno o más derechos constitucionales, pero si la demanda es de inconstitucionalidad de las leyes, el acceso está reservado a los ciudadanos salvadoreños. El Art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante L. Pr. Cn.), dice que "Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte

Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución"; el Art. 4 (L. Pr. Cn.), dice " Cuando la violación del derecho consista en la restricción ilegal de la libertad individual, cometida por cualquier autoridad o individuo, la persona agraviada tiene derecho al "Habeas Corpus" ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital.

Estas disposiciones tienen fundamento en lo dispuesto en el Art. 247 de la Constitución (en adelante Cn.), de igual redacción. En materia de inconstitucionalidad de las leyes el Art. 183 Cn., establece la exclusividad para la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 Cn. (en caso de Veto Presidencial por supuesta inconstitucionalidad de un decreto legislativo y la superación de éste, por resolución con 56 votos, de 84, tomada por la Asamblea Legislativa), el Art. 174 Cn., por su parte, crea el Órgano y su competencia en materia constitucional, es decir la Jurisdicción Constitucional.

Por lo que se puede deducir que para un efectivo control constitucional se tiene como presupuestos la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida, en el sentido que toma como base el dinamismo y viabilidad del cambio en la estructura de la norma jurídica y la manera de incorporar esos cambios a la ley fundamental, nuestra Constitución permite reformas pero a su vez las restringe (textos perpetuos); así también es menester un Órgano controlador independiente el cual se encuentra limitado por el inicio de la violación de un derecho fundamental y a la vez debe de ser imparcial lo que implica el deber de conducirse de una forma que no haga dudar la confianza de que quién decidirá lo hará sin un interés personal más que el de la sujeción a la Constitución y demás leyes de la República; por otro lado contamos con el derecho de los ciudadanos en reclamar ese control e impulsarlo, como artífices de la defensa

constitucional (Art. 73 ord. 2º Cn.) y, la sumisión de la decisión del Órgano contralor respecto a la legitimidad de la norma (efectos erga omnes Art. 183 Cn.); así se deduce que el referido proceso de inconstitucionalidad es un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional justo y necesario en un Estado de Derecho, con el objeto de dar certeza constitucional a las normas sometidas al control de legitimidad, siendo así que a grandes rasgos se desarrolla la jurisdicción constitucional salvadoreña a la cual tiene acceso cualquier ciudadano de la República.

En El Salvador la Sala de lo Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, este carácter se desprende del contexto de las disposiciones, estableciéndose que la Sala tiene la misión de conocer y resolver en materia de amparos, "habeas corpus" e inconstitucionalidades. Estas funciones son las que constituyen el plexo esencial que le permitirá constituirse en factor de equilibrio entre el poder y el hombre; es la garantía de que, en caso de violación de los derechos, existe la instancia adecuada para la reparación del daño.

### **3.3 LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES.**

#### **3.3.1 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

Este proceso es regulado en el Título II denominado Procesos de Inconstitucionalidad de la Ley de Procedimientos Constitucionales, este proceso es de carácter escrito, sin audiencias comunes para la comparecencia de las partes, lo que da lugar a la formación de expedientes en los que se consigna los intereses que las partes plantean en las diferentes fases del proceso. El objeto de Proceso de Inconstitucionalidad es, el de recuperar la constitucionalidad perdida o alterada por las decisiones normativas que se producen en sede legislativa, así como las normas creadas por los funcionarios administrativos, según las circunstancias. Por lo que constituye un control abstracto de normas jurídicas cuyo fundamento de la pretensión no exige la existencia concreta

de hechos que afectan una esfera jurídica, siendo nada más necesario la exposición de motivos de inconstitucionalidad. (Art.6 LPrCn).

Por ser el proceso un control abstracto, la causa de la pretensión radica en motivos alegados por parte del pretensor sobre la legitimidad constitucional, asumiendo una confrontación de normas, destacado por dos elementos sine qua non, denominados: Parámetro de Control y, Objeto de Control. Descritos muy puntualmente por el artículo 6 numerales 2 y 3 de la Ley de Procedimiento Constitucionales, que literalmente dice:

“Art. 6.- La demanda de inconstitucionalidad deberá presentarse por escrito ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y contendrá: ...2)-La ley, el decreto o reglamento que se estime inconstitucional,...” configurándose lo que conocemos como Objeto de Control y siempre en el mismo artículo en su siguiente numeral configura lo denominado como Parámetro de Control “...3)-Los motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la Constitución..”

En síntesis, el parámetro de control está conformado solamente por la Constitución de la República, entendida como el cuerpo normativo integrador del orden jurídico de la comunidad y del principio de organización que al Estado le permite el resguardo de los derechos, sometiéndose a una especie de competencia para no obstaculizar su ejercicio, lo que es posible solamente con la división de poderes<sup>60</sup> y por medio de sus principios y valores; mientras que el objeto de control, lo constituyen las disposiciones infraconstitucionales que conforman el marco jurídico legal del país; sin mayor glose se expone una concisa paráfrasis de lo que está sujeto al proceso de inconstitucionalidad como objeto de control.

La inadmisibilidad de la demanda no se encuentra expresamente contemplada en el Título II de la Ley de Procedimientos Constitucionales,

---

<sup>60</sup> Solano Ramírez, Mario Antonio, (2000), ¿Qué es una Constitución?, 1ª ed. San Salvador, SV: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Pág. 253.

el cual refiere al proceso de inconstitucionalidad, sin embargo, la misma ley lo contempla en su artículo 18. El cual literalmente dice:

“Recibida la demanda, la Sala la admitirá si se hubiere llenado los requisitos que exige el Art. 14. En caso contrario, prevendrá al demandante que lo haga dentro del plazo de tres días contados a partir del día siguiente de la notificación. La falta de aclaración o de corrección oportuna, producirá la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda”

Es decir, si la demanda presentada no cumple con los requisitos de fondo, la demanda es declarada inadmisibile o en su caso improcedente, pero si carece de requisitos formales se realizará una prevención, la cual de no cumplirla dentro del plazo legal de tres días tal como lo señala el artículo en mención. O cumpliéndola en tiempo, no subsana lo esencial de la prevención, provoca la inadmisibilidad, sin discutir el fondo de la cuestión planteada. Por lo que a raíz de lo anterior surge la necesidad de esclarecer cuando nos encontramos frente a requisitos de fondo y cuando son puramente requisitos de forma.

- a) Requisitos de Fondo, constituidos por la configuración de los elementos de la pretensión constitucional del requirente.

La pretensión requiere establecer los límites sobre los cuales el tribunal constitucional ha de conocer y pronunciarse jurídicamente, lo que implica el correcto señalamiento de los elementos requeridos para su configuración dentro de los cuales se encuentran elementos objetivos y subjetivos y elementos jurídicos y facticos. Dentro de los Elementos Objetivos se tiene que la pretensión constitucional, ha de estar planteada por un ciudadano ante la omisión o mandato expreso o bien ante un acto en concreto ya materializado con efectos generales por parte de algún Órgano de Estado basado en la ley suprema; por otro lado, la pretensión tiene que fundarse en motivos estrictamente constitucionales desechando cualquier otro tipo de fuente formal del derecho existente (Elemento Subjetivo).

Respecto a los Elementos Jurídicos y Fácticos se hace referencia que la pretensión debe de contener según el primero la señalización concreta de la o las disposiciones lesivas a la Constitución al igual que la especificación de las disposiciones constitucionales que se transgreden y dentro del elemento fáctico se configuran las argumentaciones del actor expuestas para evitar la aplicación de esa disposición, siendo las razones alegadas por el impetrante lo que constituyen el elemento fáctico que a su vez configuran su causa y a la cual la Sala de lo Constitucional hará referencia en su resolución<sup>61</sup>

- b) Requisitos de Forma, como consecuencia de la oscuridad en la demanda existirá una prevención, por ejemplo, que no contenga la Autoridad, funcionario o particular a quien se demanda o atribuye el acto impugnado, entre otros requisitos formales que señala el artículo 14 de la LPrCn, que por analogía se aplicarían en los procesos de inconstitucionalidad.

Respecto a la declaratoria de Inconstitucionalidad con base al artículo 14 de la Ley Orgánica Judicial, la Sala de lo Constitucional para poder deliberar dentro de los procesos de inconstitucionalidad de las normas jurídicas, es menester contar con por lo menos cuatro votos conformes de los cinco miembros que conforman a dicha Sala, indistintamente sea una sentencia interlocutoria o definitiva, por lo que se adopta una posición de consenso para solucionar la problemática. Así, la sentencia definitiva que resuelve el proceso de inconstitucionalidad cuenta con dos efectos según el artículo 10 de La Ley de Procedimientos Constitucionales, los cuales son:

- a) La imposibilidad de interponer recursos en contra de la sentencia definitiva lo que configura el efecto de cosa juzgada, y;
- b) será de obligatorio acatamiento de un modo general para todos

---

<sup>61</sup> Burgos De Olivares, Karina; González Bonilla, Rodolfo Y, Martínez Ramos, Jorge, (2007), **Ley de Procedimientos Constitucionales**, 1ª ed. San Salvador, SV: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, pág. 2.

los Órganos de Estado (efectos erga omnes).

Si la sentencia de la Sala fuese desestimatoria, es decir, se declara que no existe la inconstitucionalidad alegada, ninguna autoridad puede negar su aplicación amparándose en la figura legal de la inaplicabilidad de la ley según lo establecido en el art. 10 inciso 2° de la LPrCn.

### **3.4 JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEST DE IGUALDAD.**

El objeto de este apartado se va a ceñir a un análisis crítico del Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador emanada de los procesos de inconstitucionalidad, apoyado de precedentes jurisprudenciales de Tribunales Constitucionales influyentes, en el cual se desarrollara en un primer momento el contenido material del derecho constitucional a la igualdad que viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas, es decir, se explicara la manera en que la Sala como máximo intérprete de la Constitución dota de contenido la igualdad como tronco común de todas las manifestaciones de la misma, para determinar si el contenido de una norma ha infringido el principio de igualdad.

Posteriormente se estudiarán los precedentes relevantes en materia de Igualdad en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2018, delimitando los criterios que deben de analizarse para proceder a la realización de un juicio de igualdad a un caso concreto. Consecuentemente, se determinará la estructura de cada uno de los Test de Igualdad (Norteamericano, Europeo y Colombiano) que la Sala de lo Constitucional ha establecido como base en su jurisprudencia, es decir, la razonabilidad, la proporcionalidad y la conjunción de ambos, con la finalidad de profundizar en el estudio de cada una de estas partes, destacando las ventajas y desventajas de la aplicación de estos. Finalmente se realizará un análisis diferenciador entre el Test de Igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, por un lado, con el objetivo de lograr el planteamiento de alternativas que aporten ideas a la Sala de lo Constitucional para hacer del

juicio de igualdad algo más previsible y menos casuista, por otro, han de ayudar a proporcionar la necesaria seguridad jurídica que en toda relación jurídica es imprescindible.

### **3.4.1 APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DEL PERIODO 2009-2018.**

El papel de la jurisprudencia es fundamental en el ámbito jurídico debido a que gracias a ella se consigue salvar las imperfecciones que tiene el ordenamiento jurídico mediante la creación de contenidos normativos para futuros casos que puedan tener un parecido sustancial; de igual forma, mediante la emisión de la jurisprudencia se crean precedentes, es por ello, que entre las funciones más significativas se encuentra la interpretadora e integradora, por lo que es de suma importancia en la presente investigación desarrollar la aplicación del Test de Igualdad en la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional.

#### **3.4.1.1 INCONSTITUCIONALIDAD 34-2012.**

En este proceso se solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 43 de la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las bebidas alcohólicas, en adelante LERPCABA, en lo relativo a la alícuota impuesta a la cerveza de malta, por la aparente incompatibilidad con el artículo 3 Inc. 1° de la Constitución de la República. El demandante expone que la cerveza de malta con grado alcohólico volumétrico hasta un 6%, es gravada con una alícuota de US \$0.0900, mientras que el ron y el vodka con grado alcohólico volumétrico hasta 37%, son gravados con una alícuota de US \$0.0500, circunstancia que configura un tratamiento desigual objetivo, fundamento esta postura en una de las obligaciones derivadas del principio de igualdad que la Sala ha establecido en su jurisprudencia “tratar de manera diferente aquellas situaciones

jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes<sup>62</sup>”.

Previo a resolver, la Sala hace algunas consideraciones del principio de igualdad en materia tributaria, estableciendo que cuando el problema jurídico implica la supuesta vulneración al artículo 3 Inc. 1° de la Constitución de la República, esta Sala debe realizar el juicio de igualdad, como una exigencia inicial para constatar la objetividad de la ley, este juicio, obliga a realizar un análisis para establecer la existencia o no en la disposición impugnada de una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas, por lo que resulta ineludible hacer referencia a la razonabilidad como principio rector del tratamiento diferenciado, en relación con los fines perseguidos por el impuesto; por tanto, el principio de igualdad se traduce en un control sobre la justificación objetiva y razonabilidad de la norma.

Para resolver el caso antes descrito la Sala se basó en la regla de la razonabilidad, a efecto de determinar si la diferencia alegada es compatible con el principio de igualdad, en ese sentido, sostiene que la razonabilidad se erige como una regla interpretativa que conlleva la adecuación y análisis de todos los elementos concomitantes para crear tratos diferenciados en las disposiciones jurídicas, que de forma sintética pueden resumirse en: I- Los motivos por los cuales se decidió realizar una desigualdad normativa; II- Los fines que jurídicamente son contemplados por el ordenamiento jurídico; y III- Los medios para conseguir los fines propuestos<sup>63</sup>.

Lo anterior obliga a someter el artículo objetado a un examen en el cual debe encontrarse, primero, la razón o motivo sustancial de la diferenciación, segundo, una vez determinado que existe una razón,

---

<sup>62</sup> Inconstitucionalidad 18-2018, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 11 de enero de 2019.

<sup>63</sup> Inconstitucionalidad 34-2012, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 18 de septiembre de 2015.

verificar si esta es legítima desde el punto de vista constitucional y el mecanismo que se considera adecuado para tal finalidad.

Finalmente, el Tribunal Constitucional evidencia que el Considerando IV del decreto legislativo que contiene la disposición objetada, se dirige al fin propuesto por la Asamblea Legislativa, por ende, el incremento de la alícuota del impuesto objetado, conlleva la implementación de una medida consecuente para alcanzar el fin inmediato o fiscal del tributo ahora cuestionado, ya que desde una perspectiva estatal, lo que se pretende es el acrecentamiento de los fondos gubernamentales para la implementación de políticas públicas que tengan por objeto la posibilidad real y concreta del Estado de satisfacer las externalidades sociales negativas que se producen por la ingesta de bebidas alcohólicas, razón por la cual, en la sentencia objeto de estudio se declara que no existe la inconstitucionalidad alegada en lo relativo a la alícuota impuesta para la cerveza de malta, por la supuesta vulneración al principio de igualdad consagrado en el art. 3 inciso 1° de la Constitución.

#### **3.4.1.2 INCONSTITUCIONALIDAD 15-2014.**

En esta sentencia la Sala de lo Constitucional analiza un caso de inconstitucionalidad por omisión, este tipo de inconstitucionalidades configuran uno de los medios más novedoso de control de constitucionalidad, debido a que tiene como finalidad controlar la regularidad del orden jurídico ante las omisiones en que incurre el órgano legislativo en el correcto cumplimiento de los mandatos constitucionales para legislar y que, por tanto, no permiten que las normas de la carta fundamental desplieguen correctamente su eficacia jurídica. Por tal razón, en el referido proceso, los demandantes consideran que es pertinente declarar la inconstitucionalidad del artículo 195 del Código Electoral, por generar tratos discriminatorios hacia un determinado grupo de personas al no regular la forma, tiempo y condiciones para el ejercicio del voto de los agentes de la Policía Nacional Civil y estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad.

En este orden de ideas, los demandantes consideran que la disposición objeto de litigio vulnera el principio de igualdad ante la ley del artículo 3 Inc. 1°, en tanto que limita el derecho fundamental al sufragio contenido el artículo 72 Ord. 1° de la Constitución de la República; sosteniendo que el grupo de personas a los que se les genera una afectación en la esfera de sus derechos se encuentran obligados de conformidad a los artículos 86 y 87 de la Ley de la Carrera Policial, a prestar sus servicios en cualquier lugar de la República, el tiempo que sea necesario, durante los procesos electorales.

Para resolver el caso antes descrito la Sala de lo Constitucional además de hacer ciertas consideraciones respecto del principio de igualdad y el derecho fundamental al sufragio, considera pertinente realizar un examen del motivo de constitucionalidad planteado, al no contar en el referido proceso con una justificación de parte del órgano emisor de la disposición legal objetada en la que se puedan constar los siguientes elementos: I- La finalidad real de la norma impugnada; II- El interés constitucionalmente relevante que se pretende proteger; III- Que describa como la norma objeto de impugnación es el medio adecuado para la satisfacción del fin perseguido. Circunstancia que hace imposible continuar con el juicio de razonabilidad, lo que directamente reafirma la existencia de una exclusión arbitraria.

En consonancia con lo anterior, se hace necesario para determinar la existencia de un trato desigual injustificado hacia un determinado grupo de personas, la realización de un juicio de igualdad, razón por la cual la Sala se refiere al método utilizado por la Corte Constitucional Italiana para determinar cuándo se infringe el principio de igualdad. Este método supone en un primer momento, averiguar la finalidad real de la norma impugnada en donde la búsqueda de la finalidad de la norma estará en función del fin objetivo y el fin subjetivo; el segundo paso de este método exige comprobar si la finalidad perseguida protege un interés constitucionalmente relevante; en tercer lugar, se debe enjuiciar si la norma es el medio adecuado para la satisfacción del fin perseguido.

El tercer paso se vuelve obligatorio en dos casos específicos, que son<sup>64</sup>:

1. Cuando la ley utiliza como criterio de diferenciación alguna de las consideraciones expresamente prohibidas en la Constitución, tales como: sexo, lengua, religión, raza, u opiniones políticas en donde el juicio de proporcionalidad se realiza siempre y la presunción de inconstitucionalidad se invierte y variara según el criterio empleado.
2. Cuando la ley persigue una finalidad igual a la perseguida por otra norma, sin que, aparentemente, se advierten exigencias objetivas secundarias que puedan justificar su existencia en el ordenamiento jurídico.

Finalmente se declaró la inconstitucionalidad por omisión de modo general y obligatorio del artículo 195 del Código Electoral, por contravenir el art. 3 de la Constitución de la República, en cuanto a permitir que los agentes de la Policía Nacional Civil y de los estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad Pública puedan hacer uso de la modificación a las condiciones de ejercicio art. 79 ord. 3° Cn. para la emisión del derecho al sufragio activo art. 72 ord. 1° Cn.; lo cual los excluye arbitrariamente de beneficio de votar en el centro de votación en el que prestan sus servicios de seguridad durante el evento electoral.

#### **3.4.1.3 INCONSTITUCIONALIDAD 44-2015.**

En esta sentencia la Sala de lo Constitucional analiza una inconstitucionalidad por vicio de contenido del artículo 339 del Código de Trabajo, por la supuesta contravención con el principio de igualdad regulado en el artículo 3, y el derecho a la seguridad social contenido en el artículo 50 Inc. 1° de la Constitución de la República, por considerar que existe un tratamiento diferenciado injustificado, al requerir dicha disposición

---

<sup>64</sup> Inconstitucionalidad 15-2014, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 22 de Junio de 2016.

exigencias adicionales a los hombres para poder optar a la indemnización correspondiente que no son obligatorias para las mujeres.

Consecuentemente, el problema jurídico a resolverse consiste en determinar si la disposición objeto de litigio contienen un trato desigual carente de justificación, respecto de ello, la Sala considera pertinente aclarar que por su vigencia la disposición objeto de control es preconstitucional, pues entro en vigencia antes que la actual Constitución de la República, por lo que de acuerdo con el artículo 249 de la ley fundamental, toda disposición preconstitucional que contradiga los preceptos constitucionales queda derogada, la cual, no necesita ser declarada por la Sala, sino que lo que esta hace es constatar la inconstitucionalidad.

Finalmente, el Tribunal Constitucional luego de referirse a los precedentes jurisprudenciales, considera pertinente constatar la inconstitucionalidad del artículo 339 del Código de Trabajo, por lo que, el control constitucional realizado en el presente caso solo obedece a razones de seguridad jurídica. Al proceder a la realización del juicio de igualdad, la Sala expone que para afirma la existencia de igualdad o su ausencia, debe de existir un término de comparación, entre dos sujetos, situaciones, y el término que se utiliza para ello; este término de comparación no viene dado por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino que su determinación es una decisión libre, de quien elige el criterio de comparación.<sup>65</sup>

En atención a la existencia de un término de comparación que se configura en razón del género, y habiendo determinado el Tribunal Constitucional la existencia de un trato diferenciado carente de justificación, procede a declarar que el art. 339 del Código de Trabajo, emitido mediante Decreto Legislativo n° 15, de 23-VI-1972, publicado en el Diario Oficial n°

---

<sup>65</sup> Inconstitucionalidad 19-2001, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 11 de noviembre de 2003.

142, tomo 236, de 31- VII-1972, contraviene el art. 3 Cn. únicamente en lo relativo al requisito de que el cónyuge o compañero de vida que fuere varón deba acreditar por medio de peritos que no tiene aptitud para el trabajo para poder optar a la indemnización prevista en tal disposición, pues constituye una diferenciación carente de razón suficiente y basada en un supuesto rol de dependencia de la mujer, que resulta inaceptable, anacrónico e infundado.

#### **3.4.1.4 INCONSTITUCIONALIDAD 66-2016.**

La presente inconstitucionalidad es otro referente en cuanto a la aplicación del Test de proporcionalidad, es decir el modelo europeo, en la demanda se plantea en síntesis que el artículo 68 del código de trabajo, le permite al patrono de forma tajante dar por terminado el contrato individual de trabajo sin responsabilidad alguna para con el aprendiz, dicha disposición impugnada vulnera el principio de igualdad reconocido en el art. 3 inc. 1° de la Constitución, al generar un trato diferenciado, pues, a su criterio, la labor que realiza un aprendiz merece la misma protección que la realizada por un trabajador común.

El pretensor sostiene que el hecho de que existan trabajos sujetos a regímenes especiales no les despoja a los mismos de su carácter de trabajo, con la salvedad que difieren en características peculiares en cuanto a su modalidad, pero ello no debe considerarse como un permiso para que el Legislador de forma arbitraria vuelva nugatorios todos aquellos derechos o garantías inherentes al derecho al trabajo manifestando así que dicho trato diferenciado es arbitrario, ya que del texto del Código de Trabajo no se deducen características inherentes a la naturaleza del régimen laboral especial en mención que permitan comprender por qué en caso de despido el patrono no está obligado al pago de la indemnización, vacación y aguinaldo correspondiente.

Sobre dicho planteamiento, la Sala se manifiesta y específicamente sobre el termino de comparación, que en la jurisprudencia constitucional se

trata de una herramienta de análisis que permite constatar que a determinados sujetos, ante situaciones de hecho iguales, se les ha dispensado un trato diferente sin justificación razonable o que en supuestos distintos se les ha equiparado injustificadamente, para lo cual debe reunir como elementos indispensables: (i) el factual, es decir los hechos, situaciones, regímenes o normas en los cuales se basa la comparación que permita deducir la diferenciación de trato; (ii) el establecimiento de similitudes y diferencias del elemento fáctico, que sirvan de fundamento para reclamar un trato equiparador o diferenciado; y (iii) la finalidad y perspectiva de comparación, que se refiere a las razones por las cuales se formula la comparación estableciendo la necesidad o la irrelevancia del factor diferencial para la protección de bienes jurídico<sup>66</sup>.

Es en este sentido es que la Sala aporta los elementos indispensables para plantear una supuesta desigualdad donde quede evidenciado el termino de comparación, elementos que van desde la óptica del modelo de Test de Igualdad europeo, por lo que, para que un objeto, sujeto, situación o relación sirva como término de comparación es preciso que presente las cualidades de validez e idoneidad. La validez se refiere a su conformidad con el ordenamiento jurídico, mientras que la idoneidad hace referencia a la necesidad de que éste represente una situación fáctica o jurídica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato desigual que se denuncia, es decir que se traten de situaciones jurídicamente comparables.

Por lo que en el caso planteado por el demandante la Sala vierte su criterio respecto a la supuesta desigualdad, dicho criterio consiste en que no resulta idóneo el planteamiento, ya que se proponen situaciones que no son susceptibles de comparación en términos fácticos y jurídicos; lo anterior se debe a que el actor pretende comparar categorías no homogéneas de sujetos que, aunque poseen un vínculo contractual con su respectivo patrono, se encuentran en regímenes laborales diferentes. De todo lo

---

<sup>66</sup> Inconstitucionalidad 66-2016, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 08 de agosto de 2016.

establecido con anterioridad, es evidente que la demanda no cumplió con los criterios necesarios para formular el término de comparación y es en este sentido que el máximo intérprete señala en la presente inconstitucionalidad las directrices y a la vez las razones por las que no procede la demanda.

#### **3.4.1.5 INCONSTITUCIONALIDAD 23-2018.**

Esta inconstitucionalidad es uno de los casos innovadores que ha tenido la Sala, en cuanto que es una demanda que cumple con los criterios para plantear el término de comparación y queda firmada como un anuncio de la posibilidad de integrar los Test, es decir, el de razonabilidad y proporcionalidad, con mayor énfasis en el principio de proporcionalidad. En dicha demanda se expone que el artículo 242 inciso 3º y 4º del Código Electoral reformado posteriormente por el Decreto Legislativo nº 748, del 25 de julio de 2017, por supuestamente vulnerar los arts. 5 y 6 inc. 1º de la Cn, en cuanto que el artículo 242 del Código Electoral estatuye una sanción pecuniaria para los ciudadanos que, sin justa causa, luego del sorteo correspondiente, se nieguen a integrar dichas juntas receptoras y, además, una serie de restricciones para los que no cancelen la multa en los plazos establecidos, las cuales pueden tener una duración de un máximo de 3 a 5 años, según el tipo de elección de que se trate, en contravención al derecho a la libertad de circulación (art. 5 de la Cn.) y al derecho de acceso a la información pública (art. 6 inc. 1º de la Cn.).

Respecto a las sanciones y restricciones reguladas en las disposiciones antes establecidas la demandante manifiesta que aunque las sanciones aludidas tienen un fin constitucionalmente legítimo por perseguir la efectiva conformación de los organismos electorales temporales y el cumplimiento de obligaciones pecuniarias impuestas por el Tribunal Supremo Electoral, son medidas desproporcionadas por su falta de idoneidad para la obtención de dicho fin, concretamente porque con su

aplicación no se obtiene el pago de las multas por parte de los infractores, sino que su efecto es meramente disuasorio para que los ciudadanos no se nieguen a integrar juntas receptoras de votos, “por tanto, el nivel de satisfacción del fin perseguido por el legislador puede considerarse leve [...]. Por el contrario, la afectación que con dichas sanciones sufren los derechos a la libertad de circulación, de acceso a la información pública y a la identificación puede catalogarse como intensa [...]”<sup>67</sup>.

Ahora bien, la Sala se pronuncia respecto de los derechos contenidos en los artículos 5 y 6 inciso 1º de la Cn., de los cuales deviene la presunta infracción al principio de proporcionalidad en la formulación del decreto legislativo impugnado, en tal sentido el máximo intérprete hace las siguientes consideraciones: que el principio de proporcionalidades uno de los que imbuyen a las ramas del Derecho relativas al poder sancionatorio del Estado y constituye una herramienta argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado y, en ese sentido, se define esencialmente como un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales, tal principio irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos – el Legislativo, principalmente– que exige que la limitación de derechos no sea desproporcionada, de lo contrario se debe declarar su inconstitucionalidad.

El mencionado principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales, apareciendo como un conjunto articulado de tres subprincipios: i) idoneidad: este consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido, es decir, la limitación para fomentar esa finalidad. En tal sentido, no se pretende determinar si la medida es la más idónea en comparación con otras que pudiera considerar la jurisdicción constitucional, sino que, por el contrario, se busca verificar si la medida examinada logra, en algún

---

<sup>67</sup> Inconstitucionalidad 23-2018, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 21 de mayo de 2018.

modo, alcanzar el fin perseguido. ii) necesidad: es una comparación donde se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato; y, en segundo lugar, si afecta al derecho fundamental en un grado menor.

En este orden de ideas el tercer subprincipio es proporcionalidad en sentido estricto: determina si la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa, implica que las ventajas que se obtienen deben compensar los sacrificios que incluye para los titulares del derecho fundamental afectado y para la sociedad en general. Posterior a estas consideraciones la Sala advierte que la demandante ha logrado establecer adecuadamente tanto el fundamento jurídico como material de la pretensión, al haberse aportado no sólo la confrontación normativa respectiva, sino, además, el contenido adecuado a los parámetros de control propuestos y los argumentos mínimos para sustentar su reclamo relacionado con la probable vulneración al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria generado por la norma objeto de control, por lo que se procedió a la admisión de la misma.

#### **3.4.1.6 INCONSTITUCIONALIDAD 35-2018.**

La inconstitucionalidad señalada en este apartado, es una sentencia que trata de subsumir en el Test de igualdad el modelo colombiano, el cual es una conjunción de la razonabilidad y la proporcionalidad, evidenciando en dicha sentencia el carácter escalonado del Test de Proporcionalidad, en ella los demandantes plantean, en síntesis: que la contravención se da entre el artículo 4 n° 2 y 5 inciso 2° de la Ley Especial para el Ejercicio del Voto desde el Exterior en las Elecciones Presidenciales (LEEVEEP) y los artículos 3 inciso 1° y 72 ordinal 1° Constitución (Cn.), expresan que el art. 4 n° 2 LEEVEEP establece que, para que puedan votar desde el exterior los ciudadanos salvadoreños, deben estar inscritos en el registro electoral

y en el padrón electoral de residentes en el exterior (PEREX), mientras que el art. 5 inciso 2° de la misma ley estatuye que, para formar parte de dicho padrón, estos deben manifestar su voluntad inequívoca de ser incluidos en él.

Los pretensores señalan que este último requisito vulnera el principio de igualdad (art. 3 inciso 1° Cn.), en relación con el ejercicio del derecho al sufragio activo (art. 72 ordinal Cn.), porque implica un trato diferenciado injustificado entre los ciudadanos que tienen su domicilio en el exterior a los que se les exige ese pronunciamiento para formar parte del padrón electoral de residentes en el exterior y aquellos domiciliados en territorio salvadoreño, a quienes la ley no se los requiere, sino que son "automáticamente incluidos en el registro electoral y pasan a formar parte del padrón electoral y por ende pueden votar.

En relación a lo anterior los ciudadanos alegan que el fin que persigue el legislador con dicha medida es darle el mayor grado de certidumbre a la votación de los ciudadanos salvadoreños en el exterior en elecciones presidenciales, mediante el óptimo funcionamiento de aspectos administrativos, como la necesidad de contar con un registro de electores confiable, la correcta autenticación de la identidad de los votantes, la adecuada integración de los organismos encargados del recuento del voto, entre otros, por lo que, la finalidad es legítima desde un punto de vista constitucional, pero es desproporcionada y provoca la vulneración a los parámetros de control citados.

Como fundamento de su alegato, sostienen que la medida impugnada es idónea para alcanzar el fin mencionado, porque proporciona "cierto grado de certeza" al Tribunal Supremo Electoral sobre la participación de electores en el exterior y tiene una "relativa incidencia" en la formación de un registro de electores confiables. Además, afirman que el padrón electoral de residentes en el exterior coadyuva de alguna manera a lograr una correcta autenticación de la identidad de los votantes, pero esa idoneidad es mayor para la integración del número de las juntas receptoras

de votos necesarias y de la publicación transparente de los padrones electorales.

Sin embargo, sostienen que "[...] la medida no es idónea para asegurar la participación de todos los integrantes del cuerpo electoral que residen en el exterior, pues significa una intervención excesiva <sup>68</sup>". Asimismo, indican que el requisito estatuido en los artículos 4 n° 2 y 5 inciso 2° LEEVEEP es innecesario porque existían otras medidas con igualdad adecuación para la obtención del fin identificado, pero con menor lesividad a los derechos intervenidos, en específico, el empadronamiento automático, es decir, la inclusión de los ciudadanos en el PEREX sin necesidad de manifestar su voluntad inequívoca de ser integrados al mismo.

En este orden de ideas la Sala ha sido explícita en que el alegato de violación a la igualdad, implica para los demandantes la carga de argumentar racionalmente la concurrencia de elementos concretos, a saber: si el objeto de control contiene una desigualdad por equiparación o diferenciación; la aportación del término de comparación, es decir, la precisión de los sujetos o situaciones entre los que ocurre la desigualdad; la inexistencia de una justificación para el trato equiparador o diferenciador, lo que conlleva identificar la finalidad perseguida por el legislador con dicha medida y su legitimidad desde un punto de vista constitucional, su idoneidad para la obtención de ese fin y, en su caso, su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; y, por último, la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, en virtud de la equiparación o diferenciación advertida <sup>69</sup>.

La Sala de lo Constitucional como máximo interprete al aplicar tales conceptos, considera que la pretensión se encuentra adecuadamente

---

<sup>68</sup> Inconstitucionalidad 35-2018, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 08 de junio de 2018.

<sup>69</sup> Inconstitucionalidad 37-2015, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 12 de agosto del 2015.

formulada tanto en su fundamento jurídico como material. Por tal razón, la demanda se admitirá para determinar si el requisito de la inscripción en el PEREX de los ciudadanos salvadoreños domiciliados en el exterior para votar en elecciones presidenciales que se establece en los arts. 4 n° 2 y 5 inc. 2° LEEVEEP, constituye una mera regulación o una limitación del derecho al sufragio activo (art. 72 ord. 1° Cn.) y si, en caso de constituir una limitación, se trata de una medida desproporcionada y, por tanto, carente de justificación que implica la vulneración al principio de igualdad.

#### **3.4.1.7 ANALISIS CRITICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.**

Después de haber planteado la jurisprudencia más significativa en torno al Test de Igualdad, se vuelve necesario hacer un análisis de las sentencias ya establecidas y de una manera general de la jurisprudencia de la Sala, identificando los precedentes adoptados por la Sala, que sirven de base al momento de realizar un juicio de igualdad, los elementos indispensables para deducir la diferenciación de trato, y los criterios que la Sala aplica para determinar el Test, así mismo dejar en este apartado evidenciado algunas limitaciones y falencias que como equipo investigador hemos observado en las sentencias de la Sala; por lo que, a continuación se detallará.

Los precedentes que la Sala adopta, vienen dados por la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales que ya fueron citados en apartados anteriores y en gran parte por la doctrina constitucional, permitiendo de esta manera, consolidar una línea jurisprudencial innovadora en muchas estructuras de la sociedad, así como al tema que nos compete, es el caso que aquellos conflictos dirimidos en torno a la igualdad la Sala analiza y determina el Test a aplicar, por ejemplo, aquellos casos que versan sobre cuestiones económicas son examinadas por uno de los escrutinios que es el débil, el cual tiene como fin exigir que el legislador no arroge decisiones arbitrarias sino que estén fundadas en un mínimo de razonabilidad; así mismo, en las situaciones presentadas ante

la Sala como supuesto de desigualdad como son los casos de discriminación que obedecen a criterios sesgados, que están relacionados con derechos de colectivos o situaciones de personas, nos encontramos en presencia de categorías sospechosas, estos son estudiados por el escrutinio estricto y requieren de un análisis más exigente, estos ejemplos planteados son tratados por el Test de Razonabilidad.

Otros procesos de inconstitucionalidad son resueltos por el modelo de proporcionalidad, por ejemplo, aquellos que se refieren a tratamientos desiguales injustificados, y que requieren auxiliarse del principio de proporcionalidad que contiene una serie de criterios y directrices para constar si un trato desigual es proporcional al fin legítimo que la supuesta diferenciación persigue; en consecuencia la Sala lo que ha hecho es retomar precedentes por la jurisprudencia comparada para resolver los conflictos, y lo va relacionando en la sentencia; y es, sobre este punto, en el cual consideramos la Sala tiene falencias, debido que en la mayoría de sus inconstitucionalidades lo que hace es referirse a resoluciones que con anterioridad ha hecho la misma y copia parte de esa resolución, entonces no se ve la argumentación que hace la Sala a un caso nuevo que pueda presentarse, porque está resolviendo con los mismos argumentos, del tal manera, pareciera que, se vuelve un tanto cajonera la resolución.

Aunado a lo anterior, cierto es que la Sala está implementando nuevas metodologías encaminadas a proteger y garantizar los derechos fundamentales de las vulneraciones y desigualdades a la persona humana, sin embargo, se requiere de la misma, mayor argumentación jurídica y análisis para dotar de contenido material a la igualdad como principio y derecho fundamental y no, de esa relación de las referencias de las sentencias que han resuelto casos similares, que comúnmente se encuentra en los nuevos procesos de inconstitucionalidad para argumentar la resolución, es por ello que, como grupo hacemos esta crítica constructiva; al mismo tiempo identificamos algunas limitantes a momento de leer la jurisprudencia en cuanto al tema, ya que, muy difícilmente se identifica el modelo de Test que la Sala ha aplicado a los casos concretos

y en otros casos no se observa la manera en la que la Sala desarrolla los escrutinio del Test de razonabilidad o los subprincipios de la proporcionalidad, no se refleja en algunas sentencias mayor desarrollo de estos, más cuando se conoce la forma que los desarrolla la doctrina y es por lo que consideramos una limitante para el lector, resulta difícil identificar la aplicación del Test de Igualdad, ya que en algunas sentencias no hay apartados que indiquen que se desarrollara el test y tampoco enuncian el proceso a seguir, aunque es importante decir, en algunas; no obstante hay sentencias que están muy dotadas de contenido y se identifica la aplicación del juicio de igualdad.

Ahora bien, un aspecto muy importante, son los elementos para deducir la diferenciación de trato, es indispensable, independientemente el Test que se aplique, los cuales son elemento factico y jurídico y de este se derivan otros, que permiten dejar evidenciado el termino de comparación, presentando cualidades de validez e idoneidad, estos elementos deben ser aportados por la parte actora, para que la Sala analice el supuesto; y finalmente, es relevante dejar de manifiesto el anuncio que la Sala en la resolución 35-2018 de modo paulatino viene fortaleciendo o dando mayor forma al Test Integrado, en la que se abre paso al cambio de precedente y a modificar la tendencia de dualidad para resolver los conflictos sobre la igualdad.

### **3.5 CONTENIDO MATERIAL DE LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.**

La Igualdad como derecho fundamental no tiene un concepto único, desde un igualitarismo extremo se puede entender como el mandato de que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, interpretación que es absolutamente minoritaria en la actualidad por la aceptación universal del derecho en mención, pues, pese a su reconocimiento en las Constituciones del mundo, y en los diversos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, en cada país existe un máximo intérprete de la ley fundamental, al cual le es encomendada la función de ejercer control constitucional sobre el ordenamiento jurídico, y, que a su vez

mediante la creación de precedentes dotan de contenido los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; por tal razón, es de importancia en la presente investigación desarrollar a las luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador el contenido material del derecho fundamental a la igualdad.

En la sentencia de inconstitucionalidad 35-2018<sup>70</sup> la Sala de lo Constitucional establece que la igualdad como derecho fundamental, es la facultad que tienen las personas para exigir a los poderes públicos un trato equivalente al encontrarse en condiciones similares a otras personas, pero también a que deliberadamente se les dé un trato diferente en beneficio propio, al encontrarse en situación distinta a los demás individuos, bajo criterios justificables con base a la Constitución. Por otra parte, en la sentencia de inconstitucionalidad 44-2015<sup>71</sup>, la Sala se pronuncia respecto a la igualdad, estableciendo que esta, como derecho fundamental se proyecta a no ser arbitrariamente discriminado, esto es, a no ser injustificada o irrazonablemente excluido del goce y ejercicio de los derechos que se reconocen a los demás.

La igualdad con base a los precedentes de la Sala se traduce en una exigencia de equiparación o diferenciación dadas las circunstancias fácticas que motiven los tratos paritarios o disimiles que se prevean a nivel regulativo o aplicativo; por ello, las impugnaciones normativas que pretenden evidenciar una violación a la igualdad a través de un proceso de inconstitucionalidad, deben encaminarse a establecer, no solo la desigualdad aludida, sino además los motivos por los cuales se sostiene que esa diferenciación o equiparación no se encuentra justificada constitucionalmente. Consecuentemente en reiteradas ocasiones la Sala en su jurisprudencia considera como elemento necesario para establecer

---

<sup>70</sup> Inconstitucionalidad 35-2018, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 02 de marzo de 2018.

<sup>71</sup> Inconstitucionalidad 44-2015, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 09 de octubre de 2017.

un menoscabo a la igualdad, la existencia de un término de comparación, el cual se configura de ciertos componentes, siendo estos los siguientes<sup>72</sup>:

- 1- Elemento factual: se refiere a los hechos, situaciones, regímenes o normas de carácter general en los cuales se basa la comparación que permita deducir la diferenciación de trato; al respecto es necesario que dichos criterios sean comparables, es decir, que pertenezcan a la misma clase, o al menos debe concurrir entre ellos una cualidad común.
- 2- Establecimiento de similitudes o diferencias: Este hace referencia a la determinación de similitudes o diferencias abstractas o generales del elemento factual que sirven de fundamento para reclamar un trato equiparador o diferenciado.

Estos dos elementos deben permitir examinar si el tribunal se encuentra ante estructuras jurídicas diferentes y con características propias, o en el caso de existir rasgos comunes, determinar hasta qué punto son relevantes para que se puedan considerar como normas o situaciones normativas equiparables. En definitiva, sólo acreditándose una semejanza o una diferencia sustancial entre las personas o grupos sometidos a un mismo régimen jurídico o a uno distinto, se podrá entrar a examinar la constitucionalidad de un trato diferencial o equiparador.

- 3- Finalidad y perspectiva de comparación: La finalidad se refiere a las razones por las cuales se formula la comparación estableciendo, ya sea la necesidad o la irrelevancia del factor diferencial para la protección de bienes jurídicos. En definitiva, la finalidad de comparación permite examinar la arbitrariedad en la selección del término de comparación por parte del legislador que es quien toma la decisión sobre el tema de regulación.

Sin embargo, para que un juicio de igualdad tenga relevancia jurídica, no basta con el término de comparación, de manera que es

---

<sup>72</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, (2014), Criterios Jurisprudenciales Sobre el Derecho a la Igualdad, , San Salvador.

necesaria la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, por 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, según el caso.

De esta manera la Sala amplía el contenido material del derecho fundamental a la igualdad regulado en el artículo 3 de la Constitución de la República, estableciendo a través de una línea jurisprudencial aspectos que configuran el derecho objeto de estudio como una garantía indispensable para la persona humana en un Estado de Derecho, por lo que el menoscabo al mismo, acarrea la vulneración de otros derechos fundamentales; y, estableciendo los parámetros para poder determinar en la existencia de un trato desigual o discriminatorio

### **3.6 ESTRUCTURA DE LOS TEST DE IGUALDAD EUROPEO, AMERICANO Y COLOMBIANO.**

#### **3.6.2 ESTRUCTURA DEL TEST AMERICANO (RAZONABILIDAD).**

Para Alonso García, el Test de Razonabilidad en sentido amplio consiste literalmente en que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable, de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>73</sup>. De este concepto se infiere la necesidad de confrontar el contenido de las leyes con el principio de igualdad, y dicho principio se ve violentado cuando una diferencia de trato no tiene una justificación racional, resultante de la naturaleza de las cosas o de cualquier razón objetivamente plausible, o lo que es lo mismo, cuando la disposición haya de considerarse arbitraria, la

---

<sup>73</sup> Alonso García, Enrique, (1983), El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, en Revista de Administración Pública, 100-102.

razonabilidad no es más que un límite la legislación y más concretamente al órgano legislativo.

La razonabilidad sin método puede derivarse de un abuso discrecional y tener como consecuencia una sentencia muy poco razonable, para evitar esa posibilidad de abuso discrecional, es que cobra sentido la especificación de herramientas argumentativas como el test que nos allega de directrices de categorías claras que serán utilizadas para analizar razonablemente el caso y que potencia más las decisiones basadas en razonamientos jurídicos, en este sentido la jurisprudencia puede sistematizarse en niveles de intensidad en el escrutinio, la remisión inmediata es a la Corte de los Estados Unidos, ella estableció los tres niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad: estricto, intermedio y débiles o de relación razonable<sup>74</sup>. A continuación, se establecerá en que consiste cada uno de estos niveles:

- 1- El escrutinio leve, débil o de relación razonable:** se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, el máximo intérprete se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad. La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad.

---

<sup>74</sup> Araujo Rentería, Jaime, Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales, Colombia.

- 2- El escrutinio intermedio:** ha sido empelado para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial: a) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o b) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia<sup>75</sup>. El test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve, primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la constitución o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver; segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.
- 3- El escrutinio estricto:** se refiere a un test de revisión judicial respecto a determinadas leyes que se consideran inconstitucionales por limitar un determinado derecho fundamental. Las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad, es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental.

---

<sup>75</sup> Sentencia C 673/2001, Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, Bogotá, D.C., 28 de junio del 2001.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Después de haber establecido la estructura que contiene el test de razonabilidad, es necesario expresar que la Sala de lo Constitucional de El Salvador lo ha desarrollado en su jurisprudencia, tal es el caso de la referencia de la inconstitucionalidad 14-2015 donde se realiza un análisis del test de razonabilidad como principio rector del tratamiento diferenciado o no incluyente y lo estructura en los siguientes términos:

- a) averiguar la finalidad real de la norma impugnada; b) comprobar si la finalidad perseguida protege un interés constitucionalmente relevante y,
- c) enjuiciar si la norma objeto de impugnación es el medio adecuado para la satisfacción del fin perseguido.

### **3.6.1 ESTRUCTURA DEL TEST EUROPEO (PROPORCIONALIDAD)**

Desde el momento que se acepta el tratamiento jurídico diferenciado de supuestos análogos en base a rasgos distintivos relevantes surge la necesidad de determinar que presupuestos objetivos tiene que reunir un tratamiento diferenciado para que sea objetivo y razonablemente justificado, y, por tanto, legítimo. Es aquí donde opera el denominado Test de Igualdad, este juicio de origen Alemán se auxilia del principio de proporcionalidad, objetivando una serie de criterios y directrices para determinar si un trato desigual es proporcional al fin legítimo que dicha diferenciación persigue, el referido Test, en atención a la indeterminación

de un juicio de igualdad por parte de la Sala de lo Constitucional para la resolución de casos concretos en los que se alega un menoscabo a la igualdad, ha sido aplicado para dar solución a demandas de inconstitucionalidad fundadas en tratamientos desiguales injustificados.

Al dictar sentencia en el proceso de inconstitucionalidad 2-2006, la Sala utiliza el Test de Igualdad de origen europeo, en esta sentencia se establece la estructura del examen de igualdad de la siguiente manera:

**1- La legitimidad Constitucional del fin perseguido por la**

**norma:** Aquí se debe establecer si existe en la disposición impugnada una justificación o no para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas, para ello, la disposición impugnada se somete a un examen, en el cual debe encontrarse, primero, la razón de la diferencia; si la finalidad es legítima y la norma adecuada, se procede a analizar si la medida es la más moderada para la consecución del fin, es decir, constatar que no exista otra medida menos gravosa.

**2- La idoneidad de la medida:**

Para adoptar una medida restrictiva de un derecho, esta debe ser adecuada e idónea, es decir apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma. El juicio de adecuación requiere, por tanto, un previo examen acerca de la legitimidad del fin perseguido por la norma y de la aptitud de la norma para lograrla.

**3- Análisis de proporcionalidad en sentido estricto:**

Proporcionalidad en sentido estricto: Superados los anteriores juicios hay que valorar los intereses en juego y buscar un equilibrio que suponga la menor restricción. Se trata de una ponderación equitativa saldada en la consecución de mayores ventajas y beneficios que perjuicios.

### **3.6.3 ESTRUCTURA DEL TEST COLOMBIANO (INTEGRADO).**

La Corte Constitucional Colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad, esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: la primera, un juicio de igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; segundo, un juicio de influencia norteamericana, que se funda en la distinción de tres tipos de escrutinios; y el tercero, un juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas, con la aplicación de este se trata de armonizar la mayor claridad analítica que ofrece el procedimiento de la proporcionalidad con la posibilidad de que cada uno de sus subprincipios sea aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el legislador o la administración tenga en la materia que sea relevante.

El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis<sup>76</sup>: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado a un caso, la corte colombiana ha fijado una regla y varios criterios, la regla

---

<sup>76</sup> Sentencia C 015/2014, Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, Bogotá, D.C., 23 de enero del 2014.

es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, es decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero.

La regla anterior se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar aquellas decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad, dicho test ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, dicho tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio.

Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia, busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin. Es de esta manera que la corte colombiana ha

estructurado el test de integrado, ahora bien, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha inclinado las últimas resoluciones a la aplicación del test integrado, dos referentes relevantes que ya fueron establecidos en el apartado anterior es la inconstitucionalidad 35-2018.

### **3.7 DIFERENCIAS ENTRE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.**

<b>TEST DE RAZONABILIDAD</b>	<b>TEST DE PROPORCIONALIDAD</b>
<b>El Test de Razonabilidad no es aplicado por un Tribunal Constitucional u órgano exclusivamente competente.</b>	Este Test es aplicado por Tribunal Constitucional con competencia exclusiva.
<b>Este Test solo comprende un apartado del test de proporcionalidad, constituyendo así un elemento de la proporcionalidad.</b>	La proporcionalidad implica un análisis escalonado de principios y Derechos Fundamentales. Este test en el subprincipio de la idoneidad incluye la razonabilidad.
<b>Este Test es aplicado a los actos de regulación o limitación de la actividad económica o de la propiedad.</b>	Este Test Se aplica en general a todo acto de regulación o ilimitación del ejercicio de Derechos.
<b>Este test guarda una relación de especie respecto al test de proporcionalidad.</b>	En cambio el Test de Proporcionalidad guarda una relación de género respecto al test de razonabilidad.

## **CAPITULO IV**

### **PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.**

En este capítulo expondremos los resultados de los diferentes instrumentos o medios de análisis, permitiendo así comprobar o rechazar las hipótesis planteadas, se presentarán además los logros de la investigación, al resolver la situación problemática, y dar respuesta a las suposiciones e interrogantes que nos surgen del problema, consecuentemente verificar si se alcanzaron los objetivos propuestos en el trabajo de grado.

## **4.1 SISTEMA DE HIPOTESIS**

### **4.1.1 HIPÓTESIS GENERALES**

- Ante una comunidad jurídica deficiente en cultura constitucional, las exigencias de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en torno al Test de Igualdad representan una limitante a la hora de acceder a la Justicia Constitucional, perpetuándose así la vulneración al principio Constitucional de Igualdad.

### **4.1.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

- El contenido material que la Sala de lo Constitucional da al principio de igualdad legitima un tratamiento diferenciado para lograr garantizar la igualdad a los desiguales.
- La estructura de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propuesta por los modelos de Test de Igualdad y adoptada por la Sala de lo Constitucional justifica el trato diferenciado.
- El déficit cultural de la comunidad jurídica de la ciudad y departamento de San Miguel, en cuanto al test de igualdad tiene su origen en la falta de estudios especializados de los docentes en materia Constitucional, que forman académicamente a los profesionales del derecho.

- En la medida que la Comunidad Jurídica de la ciudad y departamento de San Miguel no está preparada para cumplir con las exigencias de la Sala de lo Constitucional respecto al test de igualdad, las demandas de Inconstitucionalidad terminan en improcedencia o inadmisibilidades.

#### **4.1.3 OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS.**

**Objetivo General:** Estudiar el Test de Igualdad como una herramienta de análisis metodológica para la protección de los derechos fundamentales, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, a fin de determinar si mediante su aplicación garantiza o limita los atributos de la persona humana.

**Hipótesis General:** Ante una comunidad jurídica deficiente en cultura constitucional, las exigencias de la Sala de lo constitucional de El Salvador en torno al Test de Igualdad representan una limitante a la hora de acceder a la Justicia Constitucional, perpetuándose así la vulneración al principio Constitucional de Igualdad.

DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Son los requerimientos que la Sala de lo Constitucional exige para la procedencia o admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, en las cuales se invoca el test de igualdad.	Se entiende como el factor que obstaculiza el acceso a la justicia constitucional, impidiendo la tutela efectiva de Derechos fundamentales vulnerados consecuentemente por la violación al principio Constitucional de Igualdad.	Las Exigencias de la Sala de lo Constitucional.	-Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.  -Revistas Constitucionales.  -Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional.	El acceso a la Justicia Constitucional.	-Constitución.  -Ley de Procedimientos constitucionales.  -Praxis.

**Objetivo Específico #1:** Desarrollar el contenido material de la igualdad como derecho fundamental a través de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

**Hipótesis Específica #1:** El contenido material que la Sala de lo Constitucional da al principio de igualdad legitima un tratamiento diferenciado para lograr garantizar la igualdad a los desiguales.

<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Es uno de los principios que componen el derecho a la igualdad y que se refiere no a la igualdad de las personas ante la ley, sino a la igualdad de las personas dentro de la realidad social.	Significa que el contenido material de la igualdad se presenta como un mandato predominantemente formal, su correcta aplicación requiere del intérprete la valoración de las circunstancias fácticas concretas de las situaciones jurídicas comparadas.	Igualdad Material.	-Jurisprudencia de la Sala de lo constitucional.  -Realidad Social.  -Trato diferenciado.  -Igualdad Formal.	Trato igualitario y trato desigual.	-Situaciones Jurídicas comparadas.  -Derechos Fundamentales  -Igualdad en la Ley  -Igualdad ante la Ley.  -Racionalidad.

**Objetivo Específico #2:** Analizar la estructura de los modelos de Test de Igualdad utilizado por la Sala de lo Constitucional para resolver controversias que se suscitan en torno al principio a la Igualdad.

**Hipótesis Específica #2:** La estructura de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propuesta por los modelos de Test de Igualdad y adoptada por la Sala de lo Constitucional justifica el trato diferenciado.

<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
La estructura de los modelos de test de igualdad busca solucionar las controversias sobre el Derecho a la igualdad de forma lógica, coherente y equitativa.	Se refiere a la importancia de aplicar correctamente el test de igualdad, para la justificación racional del trato diferenciado en el caso concreto.	La Estructura de los modelos de Test de Igualdad.	<ul style="list-style-type: none"> <li>-La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.</li> <li>-Idoneidad.</li> <li>-Necesidad.</li> <li>-Proporcionalidad.</li> <li>-Modelos de test de igualdad.</li> </ul>	Justificación del Trato Diferenciado.	<ul style="list-style-type: none"> <li>-La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.</li> <li>-Los mandados de la Igualdad.</li> <li>-Interpretación de Constitucional.</li> </ul>

**Objetivo Específico #3:** Evidenciar las causas que generan el déficit cultural en la comunidad jurídica.

**Hipótesis Específica #3:** El déficit cultural de la comunidad jurídica, en cuanto al test de igualdad tiene su origen en la falta de estudios especializados de los docentes en materia Constitucional, que forman académicamente a los profesionales del derecho.

<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Es la Deficiencia cultural en torno a test de igualdad que presenta la comunidad jurídica, ignorando los presupuestos básicos de este, así como la correcta aplicación del mismo.	Se entiende como principal causa, la falta de estudios especializados de los docentes en materia de Derecho Constitucional, ya que el déficit cultural deviene principalmente desde la formación Universitaria.	Falta de estudios especializados de los docentes en materia Constitucional	-Educación.  -Autoridades Universitarias.  -Comunidad Universitaria	Déficit Cultural	-Comunidad Jurídica.  -Ausencia de capacitación.  -Inconstitucionalidades.  -La Praxis Constitucional.

**Objetivo Específico #4:** Determinar la capacidad de la comunidad Jurídica Salvadoreña para entender el test de Igualdad y las exigencias que este implica. Proponer las alternativas de solución para contrarrestar el déficit cultural en la comunidad jurídica.

**Hipótesis Específica #4:** En la medida que la Comunidad Jurídica Salvadoreña no está preparada para cumplir con las exigencias de la Sala de lo Constitucional respecto al test de igualdad, las demandas de Inconstitucionalidad terminan en improcedencia o inadmisibilidades.

DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Son los requerimientos que la Sala de lo Constitucional exige para la procedencia o admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, en las cuales se invoca el test de igualdad.	Consiste en la mala aplicación del test de igualdad por los profesionales del Derechos, inobservando los requerimientos que la sala ha establecido al invocar el principio a la igualdad mediante dicho test, provocando así la improcedencia o inadmisibilidad de sus demandas.	Exigencias de la Sala de lo Constitucional.	-Procesos Constitucionales.  -Revistas Constitucionales.  -Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional.	Improcedencia o inadmisibilidades de las demandas de inconstitucionalidad des.	-Praxis Forense cerrada  -Desconocimiento del Test de Igualdad por parte de los abogados.  -Obstáculo al acceso a la Justicia Constitucional.

## 4.2 DISEÑO METODOLOGICO.

### 4.2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

El tipo de investigación a realizar para estudiar el Test de Igualdad como una herramienta de análisis metodológica para la protección de los derechos fundamentales a la luz de la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador es de tipo cuali-cuantitativa, descriptiva y analítica.

- **Investigación cuali-cuantitativa:** Es una metodología híbrida que consiste en la aplicación de métodos y técnicas que implica la recolección de datos cuantitativos y cualitativos en la investigación, permitiendo mediante el uso de los elementos característicos de cada una de las dos investigaciones en su forma individual, logrando un resultado más preciso con relación al tema investigado.
- **Investigación descriptiva:** Se realiza este tipo de investigación debido a que el fenómeno en estudio no ha sido investigado y por ello se carece de explicación y descripción de los elementos que lo conforman, pudiendo determinar soluciones para contrarrestar la problemática existente.
- **Investigación analítica:** Se realiza este tipo de investigación porque a través de ella, se hace un estudio del fenómeno en sus diversos componentes para su comprensión total del mismo; es decir, se analizarán los resultados, para la obtención de una síntesis, que nos ayudara a determinar si mediante la aplicación del Test de Igualdad como herramienta de análisis metodológica se garantizan o limitan los derechos fundamentales.

### 4.2.2 POBLACIÓN.

Es el conjunto sobre el que estamos interesados en obtener conclusiones y acerca de la cual queremos hacer inferencias, normalmente es

demasiado grande para poder abarcarlo<sup>77</sup>. Es por ello, que el presente trabajo de investigación, tendrá como población en estudio los 5 Magistrados de la Sala de lo Constitucional de El Salvador periodo 2009-2018, 300 profesionales del derecho, como referente de la población jurídica de la Ciudad de San Miguel, Departamento de San Miguel, Catedráticos del Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental y estudiantes de la carrera Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental.

#### **4.2.3 MUESTRA**

Es la parte de la Población a la que tenemos acceso y sobre el que realmente hacemos las observaciones; en la presente investigación se utiliza una muestra sistemática, porque se establece un criterio para seleccionar representativamente a la población que se quiera realizar la muestra, la cual estará integrada de 3 Magistrados de la Sala de lo Constitucional de El Salvador periodo 2009-2018, 15 profesionales del derecho, que representan la población jurídica de la Ciudad de San Miguel, Departamento de San Miguel, Catedráticos en materia Constitucional del Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador y estudiantes de segundo ciclo de quinto año de la carrera Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental.

### **4.3 METODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

#### **4.3.1 MÉTODOS**

- **Método holístico:** Se utilizará este método de investigación debido a que la comprensión holística busca entender los eventos desde

---

<sup>77</sup> [https://www.researchgate.net/publication/283486298\\_Metodologia\\_de\\_la\\_investigacion\\_Pobacion\\_y\\_muestra](https://www.researchgate.net/publication/283486298_Metodologia_de_la_investigacion_Pobacion_y_muestra).

diferentes perspectivas con el fin de lograr una mayor comprensión, en cuanto a su complejidad, posibilidades o posibles relaciones con el contexto, mas no global ni definitiva, puesto que el conocimiento es dinámico y en evolución.

- **Método analítico:** La utilización de este método de investigación consiste en la desmembración de un todo en partes; por ello utilizaremos este método al estudiar la estructura de todos los modelos de Test de Igualdad existentes, a efecto de poder determinar cuál es el más apropiado para garantizar derechos fundamentales.
  
- **Método crítico:** A través de este método se comprenderán todos los aspectos evolutivos y contradictorios tanto de los modelos de Test de Igualdad, así como los de la igualdad como derecho fundamental y como principio constitucional, de igual forma, nos permitirá determinar posibles medidas que ayuden a contrarrestar el déficit en la comunidad jurídica.

#### **4.3.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

Las técnicas de investigación, son aquellos instrumentos que sirven como fuentes de obtención de la información, en nuestra investigación las técnicas utilizadas serán: Fuentes primarias, las cuales nos brindarán información directa y permitirán captar un panorama real sobre la población en estudio, tales como la entrevista semiestructurada, dirigida a profesionales del Derecho que forman parte de la Comunidad Jurídica de El Salvador, y a magistrados de la Sala de lo Constitucional. Las fuentes secundarias, que nos permitirán obtener información de forma bibliográfica y analítica, considerada de igual importancia en el desarrollo de la investigación, dentro de estas se encuentran: Libros, monografías, información electrónica, tesis, revistas, textos informes oficiales, entre otros.

#### 4.3.2.1 TÉCNICAS DOCUMENTALES

Son aquellas que permitirán la recopilación de información para establecer las teorías que sustentaran nuestra la investigación. Entre ellas, mencionamos las siguientes:

- **Bibliográficas**, consistirán en obtener información sobre el Test de Igualdad, y el Derecho a la Igualdad en libros, revistas y publicaciones de especialistas en la materia.
- **Sentencias de la Sala de lo Constitucional**, son las resoluciones de jurisprudencia sobre el Test de Igualdad y su aplicación.

#### 4.3.2.2 TÉCNICAS DE CAMPO

Son aquellas por las cuales, se entrará en contacto directo con el objeto de estudio, y el acopio de testimonios que permitirán confrontar la teoría con la práctica en la búsqueda de la verdad objetiva. Entre estas se aplicarán las siguientes:

- **Encuesta:** es la técnica de adquisición de información de interés sociológico, mediante un cuestionario previamente elaborado, se podrá conocer la opinión y/o valoración del sujeto seleccionado de una muestra. Esta se aplicará en profesores universitarios y estudiantes de la Facultad Multidisciplinaria Oriental.
- **Entrevistas:** Mediante esta técnica se recopilará información a través de una conversación profesional; por el fin que se persigue, éstas serán **Semi estructurada**; ya que pretendemos fijar el objetivo general de la información que se quiere obtener del entrevistado, y al mismo tiempo flexibilizar la entrevista, permitiendo así que el entrevistado matice o enlace otros temas que considere importantes respecto al tema, con el propósito de profundizar la investigación. Se realizarán entrevistas a magistrados de la Sala de lo Constitucional

del periodo 2009-2018, así como Abogados de la comunidad Jurídica de la Ciudad y Departamento de San Miguel.

#### **4.3.3 INSTRUMENTOS**

Los instrumentos que se utilizaran en las diferentes técnicas de investigación son las siguientes:

- **Cuestionario:** Contendrá preguntas cerradas y será utilizado para llevar a cabo la encuesta.
  
- **Las guías de entrevista:** Consistirán en un cuestionario de preguntas abiertas para realizar las diferentes entrevistas semiestructuradas. Constará de quince a veinte preguntas abiertas.
  
- **Fichas de Investigación Bibliográficas:** Se utilizarán para obtener información en la investigación documental, a fin de llevar un registro de las diferentes fuentes y su ubicación.

#### **4.4 RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

El propósito de este apartado, es presentar los resultados obtenidos de la investigación realizada sobre el Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional del El Salvador, y con ello describir el nivel de conocimiento de la comunidad jurídica respecto al tema en mención, destacando las exigencias de la Sala de lo Constitucional, cuando se invoca dicho test en los procesos de Inconstitucionalidad. Para ello, se describirán los resultados obtenidos en cada uno de los instrumentos, como encuestas y entrevistas, aplicados a los actores principales en el desarrollo de test de igualdad, tales como: Colaboradores de la Sala de lo Constitucional, Estudiantes de Derecho y Abogados que conforman la comunidad jurídica del Departamento de San Miguel.

#### 4.4.1 RESULTADOS DE LA ENCUESTAS A ESTUDIANTES.

- Tabulación de encuestas dirigidas a los estudiantes de la asignatura procesal constitucional de la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental.

**Pregunta N°1:** ¿Tienes conocimiento en que consiste el Test de Igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	42	84%
NO	8	16%
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

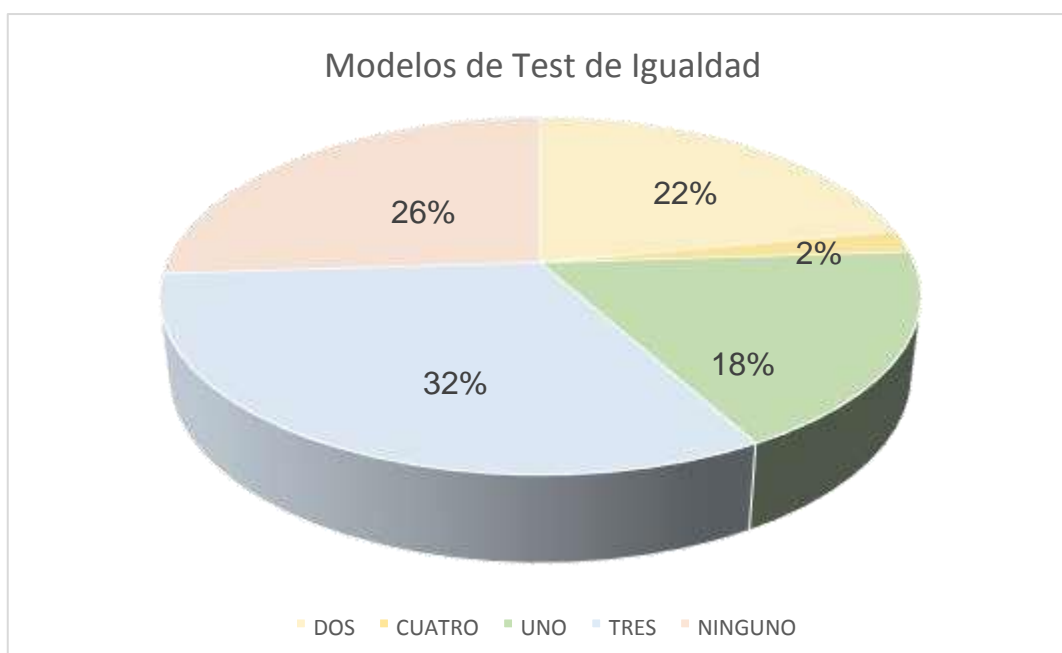


**Análisis e inferencia:** Como se puede apreciar en la tabla y en el gráfico, el 84% de los estudiantes de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental, que cursan la asignatura procesal Constitucional, tienen conocimiento en que consiste el Test de Igualdad, y, solo un 8% exterioriza no saberlo. El Test de Igualdad es una herramienta de análisis metodológica utilizada por la Sala de lo Constitucional para determinar cuándo existe igualdad y cuando se está ante tratos diferenciados

injustificados, por lo que es necesario que los estudiantes como futuros profesionales del Derecho no solo conozcan en que consiste esta herramienta, sino que conozcan los modelos de Test que la Sala aplica en sus resoluciones y la manera en que lo hace.

**Pregunta N°2: ¿Cuántos modelos de Test de Igualdad Conoces?**

Alternativas	Frecuencia (Fr)	Porcentaje (Fr)
Dos	11	22%
Cuatro	1	2%
Uno	9	18%
Tres	16	32%
Ninguno	13	26%
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

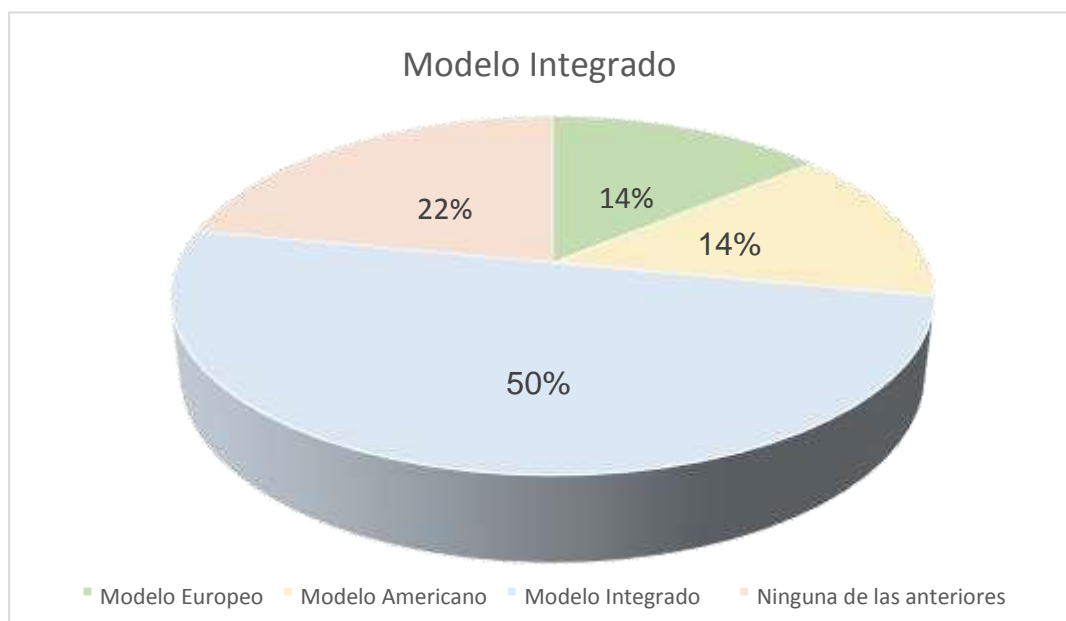


**Análisis e inferencia:** De acuerdo con la tabla y el gráfico, un 22% de los alumnos que cursan la asignatura de procesal constitucional en la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, conocen dos modelos de Test de Igualdad, un 2% de esta población exterioriza

conocer cuatro modelos, un 18% de ellos, únicamente conocen un modelo de Test, un 32% , tiene conocimientos respecto a los tres modelos de Test de Igualdad que existen, y, el 26% de éstos alumnos no poseen conocimientos respecto a ningún modelo de Test de Igualdad; lo cual demuestra la necesidad de una mejor formación académica de los alumnos en materia procesal constitucional, que implique un programa de estudios con temas de actualidad e importancia.

**Pregunta N°3:** ¿Cuál de los modelos de Test de Igualdad que tienes conocimiento es el más apropiado para resolver los casos difíciles que se suscitan entorno al principio a la igualdad?

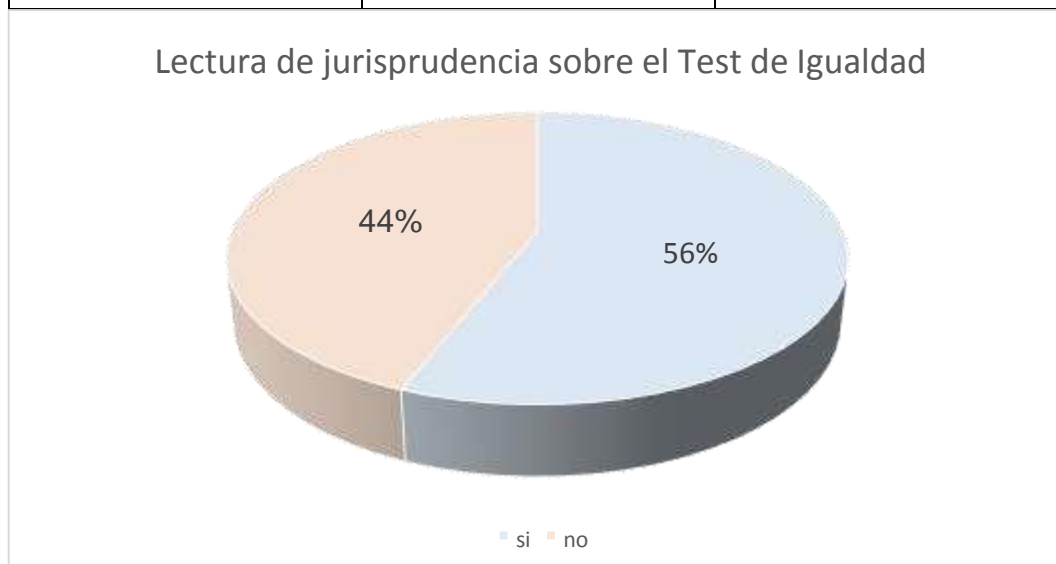
Alternativas	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Modelo Europeo	7	14%
Modelo Americano	7	14%
Modelo Integrado	25	50%
Ninguno	11	22%
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Como se puede apreciar en la tabla y la gráfica anterior, el 50% de los alumnos encuestados, manifiestan que el modelo integrado de Test de Igualdad es el más apropiado para resolver los casos difíciles que se suscitan entorno al principio de igualdad; por otra parte, para el 22% de la población encuestada ninguno de los modelos de Test que existen son apropiados para resolver los problemas antes mencionados, mientras que un 14% se inclina por el modelo Europeo, y el otro 14% del total se inclina por el modelo Americano. Conforme a la información obtenida, se puede evidenciar que la mayoría de los estudiantes optan por un modelo integrado de Test de Igualdad que retome lo positivo de los otros dos modelos que existen.

**Pregunta N°4:** ¿Ha leído jurisprudencia en la cual se invoque el test de igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	28	56%
NO	22	44%
<b>TOTAL</b>	50	100%

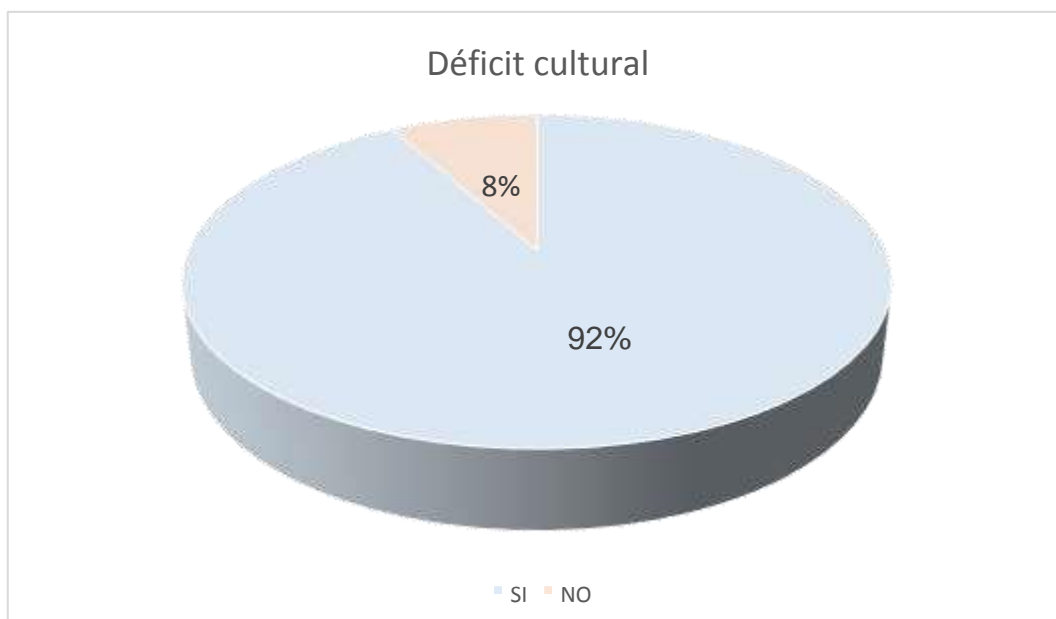


**Análisis e inferencia:** como se puede evidenciar en la tabla y el gráfico precedente, el 56% de los estudiantes manifiestan haber leído jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el test de igualdad, y un

44% de la población estudiantes expresan no haber leído sobre el test de igualdad en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. Por tanto, se deduce de la información obtenida, que, en la Facultad Multidisciplinaria Oriental, se está formando a los estudiantes de derecho en materia constitucional, y sobre todo los temas de vanguardia, permitiendo de esta manera que dichos estudiantes innoven conocimientos.

**Pregunta N°5:** ¿Cree usted que existe déficit cultural en la comunidad jurídica?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	46	92%
NO	4	8%
<b>TOTAL</b>	50	100%

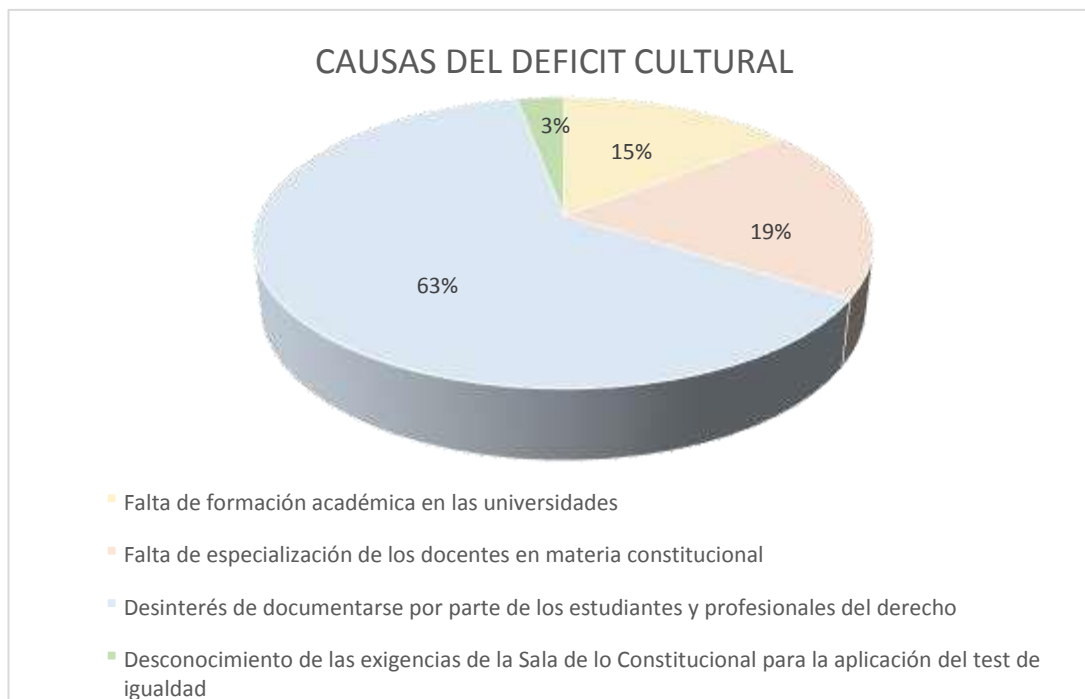


**Análisis e inferencia:** como se puede observar en la tabla y el gráfico anterior, el 92% de la población estudiantil de quinto año de derecho opinan que, si existe un déficit cultural en la comunidad jurídica, y solamente un 8% de la población manifiestan que no hay un déficit cultural.

A raíz del dato obtenido se tiene por confirmada la interrogante, ya que, es un porcentaje mínimo el que considera que no existe déficit, de lo contrario la mayoría de los estudiantes están conscientes que la comunidad jurídica no tiene conocimiento del Test de Igualdad y menos de invocar su aplicación por la Sala.

**Pregunta N°6:** ¿Considera que las causas del déficit cultural en la comunidad jurídica, en relación al test de igualdad se debe a?

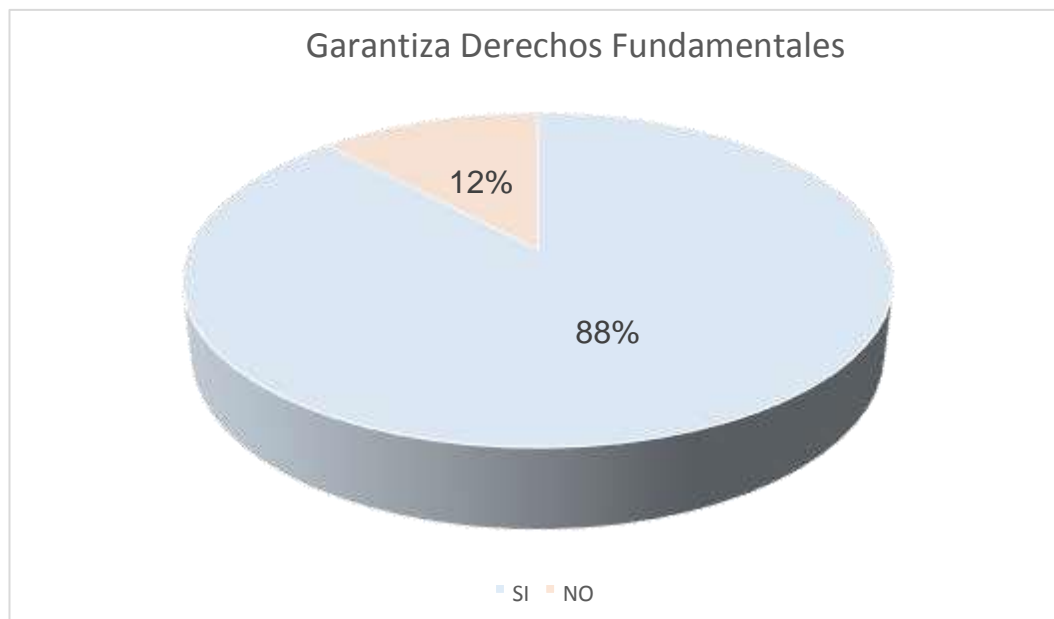
<b>Alternativa</b>	<b>Frecuencia (Fa)</b>	<b>Porcentaje (Fr)</b>
Falta de formación académica en las universidades.	8	15%
Falta de especialización de los docentes en materia constitucional.	10	19%
Desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho.	26	63%
Desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para la aplicación del test de igualdad.	6	3%
<b>TOTAL</b>	50	100%



**Análisis e inferencia:** la información en la tabla y el gráfico anterior nos muestran, que un 63% de la población opina que una de las causas es el desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho, un 19% que la causa es la falta de especialización de los docentes en materia constitucional, un 15% que es la falta de formación académica, y un 3% que es el desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para la aplicación del test de igualdad. De lo anterior, se puede inferir que la causa principal según la opinión de los estudiantes es el desinterés tanto de los profesionales del derecho como de los estudiantes, de documentarse para actualizar conocimientos, quedando las demás causas en segundo plano, mas no dejan de ser un factor influyente en el déficit cultural de la comunidad jurídica.

**Pregunta N° 7:** ¿Considera que mediante la aplicación del Test de Igualdad se garantizan Derechos Fundamentales?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	44	88%
NO	6	12%
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 88% de los estudiantes de Derecho opinan que mediante la aplicación del test de igualdad se garantizan Derechos Fundamentales, mientras que el 12% restante opina que no. De lo cual podemos interpretar que la mayoría de los estudiantes opinan que el test de Igualdad garantiza Derechos Fundamentales, y efectivamente se trata de aquellos estudiantes que saben en qué consiste el test de igualdad, y la finalidad que con este se persigue; mientras, que la minoría de los estudiantes opina que no, lo cual puede ser por desconocimiento cierto de lo que es el test de igualdad.

**Pregunta N° 8:** ¿Cómo considera las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad?

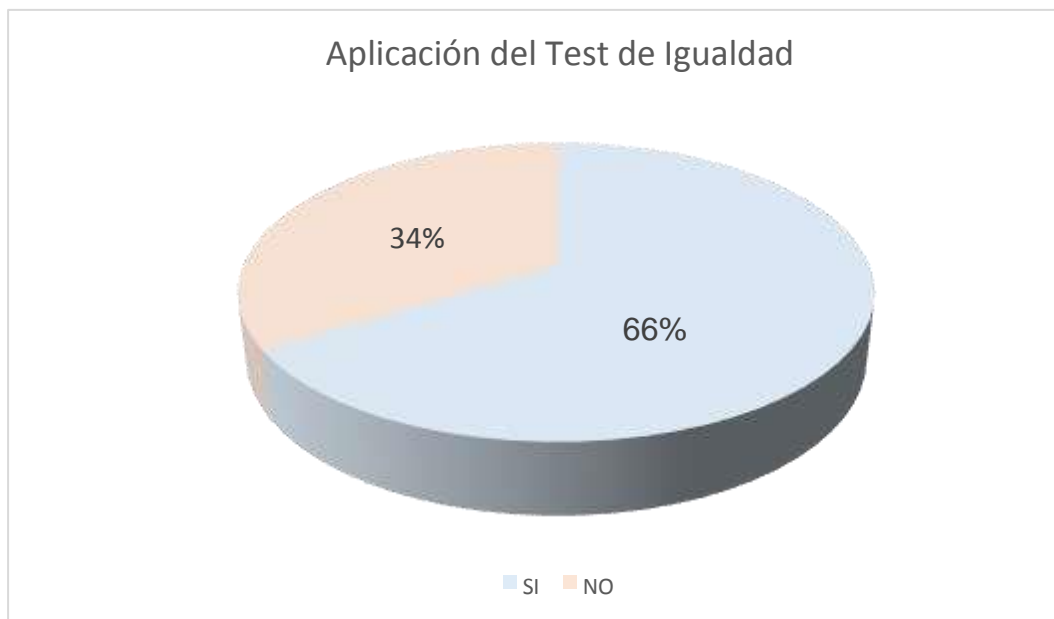
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Necesarias	34	68%
Apropiadas	12	24%
Excesivas	1	2%
Formalistas	3	6%
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 68% de los estudiantes de Derecho opinan que las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad son necesarias, un 24% opina que son apropiadas, y un 6% opina que son formalistas, mientras solo un 2% opina que son excesivas. Por lo que podemos deducir que la mayoría opina que las exigencias de la sala son necesarias, es decir que solo son requeridos los presupuesto facticos y jurídicos mínimos, para que sea la Sala de lo Constitucional quien aplique el Test de Igualdad, mientras que la minoría está dividida entre las opciones de exigencias apropiadas, formalistas y excesivas.

**Pregunta N° 9:** ¿Considera que puede aplicar correctamente el test de igualdad a un caso concreto?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	33	66%
NO	17	34%
<b>TOTAL</b>	50	100%



**Análisis e inferencia:** Un 66% de los estudiantes considera que puede aplicar el test de igualdad a un caso concreto, mientras que un 34% considera que no puede aplicarlo. Sin embargo, lo importante no es que sepan aplicar el test de igualdad a un caso concreto, sino que proporcionen los elementos requeridos por la Sala de lo Constitucional como lo es el término de comparación, por ejemplo.

**Pregunta N° 10:** ¿Cree usted que la comunidad jurídica está preparada para un Test de Igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	14	28%
NO	36	72%
<b>TOTAL</b>	50	100%



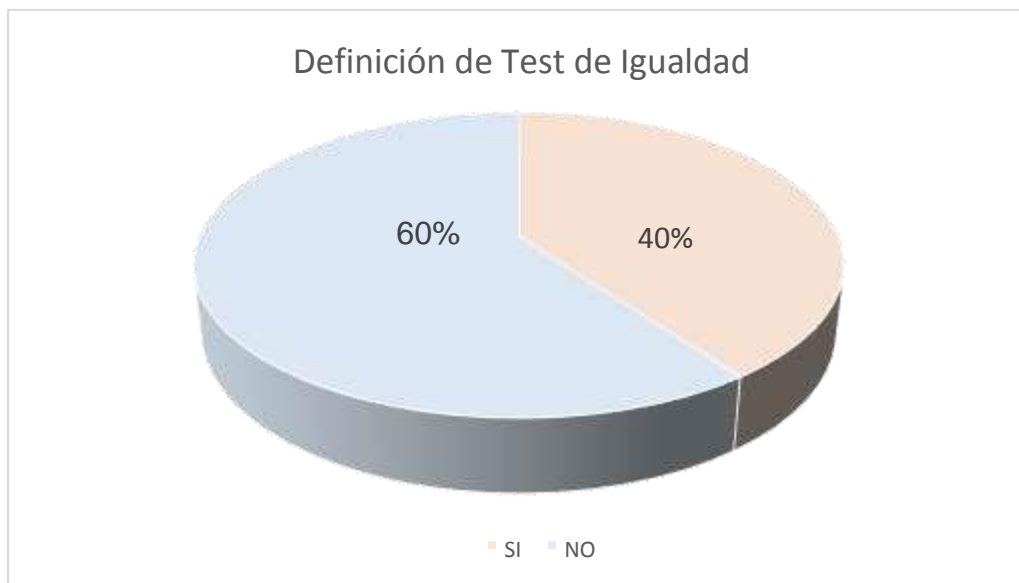
**Análisis e inferencia:** Un 72% de los estudiantes consideran que la comunidad jurídica no está preparada para el test de igualdad; mientras, que el 28% opina que sí. De ello podemos deducir que la mayoría de estudiantes está consciente que la comunidad jurídica no es capaz en este momento de plantear en una demanda los términos o elementos del test de igualdad necesarios para que sus peticiones sean admisibles; sin embargo, la minoría considera que la comunidad jurídica posee los conocimientos necesarios del Test de Igualdad, lo que les posibilita resoluciones favorables en cuanto a la admisibilidad de sus peticiones.

#### 4.4.2 RESULTADOS DE LA ENCUESTAS A ABOGADOS.

- Tabulación de encuestas dirigidas a los abogados del municipio de San Miguel, departamento de San Miguel.

**Pregunta N°1:** ¿Tienes conocimiento en que consiste el Test de Igualdad?

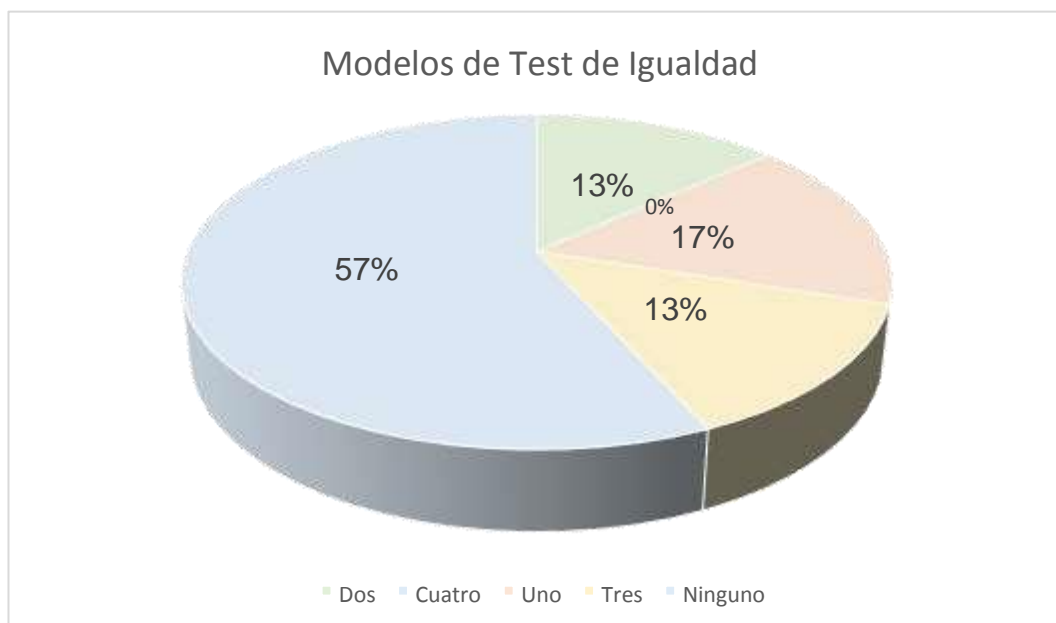
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	12	40%
NO	18	60%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Como se puede apreciar en la tabla y en el gráfico, el 40% de los abogados del Municipio de San Miguel, departamento de San Miguel, tienen conocimiento en que consiste el Test de Igualdad, y, un 60% exterioriza no saberlo. El Test de Igualdad es una herramienta de análisis metodológica utilizada por la Sala de lo Constitucional para determinar cuándo existe igualdad y cuando se está ante tratos diferenciados injustificados, por lo que es necesario que los abogados no solo conozcan en que consiste esta herramienta, sino que también tengan conocimiento de cómo la Sala utiliza esta herramienta para determinar cuándo se trata de una desigualdad real, y cuando un tratamiento diferenciado es justificado; así mismo, tengan conocimiento de las exigencias que el Tribunal Constitucional ha establecido para poder conocer estos casos.

**Pregunta N°2: ¿Cuántos modelos de Test de Igualdad Conoces?**

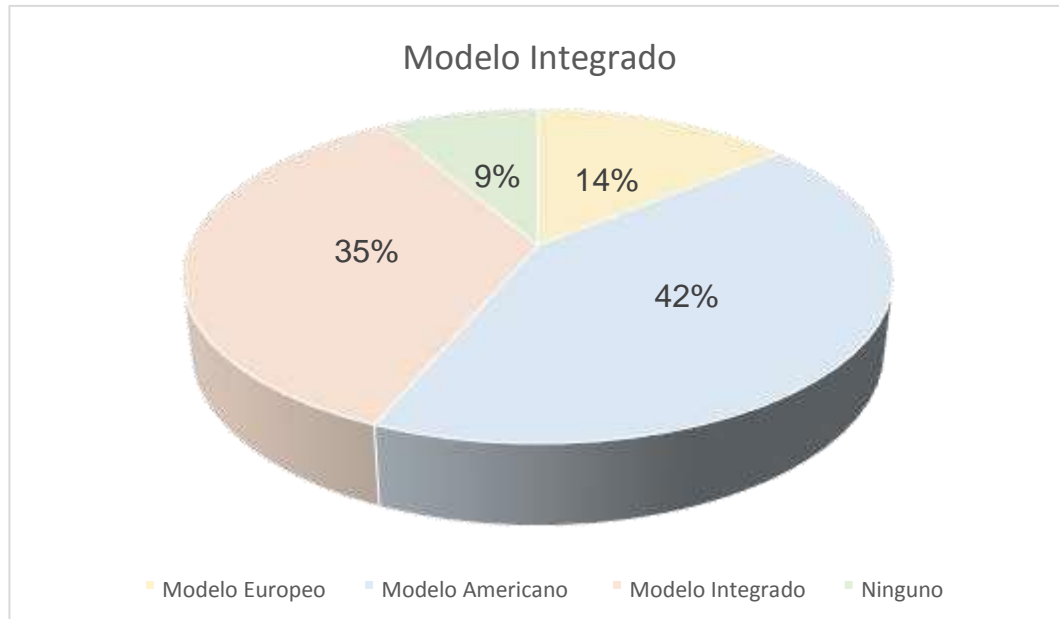
Alternativas	Frecuencia (Fr)	Porcentaje (Fr)
Dos	4	13%
Cuatro	0	0%
Uno	5	17%
Tres	4	13%
Ninguno	17	57%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** De acuerdo con la tabla y el gráfico, un 13% de los abogados del municipio de San Miguel, departamento de San Miguel, conocen dos modelos de Test de Igualdad, un 17% de esta población exterioriza conocer un modelo de Test de Igualdad, un 18% de ellos, conocen los tres modelos de Test, y, el 57% de los abogados no poseen conocimientos respecto a ningún modelo de Test de Igualdad; lo cual comprueba el desinterés por documentarse a través de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional u otros medios, de los profesionales del Derecho.

**Pregunta N°3:** ¿Cuál de los modelos de Test de Igualdad que tienes conocimiento es el más apropiado para resolver los casos difíciles que se suscitan entorno al principio a la igualdad?

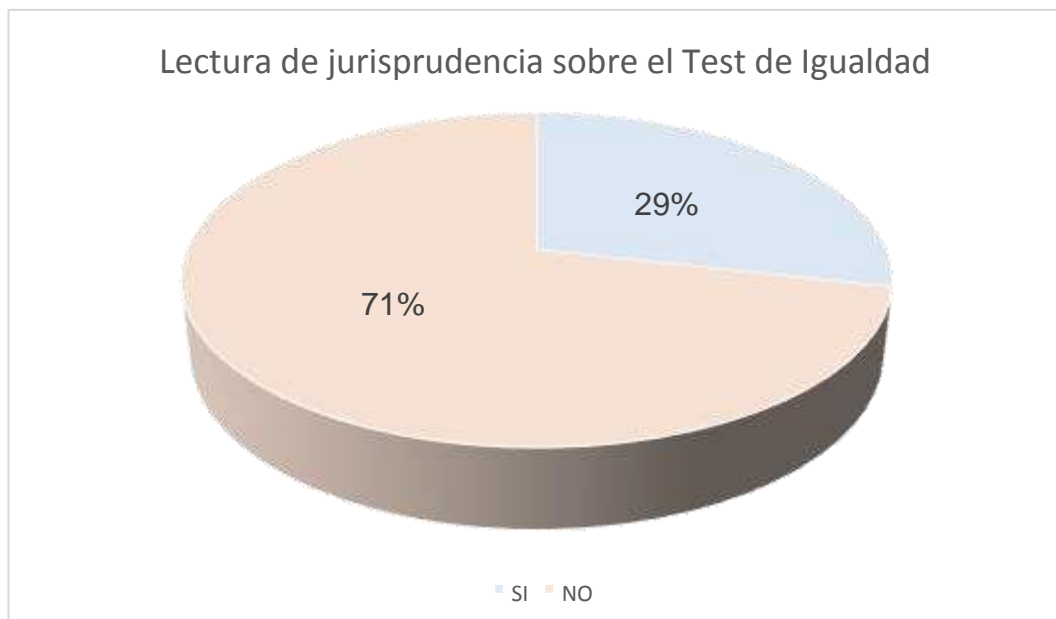
Alternativas	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Modelo Europeo	6	14%
Modelo Americano	25	42%
Modelo Integrado	17	35%
Ninguno	2	9%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Como se puede apreciar en la tabla y la gráfica anterior, el 35% de los abogados encuestados, manifiestan que el modelo integrado de Test de Igualdad es el más apropiado para resolver los casos difíciles que se suscitan entorno al principio de igualdad; por otra parte, para el 9% de la población encuestada ninguno de los modelos de Test que existen son apropiados para resolver los problemas antes mencionados, mientras que un 14% se inclina por el modelo Europeo, y un 42% del total se inclina por el modelo Americano. Conforme a la información obtenida, se puede evidenciar que la mayoría de los abogados optan por un modelo integrado de Test de Igualdad que retome lo positivo de los otros dos modelos que existen.

**Pregunta N°4:** ¿Ha leído jurisprudencia en la cual se invoque el Test de Igualdad?

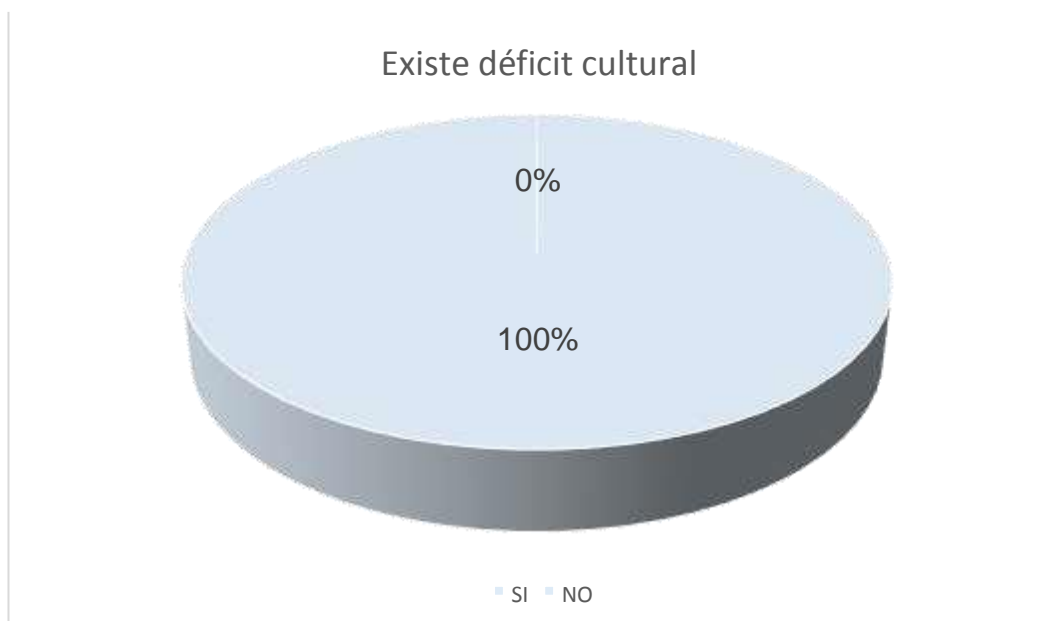
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	10	23%
NO	20	71%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** como se puede evidenciar en la tabla y el gráfico precedente, el 71% de los profesionales del Derecho del municipio de San Miguel, departamento de San Miguel, manifiestan no haber leído jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el Test de Igualdad, y un 29% de esta población expresan haber leído jurisprudencia sobre el Test de Igualdad en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. De esto se deduce, que la mayoría de los abogados del departamento de San Miguel no poseen conocimientos del Test de Igualdad que la Sala de lo Constitucional aplica al resolver las demandas de inconstitucionalidad.

**Pregunta N°5:** ¿Cree usted que existe déficit cultural en la comunidad jurídica sobre el Test de Igualdad?

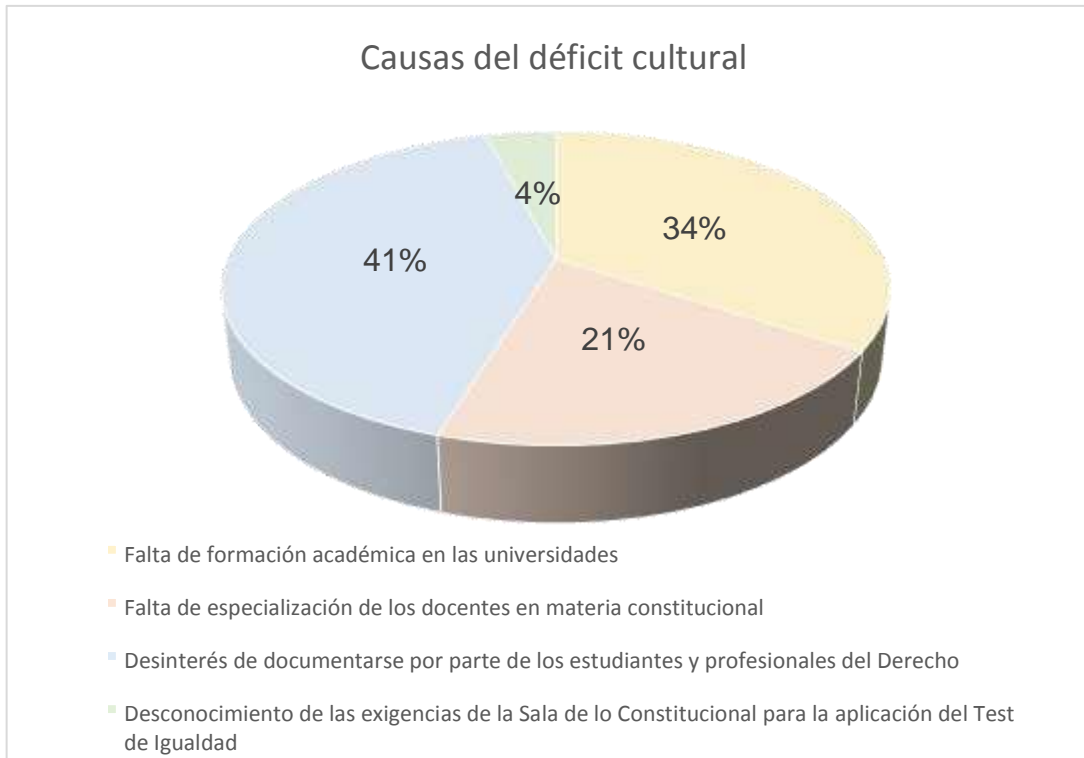
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	30	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** como se puede observar en la tabla y el gráfico anterior, el 100% del objeto de estudio opinan que si existe un déficit cultural en la comunidad jurídica. A raíz del dato obtenido se tiene por confirmada la interrogante, ya que todos los profesionales del Derecho encuestados afirman que existe un déficit un cultural en la comunidad jurídica.

**Pregunta N°6:** ¿Considera que las causas del déficit cultural en la comunidad jurídica, en relación al test de igualdad se debe a?

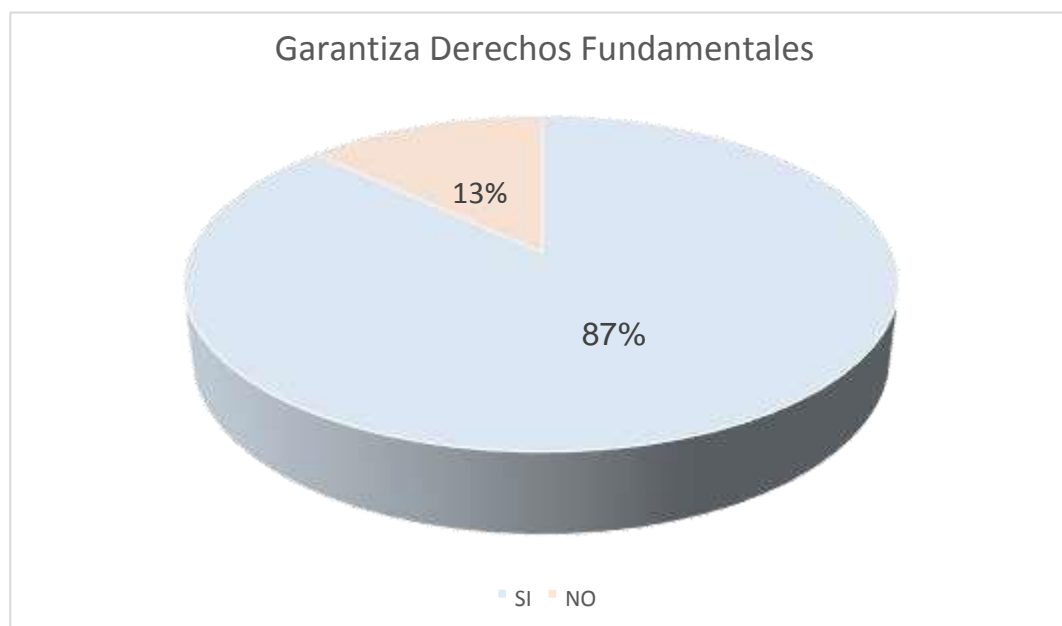
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Falta de formación académica en las universidades.	10	34%
Falta de especialización de los docentes en materia constitucional.	6	21%
Desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho.	12	41%
Desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para la aplicación del test de igualdad.	2	4%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** la información en la tabla y el gráfico anterior nos muestran, que un 41% de la población opina que una de las causas es el desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho, un 21% que la causa es la falta de especialización de los docentes en materia constitucional, un 34% que es la falta de formación académica, y un 4% que es el desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para la aplicación del test de igualdad. De lo anterior, se puede inferir que la causa principal según la opinión de los profesionales de las ciencias jurídicas es el desinterés tanto de los profesionales del derecho como de los estudiantes, de documentarse para actualizar conocimientos, quedando las demás causas en segundo plano, mas no dejan de ser un factor influyente en el déficit cultural de la comunidad jurídica.

**Pregunta N° 7:** ¿Considera que mediante la aplicación del Test de Igualdad se garantizan Derechos Fundamentales?

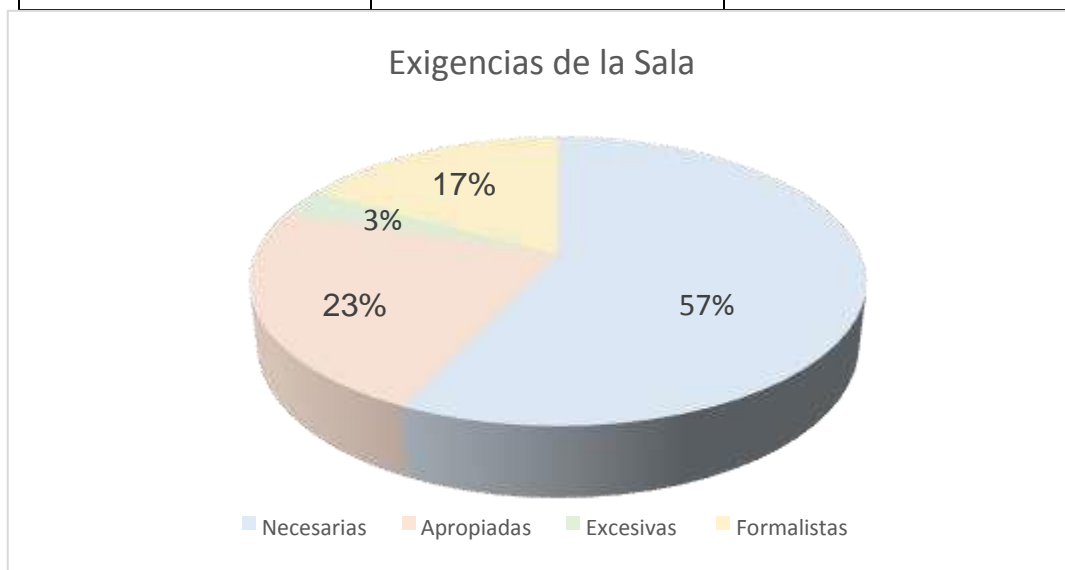
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	26	87%
NO	4	13%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 87% de los abogados consideraron que mediante la aplicación del Test de Igualdad se garantizan derechos fundamentales; mientras que el 13% considera lo contrario. Podemos deducir que esa minoría que opina que mediante la aplicación del Test de igualdad no se garantiza el test de igualdad pertenece a la misma población que dijo desconocer en qué consiste el Test de igualdad; mientras que la mayoría conoce por lo menos la naturaleza del Test de Igualdad, por lo que considera que mediante la aplicación de este se garantizan Derechos Fundamentales.

**Pregunta N° 8:** ¿Cómo considera las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad?

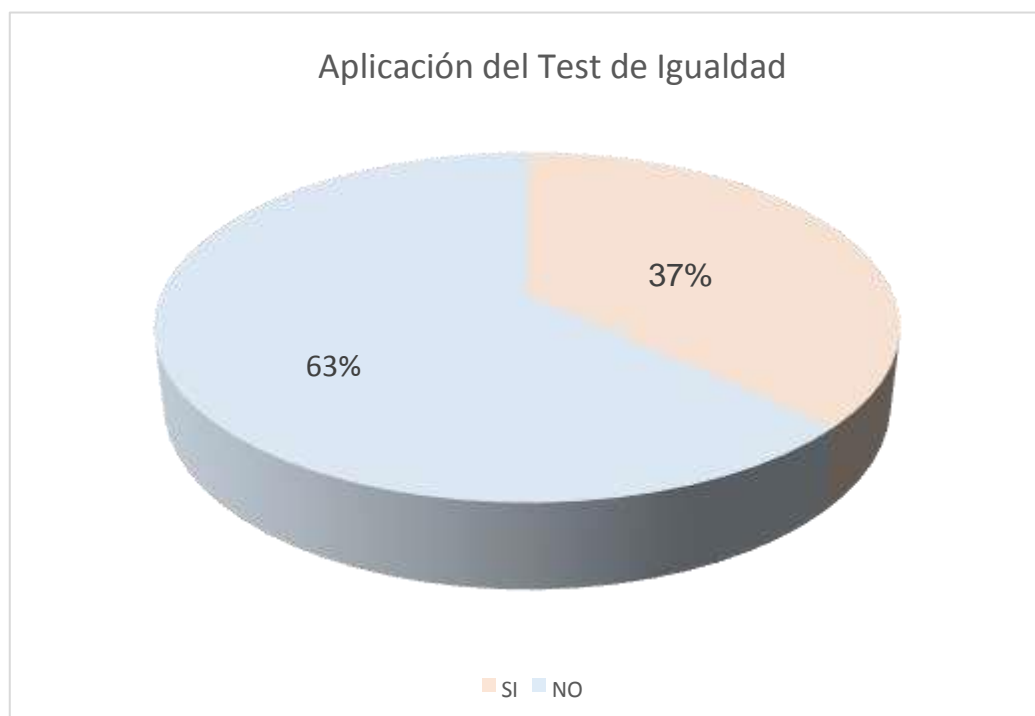
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Necesarias	17	57%
Apropiadas	7	23%
Excesivas	1	3%
Formalistas	5	17%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** El 57% de los abogados consideran que las exigencias de la Sala entorno al Test de igualdad son necesarias, el 23% opina que son apropiadas, 17% formalistas y solo un 3% opina que son excesivas. Por ello, podemos interpretar que la comunidad jurídica conoce dicha exigencias por lo que la mayoría sabe que como abogado litigante la Sala le exige únicamente los presupuestos necesarios para poder aplicar el Test de Igualdad, mientras que la minoría se encuentra repartida entre las opciones de exigencias apropiadas, formalista y un pequeño porcentaje opina que son exigencias excesivas, lo cual podemos interpretar como la falta de conocimiento de dichas exigencias, o el erróneo pensamiento de que es el litigante quien tiene que aplicar el Test de Igualdad, en dicho caso esa exigencia si se podría considerar excesiva.

**Pregunta N° 9:** ¿Considera que puede aplicar correctamente el test de igualdad a un caso concreto?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	11	37%
NO	19	63%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 63% de los abogados considera que no puede aplicar el Test de igualdad a un caso concreto, mientras que el 37% considera que si puede aplicarlo. Sin embargo, lo importante no es que puedan aplicar el test de igualdad a un caso concreto, sino que proporcionen los elementos requeridos por la Sala de lo Constitucional como lo es el término de comparación, por ejemplo.

**Pregunta N° 10:** ¿Cree usted que la comunidad jurídica está preparada para un Test de Igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	3	10%
NO	27	90%
<b>TOTAL</b>	30	100%



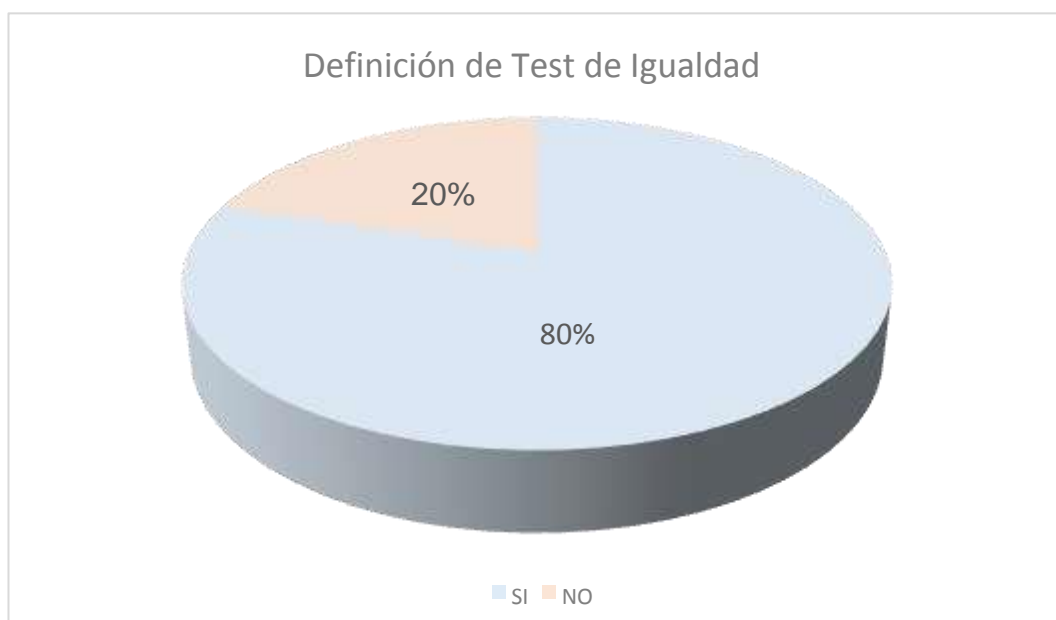
**Análisis e inferencia:** Un 90% de los abogados consideran que la comunidad jurídica no está preparada para el test de igualdad, mientras que el 10% opina que sí. De esto se deduce que la mayoría de abogados están conscientes que no son capaces en este momento de plantear en una demanda los términos o elementos del test de igualdad necesarios para que sus peticiones sean admisibles; sin embargo, la minoría considera que posee los conocimientos necesarios del Test de Igualdad, lo que les posibilita resoluciones favorables en cuanto a la admisibilidad de sus peticiones.

#### 4.4.3 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS A DOCENTES.

Tabulación de encuestas dirigidas a los docentes en materia constitucional y procesal constitucional de la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental.

**Pregunta N°1:** ¿Tienes conocimiento en que consiste el Test de Igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	4	80%
NO	1	20%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>

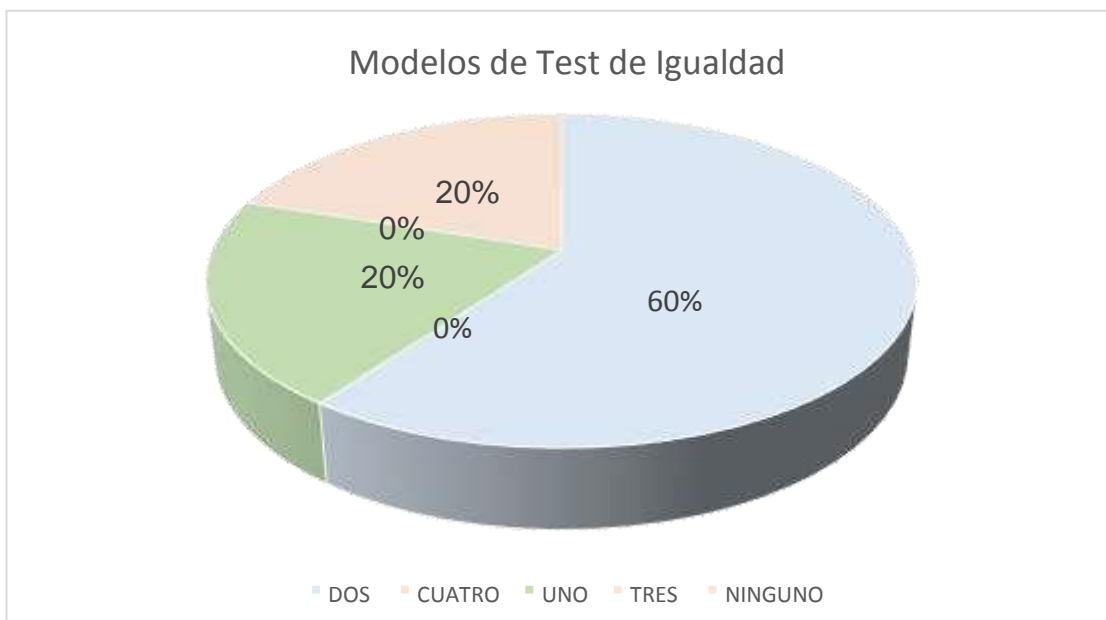


**Análisis e inferencia:** Como se puede apreciar en la tabla y en el gráfico, el 80% de los docentes de la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, que imparten materias constitucionales, tienen conocimiento en que consiste el Test de Igualdad, y, un 20% exterioriza no saberlo. Si bien es cierto, los resultados que se muestran con anterioridad reflejan que la mayoría de docentes en materia constitucional de la Facultad Multidisciplinaria Oriental, saben en qué consiste el Test de Igualdad, pero, estos conocimientos no son exhaustivos a nivel especializado para poder transmitir a los estudiantes conocimientos completos ( Test de Igualdad,

modelos de juicios de igualdad, aplicación del mismo en la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional, requisitos de la Sala a través de la Ley de Procedimientos Constitucionales), generando de esta manera deficiencias tanto a nivel académico, como profesional, debido a que el desconocimiento de dicha figura se mantiene en los profesionales del derecho graduados de esta universidad.

**Pregunta N°2:** ¿Cuántos modelos de Test de Igualdad Conoces?

Alternativas	Frecuencia (Fr)	Porcentaje (Fr)
Dos	3	60%
Cuatro	0	0%
Uno	1	20%
Tres	0	0%
Ninguno	1	20%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>

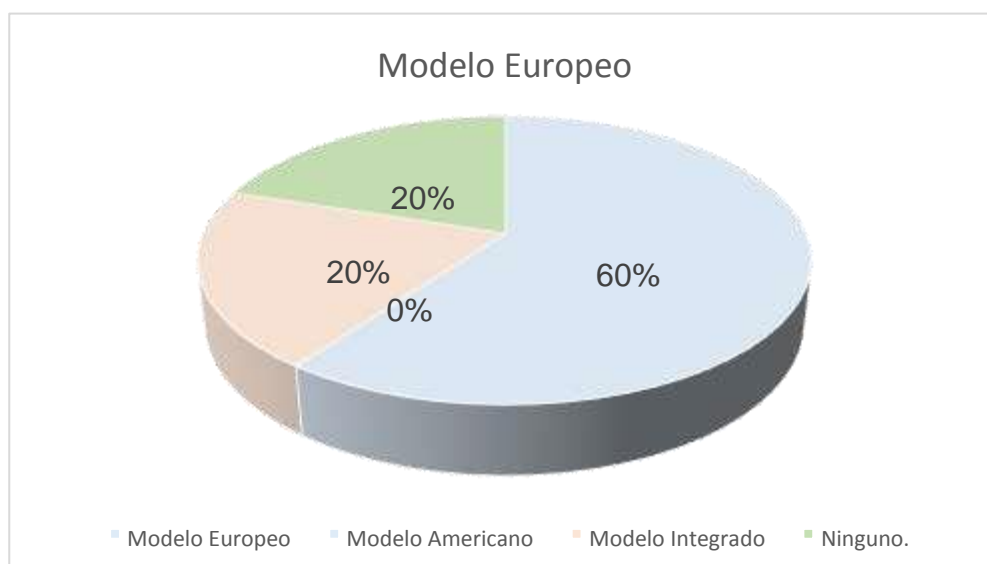


**Análisis e inferencia:** De acuerdo con la tabla y el gráfico, un 60% de los docentes que imparten las materias constitucionales en la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, conocen

dos modelos de Test de Igualdad, un 20% de esta población exterioriza conocer un modelo, el otro 20% de ellos, no conoce ningún modelo de Test. Es importante que los docentes se especialicen al grado de conocer la estructura de cada modelo de Test de Igualdad, y de esta manera puedan determinar cuál de ellos garantiza en mayor medida la protección a los derechos fundamentales de cada ciudadano, así mismo, sus alumnos tendrán la capacidad de hacer aportes a los modelos ya existentes y formarse como profesionales capaces de exigir el respeto de los derechos en todas las instancias.

**Pregunta N°3:** ¿Cuál de los modelos de Test de Igualdad que tienes conocimiento es el más apropiado para resolver los casos difíciles que se suscitan entorno al principio a la igualdad?

Alternativas	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Modelo Europeo	3	60%
Modelo Americano	0	0%
Modelo Integrado	1	20%
Ninguno	1	20%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>

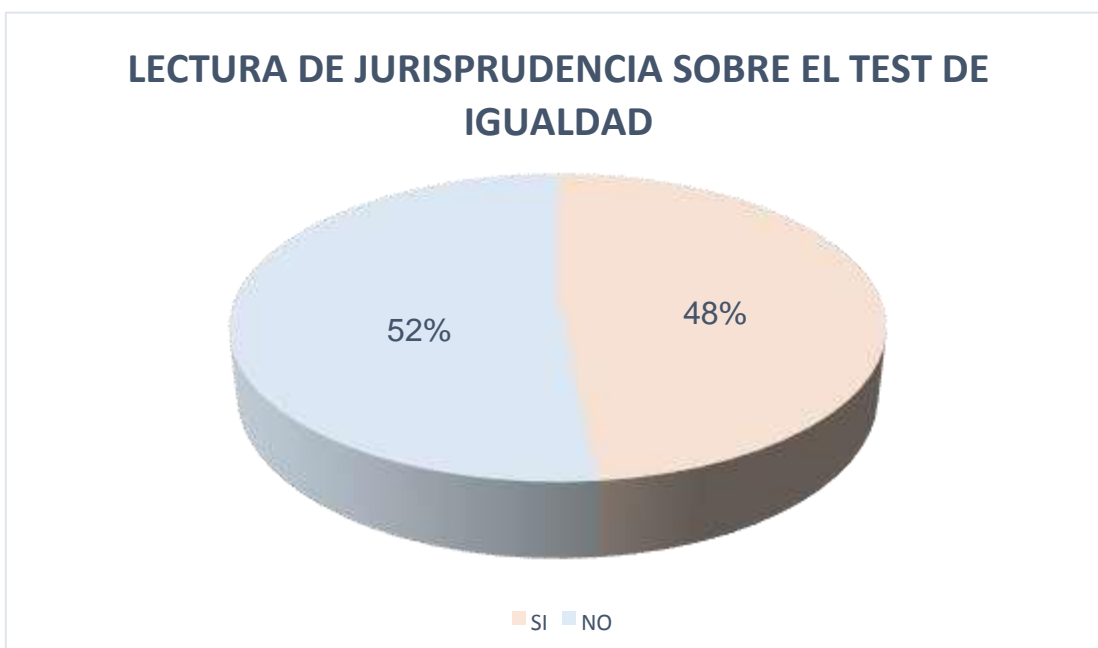


**Análisis e inferencia:** Como se puede apreciar en la tabla y la gráfica anterior, el 60% de los docentes encuestados, manifiestan que el modelo Europeo de Test de Igualdad es el más apropiado para resolver los casos difíciles que se suscitan entorno al principio de igualdad; por otra

parte, para el 20% de la población encuestada ninguno de los modelos de Test que existen son apropiados para resolver los problemas antes mencionados, mientras que el otro 20% se inclina por el modelo integrado. Conforme a la información obtenida, se puede evidenciar que la mayoría de los docentes optan por el modelo Europeo de Test de Igualdad.

**Pregunta N°4.** ¿Ha leído jurisprudencia en la cual se invoque el test de igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	3	52%
NO	2	48%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** como es evidente en la tabla y el gráfico que antecede, los docentes en materia constitucional de la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, un 52% de estos manifiesta haber leído jurisprudencia donde se invoque el test de igualdad y un 48% expresan no tener conocimiento sobre la jurisprudencia existente sobre el Test de Igualdad. De lo anterior, se puede denotar que la diferencia es

poca, sin embargo, se hace de suma importancia que los docentes que imparten la materia constitucional especialmente, se mantengan en constante actualización sobre los temas relevantes que la Sala de lo Constitucional está resolviendo conforme a las herramientas metodológicas encaminadas a garantizar los derechos, tal es el caso del Test de igualdad, esta actualización será transmitida a los estudiantes de derecho, por lo que se producirá una mejor formación académica, promoviendo así el hábito de la lectura de la jurisprudencia Constitucional.

**Pregunta N°5.** ¿Cree usted que existe déficit cultural en la comunidad jurídica, sobre el Test de Igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	5	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	5	100%

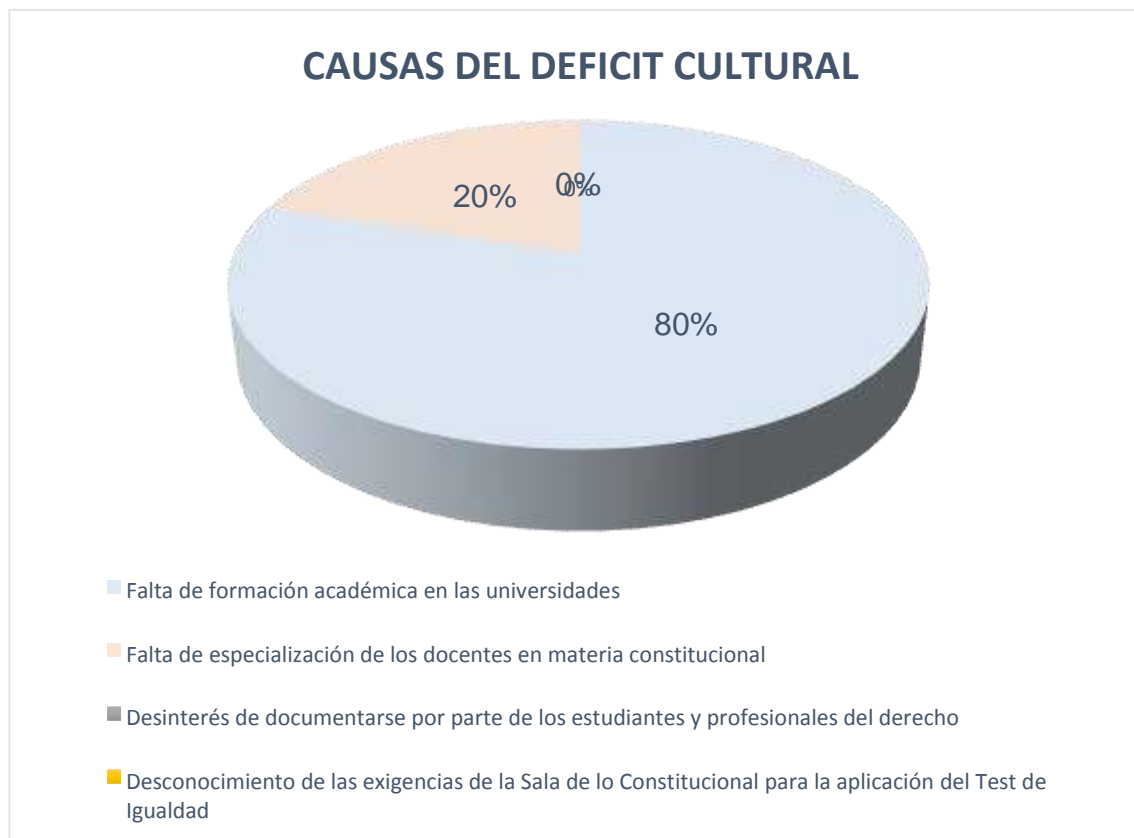


**Análisis e inferencia:** una vez observado el cuadro y el gráfico precedente, se concluye que los docentes en materia constitucional de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental, por unanimidad sostienen que existe un déficit cultural en la comunidad jurídica sobre el Test de Igualdad, es decir el 100% de los docentes; por lo que, se vuelve una necesidad que tanto los profesionales del derecho como los estudiantes en ciencias jurídicas se interesen por ser autodidactas y por innovar conocimientos, salir de ese “espacio de confort”, teniendo muchas

alternativas para mejorar dicha situación como es inscribirse en diplomados, cursos, postgrados, entre otras opciones de formación para los profesionales y estudiantes, siendo este un mecanismo para contrarrestar ese déficit.

**Pregunta N°6.** ¿Considera que las causas del déficit cultural en la comunidad jurídica, en relación al test de igualdad se debe a?

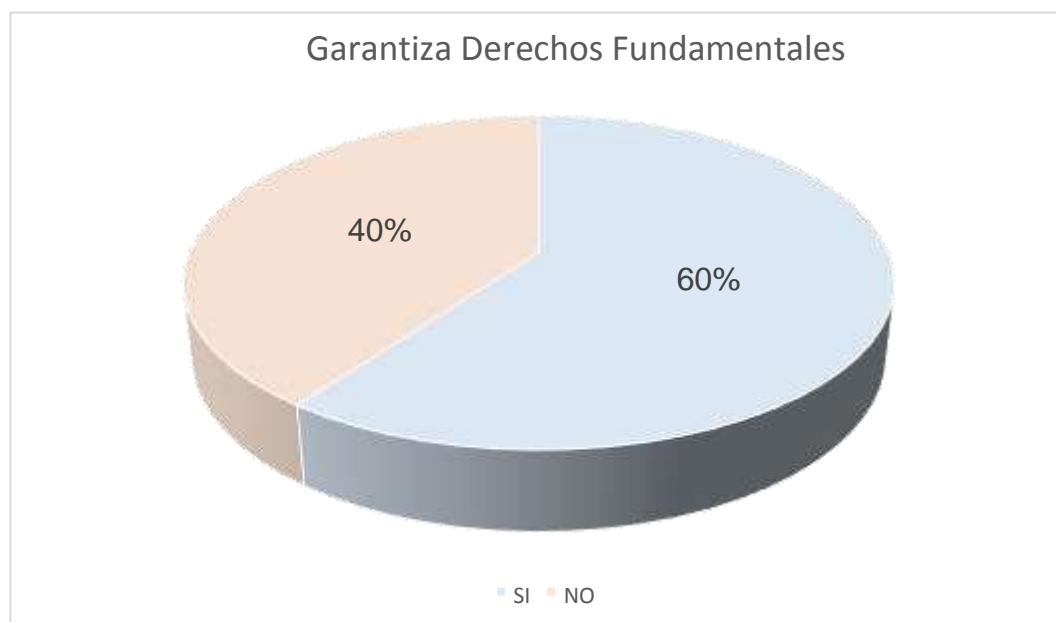
<b>Alternativa</b>	<b>Frecuencia (Fa)</b>	<b>Porcentaje (Fr)</b>
Falta de formación académica en las universidades.	4	80%
Falta de especialización de los docentes en materia constitucional.	1	20%
Desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho.	0	0%
Desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para la aplicación del test de igualdad.	0	0%
<b>TOTAL</b>	5	100%



**Análisis e inferencia:** como ha quedado demostrado en la tabla y gráfica que antecede, los docentes que imparten las materias constitucionales de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental, un 80% expresa a través de la encuesta que la causa más influyente en el déficit cultural de la comunidad jurídica, se debe a la falta de formación académica en las universidades, y un 20% de esta población manifiesta que una de las causas del déficit es consecuencia de la falta de especialización de los docentes en materia constitucional. En consonancia con los datos obtenidos se afirma según la opinión vertida en el instrumento por los docentes, que la causa predominante en el déficit cultural existente en la comunidad jurídica, especialmente en los temas constitucionales, es la falta de formación académica, y esta causa es muy evidente en la Facultad Multidisciplinaria Oriental.

**Pregunta N° 7:** ¿Considera que mediante la aplicación del Test de Igualdad se garantizan Derechos Fundamentales?

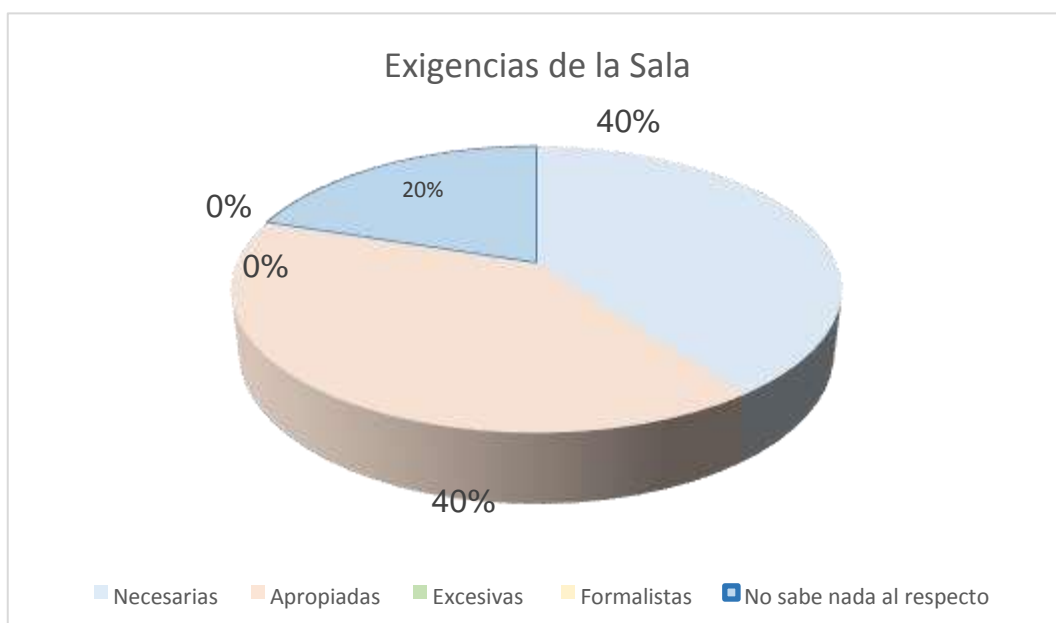
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	3	60%
NO	2	40%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 60% de los docentes de Derecho Constitucional de la Facultad Multidisciplinaria Oriental opinan que mediante la aplicación del test de igualdad se garantizan Derechos Fundamentales, mientras que el 40% restante opina que no. De lo cual podemos interpretar que la mayoría de los docentes que opinan que el test de Igualdad garantiza Derechos Fundamentales, son los docentes que saben en qué consiste el test de igualdad, y la finalidad que con este se persigue, mientras que la minoría de los docentes opina que no, lo cual puede ser por desconocimiento cierto de lo que es el test de igualdad.

**Pregunta N° 8:** ¿Cómo considera las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad?

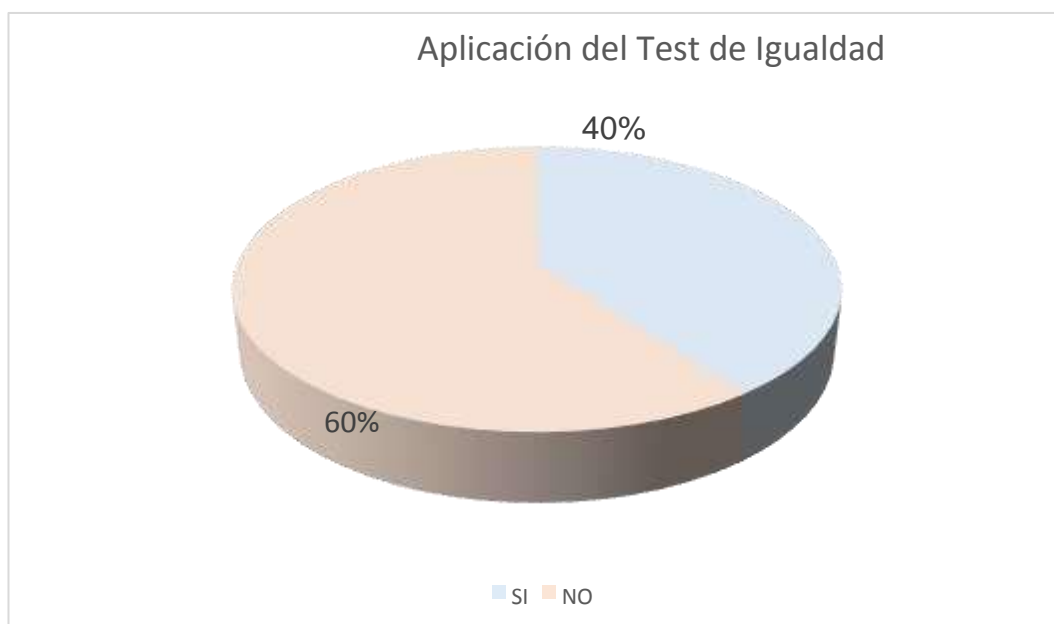
Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
Necesarias	2	40%
Apropiadas	2	40%
Excesivas	0	0%
Formalistas	0	0%
No sabe nada al respecto	1	20%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 40% de los Docentes de Derecho Constitucional opinan que las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad son necesarias, un 40% opina que son apropiadas, y un 20% de los Docentes no sabe nada al respecto de las exigencias de la Sala entorno al Test de Igualdad. Con la información expuesta podemos deducir que la mayoría de los docentes tiene una opinión favorable respecto a las exigencias de la Sala de lo Constitucional a la hora de acceder a la justicia Constitucional, invocando el Test de Igualdad.

**Pregunta N° 9:** ¿Considera que puede aplicar correctamente el test de igualdad a un caso concreto?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	2	40%
NO	3	60%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>



**Análisis e inferencia:** Un 60% de los Docentes de Derecho Constitucional considera que puede aplicar el test de igualdad a un caso concreto, mientras que un 40% considera que no puede aplicarlo. Como litigante lo importante no es que sepan aplicar el test de igualdad a un caso concreto, sino que proporcionen los elementos requeridos por la Sala de lo Constitucional como lo es el término de comparación, por ejemplo, sin embargo, en su papel como docentes, es menester manejen la estructura y su forma de aplicación para que metodológicamente puedan transmitirlo a los estudiantes de Derecho, de lo cual podemos decir que la mayoría no sabe cómo aplicar el Test de Igualdad.

**Pregunta N° 10:** ¿Cree usted que la comunidad jurídica está preparada para un Test de Igualdad?

Alternativa	Frecuencia (Fa)	Porcentaje (Fr)
SI	0	0%
NO	5	100%
<b>TOTAL</b>	5	100%



**Análisis e inferencia:** Un 100% de los docentes opina que la Comunidad Jurídica no está preparada para el Test de Igualdad. De ello podemos deducir que de manera unánime los docentes están consciente que la comunidad jurídica no es capaz en este momento de plantear en una demanda los términos o elementos del test de igualdad necesarios para que sus peticiones sean admisibles.

**4.4.4 RESULTADOS DE ENTREVISTAS DE ESPECIALISTAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL.**  
**6. 4.4.4 RESULTADOS DE ENTREVISTAS DE ESPECIALISTAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL.**

Pregunta Nº 1	¿Cómo se entiende actualmente el termino test de igualdad? (definición, características o elementos que lo constituyen).		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>“El término puede entenderse, en pocas palabras, como una herramienta interpretativa que somete a comparación a dos o más personas o situaciones que se presume se encuentran o deben encontrarse en posiciones idénticas o similares y a pesar de ellos reciben un trato –legal o material–diferenciado de forma injustificada.”</p>	<p>... “En cuanto a la definición diremos que el Test de igualdad es un análisis escalonado de una serie de pasos que nos llevan a determinar si un trato diferente o comparativo es constitucionalmente adecuado. La Sala de momento en la inconstitucionalidad 35-2018, dio un pequeño giro y anuncio un posible cambio de</p>	<p>“El test de igualdad es un mecanismo que nos permite identificar si una limitación, si determinada acción, ya sea una cuestión en la formulación de la ley o en la aplicación de la ley, está o no justificada con base en parámetros objetivos, particularmente cuando se trata de una diferenciación, lo que se busca es analizar si esa diferenciación es o no</p>	<p>- <b><u>HERRAMIENTA INTERPRETATIVA.</u></b></p>

	<p>precedente en lo que se refiere a la estructura del test de igualdad, con la idea de integrarlo con el test de proporcionalidad, nunca en alguna sentencia ha terminado por definir la estructura nueva del test de igualdad, sin embargo ya ha dejado de entrever o ha dejado unos tantos atisbos el cual va a ser la estructura futura, por lo pronto así tal cual está el test de igualdad en la actualidad, lo que se tiene que identificar es un fin constitucionalmente legítimo, se tiene que identificar cual es la justificación para la diferenciación y si esa justificación tiende a la consecución del fin, y básicamente cumpliendo esos dos exigencias el test de igualdad se da por concluido”...</p>	<p>justificada, el trato diferenciado que desarrolla el legislador o en el caso de la aplicación de la ley por la autoridad judicial administrativa es o no justificada con base en criterios objetivos y razonables, porque la igualdad tiene una protección constitucional, en nuestro caso reconocido en el artículo 3 de la Constitución, tanto como principio y derecho fundamental, lo que pasa es que no todo trato diferenciado es contrario a la constitución sino aquel que carezca de una justificación suficiente o sea irrazonable, para eso nos sirve el test de igualdad para determinar si el trato diferenciado es o no razonable”</p>	
--	--	---	--

**Análisis:** La información brindada nos permite inferir que el Test de Igualdad es percibido como una herramienta metodológica, utilizada por la Sala de lo Constitucional, para determinar si un trato diferenciado es constitucionalmente legítimo, su característica principal es la de ser un Test escalonado, mediante el cual se identifica la justificación para tal diferenciación, estos son aspectos que los tres entrevistado han incorporados en sus respuestas. Asimismo hemos identificado también que se habla de un Test de Igualdad con estructura escalonada

**Síntesis:** El Test de Igualdad como una herramienta de interpretación representa un procedimiento específico para estudiar de forma estructurada y organizada el trato diferenciador o equiparador que se está sometiendo a control Constitucional.

La Sala de lo Constitucional al hacer uso del Test de Igualdad, busca solucionar controversias que se suscitan en torno al derecho a la igualdad de forma lógica, coherente y equitativa, a través de la estructura de idoneidad, necesidad y proporcionalidad plasmada en los diferentes modelos de test de igualdad, que nos permiten establecer si el trato desigual brindado a los sujetos o situaciones jurídicas comparadas es justificable.

Como grupo consideramos que las opiniones de los Colaboradores de la Sala de lo Constitucional respecto a la percepción que se tiene del Test de Igualdad es básicamente la misma, ya que los tres conciben el test de igualdad como una herramienta de interpretación utilizada por la Sala.

Pregunta Nº 2	¿Cuál es la función del Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en el proceso de inconstitucionalidad?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>“La función del denominado “test” es el de servir como un examen de constitucionalidad ante posibles situaciones de desigualdad formal o material desde un punto de vista objetivo, es decir, es una herramienta hermenéutica que, al igual que la ponderación, por ejemplo, tiene el efecto práctico de resolver casos concretos que a diario se le presentan al tribunal.”</p>	<p>“En el proceso de inconstitucionalidad en particular la función del test de igualdad es determinar si los entes con potestades normativas al momento de establecer equiparaciones o diferenciaciones han cumplido con las exigencias de justificación que efectivamente pesan sobre el ente que ejerce una equiparación o ejerce una diferenciación.”</p>	<p>“El test de igualdad, sirve para determinar si la medida adoptada por el legislador es o no razonable, para eso nos funciona, es decir si el contenido de la ley que prevé ese trato desigual únicamente está justificada cuando esa causa es razonable que exista, en ese caso, la carga la tiene la Asamblea Legislativa si es a autoridad demandada o cualquier otra autoridad que pueda emitir normas que puedan ser</p>	<p><b><u>-FUNCIÓN DEL TEST DE IGUALDAD</u></b></p>

		susceptible de control en el proceso de inconstitucionalidad, así que en esos casos tiene la carga de argumentar que las razones que han orientado su decisión y que han ubicado a un sujeto fuera del rango de homogeneidad está o no justificada”	
<p><b>Análisis:</b> Tanto el Lic. Merino, el Lic. Vela y la Lic. Romero coinciden en decir que el Test de Igualdad tiene como principal función el ser un examen de constitucionalidad, que determina si un trato diferenciador o equiparador es constitucionalmente justificable. Asimismo se hace referencia a exigencias de justificación que estarán a cargo del ente que establezca la diferenciación o equiparación, cuando se trate de una norma, a pesar de la presunción de legalidad, es decir, se presumen sus condiciones de vigencia y validez en el ordenamiento jurídico, existe una necesaria idea de compatibilidad con la Carta Fundamental. Por tanto, la norma debe gozar de una justificación congruente si procede a diferenciar con razonabilidad. Ausente esa congruencia, el tratamiento diferenciado no es compatible con la Constitución.</p>			
<p><b>Síntesis:</b> La Función del Test de Igualdad está dada por el objetivo que este persigue, que a grosso modo podríamos decir que es el de determinar si existe o no desigualdad, ya que no todo trato diferenciado es constitucionalmente relevante, y precisamente para determinar cuándo nos encontramos frente a un trato diferenciado inconstitucional que utilizamos el test de igualdad.</p>			

Como grupo consideramos que el Test de igualdad en la actualidad cumple con su función principal, a pesar del desconocimiento del mismo por lo miembros de la comunidad jurídica, siendo la Sala de lo Constitucional quien está a cargo de su aplicación.

Pregunta Nº 3	¿Cómo se aplica el test de Igualdad en la resolución de casos difíciles por la Sala de lo Constitucional?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>“De forma escalonada. Debe verificarse la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida, teniendo en cuenta que si esta no supera el primer estadio, ya no es necesario avanzar hacia los siguientes y así sucesivamente.</p>	<p>“El primer paso cuando vamos a resolver es determinar el escrutinio, pues la dificultad está precisamente en eso, porque no sabemos si esta comparación corresponde o no a un escrutinio estricto o uno intermedio o débil, quizá principalmente por la forma en la que nosotros vamos a interpretar el artículo 3 de la Constitución, un ejemplo básico, el artículo 3 nos habla del sexo como criterio de discriminación, es un criterio</p>	<p>“El test de igualdad en sí mismo está creado para ello, resolver casos difíciles, puesto que los casos fáciles no dan problemas de interpretación, los casos fáciles por regla general se resuelven en base al silogismo judicial, con una cuestión de subsunción, pero cuando partimos de casos difíciles el intérprete se encuentra con problemas para encontrar una solución y para determinar si existe o no una solución correcta, entonces</p>	<p style="text-align: center;">=</p> <p style="text-align: center;"><b><u>APLICACIÓN ESCALONADA DEL TEST DE IGUALDAD</u></b></p>

	<p>usual para discriminar a las personas, yo podría pensar en una interpretación puramente declarativa textualista que sexo equivale a la identidad biológica de las personas respecto de si son varón o si son mujer, pero, resulta que la Sala ha dicho por ejemplo en el Amparo 18-2004 que la palabra sexo también aplica a cuestiones relativas al género que es una construcción social, que es la tesis de Ana Rubio que nos dice “el género es una construcción social”, en este caso la problemática es que tenemos una dificultad o un problema más acentuado, para decir si en ese caso sería entonces un escrutinio estricto o un escrutinio débil, ya que la categoría sospechosa no ha sido creada por el</p>	<p>para eso el juez se auxilia de distintos criterios, principio de proporcionalidad un criterio que ha sido asumido por muchos tribunales constitucionales y particularmente creo que por el hecho de que los casos sobre igualdad se analiza si la diferenciación es objetiva y razonable, si responde a argumentos justificados, entonces el intérprete en el caso de El Salvador vendría siendo la Sala, para el caso de los procesos de inconstitucionalidad debe seguir también un criterio objetivo y este criterio objetivo está dado por pautas del test de igualdad, analizar la razonabilidad de la medida sobre todo, identificar si los argumentos expuestos por la Asamblea u otra autoridad</p>	
--	---	--	--

	<p>constituyente sino por la Sala de lo Constitucional, entonces el problema que tiene el litigante por ejemplo es identificar que la sala tiene jurisprudencia en la que ha dicho que esa palabra sexo también equivale a cuestiones de género.”</p>	<p>demandada son o no plausibles, por lo que considero es un instrumento idóneo para la solución de casos difíciles”</p>	
<p><b>Análisis:</b> La información obtenida nos permite establecer que la aplicación del Test de Igualdad es de forma escalonada, los colaboradores de la Sala de lo Constitucional coinciden en que los puntos a examinarse serán principalmente la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, asimismo se mencionan tres tipos de escrutinios el débil, el estricto y el intermedio, dejando claramente con la opinión de los tres colaboradores que la Sala no sigue hasta el momento un modelo de Test de Igualdad específico, ya sea este el Europeo, Americano o Integrado.</p>			
<p><b>Síntesis:</b> A pesar que la Sala no ha establecido de forma expresa la estructura que el Test de Igualdad adoptado por la misma, ya ha sentado un precedente inclinándose por el Test Integrado, el cual a lo largo de nuestra investigación hemos percibido que comprende los siguientes paso: a) Determinación del tratamiento diferente; b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad; c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) Examen de idoneidad; e) Examen de necesidad; y f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. La intervención puede asumir tres intensidades: grave, media o leve. La intensidad de la intervención constituye una variable, Los sub exámenes de idoneidad y necesidad comprenden relaciones medio-fin y medio-medio, respectivamente, y se caracterizan por cuanto implican los pasos previos al escenario de comparación final entre dos derechos fundamentales, uno</p>			

de los cuales involucra el derecho a la igualdad. Y Finalmente, la proporcionalidad proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. En este sub examen es determinante la ponderación entre dos derechos fundamentales concernidos, a propósito del examen del derecho a la igualdad.

Pregunta Nº 4	De acuerdo a su criterio ¿Qué modelo de test de igualdad es el más idóneo para resolver los denominados casos difíciles que se suscitan en torno al principio de igualdad?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
“El empleado por la Sala de lo Constitucional.”	“En realidad, no es que un modelo sea mejor para resolver un caso difícil, creo que en general en bueno o malo para resolver los casos en los que hay problemas de igualdad en general, pero a mi criterio es el Test integrado porque el americano y el europeo cada uno trae sus beneficios, no es que sean malos, pero el integrado como combina lo mejor de cada uno de estos, por lo que resulta ser más completo.”	“No puedo decir cuál sea el más idóneo, puedo decir que existen distintos modelos o distintas formas de aplicación del principio en distintas latitudes, le mencionaba el caso de los Estados Unidos, es un caso muy interesante de criterios de intensidad en el análisis para determinar si la medida es o no acorde al principio de igualdad y es un caso muy interesante porque por ejemplo los casos de minorías históricamente	<b><u>-IDONEIDAD.</u></b>

		<p>discriminados, se entiende que habrá un test un examen intenso contra la medida legislativa, y a veces de hecho aunque otros tribunales se orientan por otros tipos de modelos talvez un poco más inspirados en el modelo Alemán, a veces incluso se auxilian de las categorías sospechosas o de niveles de intensidad, hacen combinación entre criterios de un tribunal y otro, así que, creo que haber un modelo más idóneo que otros no podría determinar con certeza, cual sea este modelo, lo importante es que el modelo funcione, en el caso de Estados Unidos el modelo funciona, el caso de muchos tribunales de América latina que se han inspirado en el modelo Alemán de igual manera funcionan</p>	
--	--	--	--

		<p>porque atienden a pautas razonables, a criterios objetivos, no a cuestiones que los propios tribunales hayan desarrollado en sí mismos, y hay una cierta homogeneidad en ello.”</p>	
<p><b>Análisis:</b> de la información obtenida podemos deducir, que los entrevistados no consideran más idóneo un modelo del Test de Igualdad en específico, sino que destacan particularidades de cada uno, sin embargo se orientan por la aplicación del Test Integrado de Igualdad, ya que recoge los aspectos más esenciales de cada Test, integrándolos para el mejor estudio de los casos difíciles que susciten entorno al test de Igualdad.</p>			
<p><b>Síntesis:</b> Consideramos que es el Test de Igualdad más idóneo, para la resolución de caso difíciles es el Test Integrado, ya que estudia el trato equiparador o diferenciador de forma más completa, logrando así cumplir con la función principal que persigue el Test de Igualdad identificando a través de un análisis de orden procedimental que ha de permitir al juzgador afirmar si respecto de una norma sometida a control o una situación a la que se imputa irrazonable desigualdad, hay trato igualitario o su vez, trato desigual</p>			

Pregunta Nº 5	¿Cuáles son los criterios para darle razonabilidad y fundamentación al contenido material de la igualdad?			Concepto Fundamental
Especialista en Derecho Constitucional				
Lic. Marcos Vela.	Lic. Manuel Merino.	Lic. Raquel Romero.		
<p>El problema de la razonabilidad en el Derecho es algo muy complicado, pero ciñéndome en la tesis de Oli Zadamio plasmada en su libro “lo racional como razonable”, y la tesis de Bernal Pulido “El Derecho de los derechos”, para explicar que significa que algo sea racional o razonable. Básicamente, para decir que algo es razonable o es racional, yo no puedo exigir lo óptimo de la razonabilidad, yo debo exigir que tenga el mínimo de la razonabilidad; lo que se tiene que</p>	<p>De la igualdad, como principio constitucional, se deducen las siguientes obligaciones: (i) tratar de manera similar las situaciones jurídicas similares, (ii) tratar de manera diferente las situaciones jurídicas diferentes, (iii) tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias, (iv) tratar de manera diferente aquellas</p>	<p>Es una carga que recae principalmente en las autoridades sometidas a control, por ejemplo, la Asamblea Legislativa, o cualquier otra autoridad emisora de normas o autoridades que aplican la ley, en estos casos estas autoridades tienen que acreditar que han encontrado una causa razonable que justifique la diferenciación en el</p>		

<p>cumplir para que algo lo sea es: primero, la inferencia que se utilice para llegar a la conclusión que considero razonable, tiene que ser conforme a las reglas formales para su validez; segundo, tiene que haber consistencia conceptual y valorativa y coherencia normativa, es decir, tiene que cumplir la regla de saturación para tomar en cuenta todas las premisas empíricas y normativas disponibles para poder hacer el análisis del caso, y tiene que cumplir otros criterios que se ligan con eso, que son las reglas del discurso y las reglas dialécticas para poder activar la jurisdicción.</p>	<p>situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes. Se desprende de lo anterior, que si bien la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominante formal, su correcta aplicación requiere del intérprete la valoración objetiva de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede, o bien equiparar, o bien diferenciar. Inclusive, existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado, a través de acciones positivas, a fin de lograr la igualdad formal en el plano real; se habla, en ese sentido, de "igualdad material".</p>	<p>trato, ya que no todo supuesto que implique una diferenciación es arbitrario, sino aquellos que no estén fundamentados en una razón o justificación suficiente, entonces, ese peso recae sobre la autoridad demandada y la Sala deberá determinar el proceso concreto. Un ejemplo concreto puede ser la diferenciación que hace la LEIV, al hablar de un tipo penal específico "feminicidio" en este caso el legislador a considerado criterios objetivos, históricos y cuantitativos o incluso cualitativos que evidencien que en nuestro país existió históricamente una tendencia cultural de violencia contra la mujer, entonces, la autoridad tendría en ese caso un peso, una carga de justificar</p>	<p><b><u>-CONTENIDO MATERIAL DE LA IGUALDAD.</u></b></p>
--	---	--	--

		<p>esas razones y acreditar que ese trato diferenciado está justificado, en este caso el trato favorable a la mujer es una acción afirmativa, y que por ser un caso de discriminación se trata de equiparar a sujetos que históricamente se han encontrado en situación de desventaja en relación a otros, eso, en este tipo de discriminación inversa, y en otros supuestos donde hay exclusión de un beneficio para un sujeto, debiendo analizarse si la exclusión se da por un supuesto de protección deficiente o por exclusión arbitraria de un beneficio, debiendo la autoridad demandada proporcionar las razones que objetivamente lo a llevado a excluir a un sujeto de</p>	
--	--	--	--

		<p>un beneficio en relación a otros sujetos, con el termino de comparación, debiendo la Sala determinar si esa justificación es o no razonable.</p>	
<p><b>Análisis:</b> Respecto de los criterios para dar razonabilidad y fundamentación al contenido material de la igualdad, los especialistas en Derecho Constitucional expresan diversos criterios para tal función; por ejemplo, el licenciado Marcos Vela, colaborador jurídico de la Sala de lo Constitucional, se basa en la tesis de Oli Zadamio y Bernal Pulido (“lo razonal como razonable” y “El Derecho de los derechos”), para determinar los parámetros que indican que algo es razonable, siendo el primero de ellos, la inferencia que nos lleva a considerar que algo es razonable; y el segundo, se refiere a la regla de la saturación que implica el cumplimiento de diversas normas. A la luz de esta investigación, los parámetros antes mencionados se utilizan para ampliar el contenido de la igualdad como derecho y principio, reconocido en nuestra Constitución, con el fin de delimitar el plano de actuación jurisdiccional, y explicar a los ciudadanos y a la comunidad jurídica las implicaciones que corresponden al referido derecho. Por otra parte, el licenciado Manuel Merino, se refiere a las obligaciones impuestas al Estado frente a la igualdad como principio y como derecho, las cuales, determinan que la correcta aplicación de la justicia en materia de igualdad una valoración objetiva de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede equiparar o diferenciar; es por ello, que tal y como se explica en el desarrollo de la presente investigación, para determinar que es igual o desigual, se requiere de un juicio de igualdad que sea realizado por el máximo intérprete de la ley fundamental,</p>			

en este caso, la Sala de lo Constitucional, sin embargo, actualmente la Sala en sus resoluciones referentes a tratos equiparadores o desiguales, utiliza la misma línea jurisprudencial como precedente para resolver, y consecuentemente sus criterios para fundamentar y razonar para cada caso en concreto se ven afectados, no poseyendo claridad ni innovación que aporte a la comunidad jurídica sobre el contenido material de la igualdad frente a las obligaciones del Estado ante tal mandato constitucional. Finalmente la licenciada Raquel Romero expresa que los criterios de razonabilidad, tal y como se dijo anteriormente, que es una carga que recae sobre las autoridades sometidas a control, entre ellas la Asamblea Legislativa (Igualdad en la Ley e igualdad ante la Ley), sin embargo, por parte del órgano emisor de normas muchas veces estos criterios se vulnera mediante la creación de otra ley, generando contravención, lo cual se debe a la existencia formal de muchos cuerpos legales, y su ausencia al momento de la aplicación al caso en concreto.

**Síntesis:** La Sala en la inconstitucionalidad 35-2018, establece que la igualdad como derecho fundamental, es la facultad que tienen las personas para exigir a los poderes públicos un trato equivalente al encontrarse en condiciones similares a otras personas, pero, también a que deliberadamente se les dé un trato diferente en beneficio propio, al encontrarse en situación distinta a los demás individuos, bajo criterios justificables con base a la Constitución. Por otra parte, en la inconstitucionalidad 44-2015, la Sala se pronuncia respecto a la igualdad, estableciendo que esta, como derecho fundamental, se proyecta a no ser arbitrariamente discriminado, esto es, a no ser injustificada o irrazonablemente excluido del goce y ejercicio de los derechos que se reconocen a los demás. Como grupo, consideramos que las opiniones vertidas por los colaboradores de la Sala de lo Constitucional, determinan ciertos criterios indispensables a tomar en cuenta cuando de razonar y fundamentar el contenido de la igualdad como derecho fundamental se trata; sin embargo, la Sala como máximo interprete, debe de realizar una fundamentación y razonabilidad exhaustiva de sus consideraciones respecto de la igualdad, dejando de lado las razones permanentes dadas por la misma línea jurisprudencial que se utiliza como precedente, y

retomando la innovación del derecho en relación a las necesidades de la población en general, permitiendo además a la comunidad jurídica a través de su jurisprudencia, adquirir nuevos conocimientos que les posibilite una efectiva tutela de derechos cuando se acciona, alegando al máximo interprete constitucional una desigualdad o trato equiparador injustificado.

Pregunta Nº 6	Comente, ¿Cómo considera las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al test de igualdad? ¿Constituyen alguna limitante a la hora de acceder a la justicia constitucional?			Concepto Fundamental
Especialista en Derecho Constitucional				Concepto Fundamental
Lic. Marcos Vela.	Lic. Manuel Merino.	Lic. Raquel Romero.		
<p>La exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad, no constituyen una limitante, debido a que la gente confunde como es la estructura del Test de Igualdad, respecto de que es lo que el litigante tiene que decir a la Sala para armar el Test, una cosa es, que el juicio de igualdad</p>	<p>Pueda que si existan problemas derivados de las exigencias de la Sala de lo Constitucional relativos al acceso a la justicia. El ejemplo de ello sería que, si para muchos abogados es sumamente difícil realizar un test de proporcionalidad de</p>	<p>Depende del caso, el proceso de inconstitucionalidad es de control abstracto, con formalismos más rigurosos, por el ciudadano plantea una confrontación entre normas, entre el contenido material de disposiciones, uno, que es el</p>		

<p>sea así de riguroso, y, otra, es que la Sala exija al litigante depurarlo al momento de alegarlo, que son cosas diferentes, quien realiza el Test de Igualdad es la Sala, lo que se exige al litigante es que aporte datos necesarios para su realización, tales como, el termino de comparación, s aporta este elemento no necesita decir que escrutinio es, eso lo va a determinar el tribunal; también necesita decir si la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, de manera genérica, eso asumiendo que se aplique un Test Integrado, si se aplica tal y como está ahorita, no necesita ni siquiera eso, solo se necesita que diga en que consiste la</p>	<p>igualdad integrado, según las nuevas exigencias de la Sala, imaginemos la dificultad que se plantea a una persona sin estudios jurídicos que pretenda alegar dicha situación en una demanda de inconstitucionalidad (recordemos que puede ser presentada por cualquier ciudadano), en esos casos, el establecimiento de requisitos que implican tensísimos mas allá de lo habitual, puede generar, incluso, lo que en teoría de los derechos fundamentales se conoce como Chilling Effect o efecto desaliento, lo que produce que</p>	<p>parámetro de control, que está dado por disposiciones constitucionales, y otra, que es el objeto de control, que está dado por disposiciones infra constitucionales, y en este caso en particular es irrelevante si el sujeto que demanda sufre agravio particular a sus derechos, como lo que si exige el proceso de amparo o habeas corpus, entonces, en el proceso de inconstitucionalidad los requisitos o formalismos en cuanto a la argumentación deben ser un tanto más riguroso, porque la Sala no puede suplir la queja</p>	<p><b><u>JUSTICIA</u></b> <b><u>CONSTITUCIONAL.</u></b></p>
---	--	---	---

<p>desigualdad, en relación con quienes, y si es por diferenciación o por equiparación. Por tal razón, las exigencias de la Sala de lo Constitucional no dificultan el acceso a la justicia constitucional, ya que estas son mínimas, y el tribunal no puede configurar la pretensión al actor.</p>	<p>las personas prefieran ya no acudir al tribunal constitucional a plantear sus pretensiones por miedo a que sean rechazadas ante el incumplimiento de requisitos que pueden considerarse difíciles.</p>	<p>deficiente, sino que debe atender al principio de congruencia al máximo, y no puede suplir los errores de derechos en los que incurran las partes, debiéndose señalar de manera objetiva a la Sala la razones, que adviertan el trato diferenciado, y que además este es injustificado. En conclusión, las exigencias de la Sala son mínimas, no son exigencias que el sujeto no pueda cumplir, lo que sucede, es que las demandas de inconstitucionalidad no solo pueden ser presentadas por abogados, sino que también por ciudadanos comunes sin</p>	
---	---	--	--

		<p>necesidad de que estos tengan conocimientos jurídicos, lo que hace para estas personas muy difícil plantear su pretensiones a la Sala</p>	
--	--	--	--

**Análisis:** Con base a las respuestas de los especialistas del Derecho Constitucional, las exigencias de la Sala de lo Constitucional en torno al Test de Igualdad no constituyen una limitante a la hora de acceder a la justicia constitucional, esto de manera relativa, porque a través de la investigación realizada se constató que las exigencias de la Sala en torno al Test de Igualdad, son mínimas para los profesionales del derecho, de modo que actualmente basta con que el abogado explique al tribunal constitucional en que consiste su pretensión para que se proceda a la aplicación del juicio de igualdad a fin de determinar si el trato diferenciado alegado vulnera o no derechos al sujeto; sin embargo, en los procesos de inconstitucionalidad impera un principio formalista que demanda de los abogados tecnicismos porque el tribunal no puede suplir la queja deficiente. Por otra parte, teniendo en cuenta que las demandas de inconstitucionalidad pueden presentarse por cualquier ciudadano de la República, el acceso a la justicia constitucional se ve limitado, porque incluso en la comunidad jurídica, pese a que los requisitos a cumplir son mínimos, existe confusión en cuanto a la aplicación del Test, desconociendo que el encargado de aplicarlo es la Sala, y ellos solo deben proporcionar los datos necesarios en los que fundamentan su pretensión, para un ciudadano común este grado de dificultad es más alto, e incluso impide que ciertos casos sean conocidos, teniendo como resultado final, una resolución desfavorable.

**Síntesis:** La justicia constitucional es un sistema de control judicial de las leyes del propio Estado de Derecho, que tiene su fundamento en la concepción de la Constitución como norma jurídica fundamental, mediante el cual se verifica el respeto de las leyes a la Constitución.

Como grupo, consideramos que las exigencias de la Sala de lo Constitucional limitan para un determinado sector, el acceso a la justicia constitucional (ciudadano común), y esto se debe a las exigencias formalistas que el tribunal requiere al presentar una demanda de inconstitucionalidad en cualquier caso, lo cual, no solo limita el acceso al justicia como derecho fundamental, sino que también, existen otros derechos que sufren un menoscabo, por lo que la Sala, debiese tener en cuenta y regular los referidos requisitos según la calidad que ostente la persona que la presenta, debido a que inclusive en los profesionales de las ciencias jurídicas existe desconocimiento de los requisitos mínimos que la demanda debe reunir para que su pretensión sea admitida por la Sala.

Pregunta Nº 7	De acuerdo a su criterio ¿Existe un Déficit Cultural en la comunidad jurídica respecto al test de igualdad? ¿A qué se debe?			Concepto Fundamental
Especialista en Derecho Constitucional				
Lic. Marcos Vela.	Lic. Manuel Merino.	Lic. Raquel Romero.		
Si, definitivamente se debe a como están estructurados los modelos educativos salvadoreños, las universidades en las licenciaturas no ofrecen una enseñanza optima del Derecho constitucional, se puede decir dos cosas, primero, son muy pocas la universidades que efectivamente tienen una curricula	Si existe. Se puede deber a muchos factores, entre los cuales están, la falta de formación académica y autodidacta de los abogados, sumando al desconocimiento y falta de actualización en la jurisprudencia constitucional.	El déficit cultural está ligado al desconocimiento del tema, solamente los profesionales que están más interesados en la jurisprudencia constitucional, o aquellos que de alguna manera participan en litigios en sede constitucional, están enterados		

<p>que incluya temas adecuados al Derecho Constitucional, y todavía peor, algunas universidades no tienen personal idóneo dando la asignatura, personas que no conocen lo que están dando, entonces, como vamos a decir que vamos a tener profesionales bien formados en Derecho constitucional, si ni la curricula les exige que les enseñen tales temas, ni el docente tiene la capacidad suficiente o el conocimiento suficiente para enseñar; y segundo, los postgrados, eso depende de quien se quiera meter al postgrado y que es incluya el tema, y además de eso falta ver que el docente que asignen conozca del tema.</p>		<p>de que es el Test de Igualdad y como funciona, de lo contrario los demás tienen desconocimiento del tema y de la jurisprudencia constitucional.</p>	<p><b><u>-CAUSAS DEL DÉFICIT CULTURAL EN LA COMUNIDAD JURÍDICA.</u></b></p>
---	--	--	---

**Análisis:** De acuerdo a la opinión de los colaboradores de la Sala de lo Constitucional, si existe un déficit cultural en la comunidad jurídica en torno al Test de Igualdad, que refleja como principales causas, la mala formación académica y falta de interés por parte de los abogados de formarse en el tema. Este déficit cultural irradia efectos en la aplicación del Derecho a casos concretos en los que se pretende la tutela de uno varios derechos que se ven vulnerados por un cuerpo legal o disposición, que genera un trato desigual o por equiparación injustificado de acuerdo con los parámetros constitucionales, de manera que no basta con que los requisitos para acceder a la justicia constitucional sean mínimos para los abogados, esto no garantiza que el porcentaje de las demandas presentadas en el tribunal constitucional prosperen, al grado de que se conozca el agravio que se plantea, y estas no terminen en improcedencia o inadmisibilidades, debido a que el mayor problema que afecta de manera directa a la comunidad jurídica es el total desconocimiento del Test de Igualdad como una herramienta metodológica utilizada por la Sala para resolver los casos en mención; y, otro de ellos, afecta a las personas que tienen poco conocimiento respecto del juicio de igualdad, ya que actualmente existen tres modelos de Test de Igualdad, de los cuales la Sala al resolver se ha auxiliado de dos de ellos (el Americano y el Europeo), sin especificar a qué casos de acuerdo a su criterio son aplicables cada uno, así mismo, con base a jurisprudencia estudiada en esta investigación se constata que independientemente del modelo de Test del que la Sala se auxilie, sus fundamentos son los mismos, lo cual genera más confusión a la comunidad jurídica que intensifica el déficit ya existente.

**Síntesis:** Las causas del déficit en la comunidad jurídica son las siguientes: Falta de formación académica en las universidades, la falta de especialización de los docentes en materia constitucional, el desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho, y el desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para aplicar el Test de Igualdad.

Como grupo consideramos bien que la Sala de lo Constitucional como máximo intérprete de la Constitución de la República, opte por criterios innovadores al momento de resolver casos concretos, que permitan generar doctrina rica en contenido, dejando de fundamentar todas sus resoluciones en una sola línea jurisprudencial, integrando la diversidad del

Derecho en sus jurisprudencias, de manera, que mediante sus resoluciones transmitan conocimientos a la comunidad jurídica y despejen dudas que abonen a la erradicación del déficit cultural existente en la comunidad jurídica.

<b>Pregunta Nº 8</b>	<b>¿Considera que la aplicación del test de igualdad es una herramienta metodológica importante para lograr la protección de los Derechos Fundamentales?</b>		
<b>Especialista en Derecho Constitucional</b>			<b>Concepto Fundamental</b>
<b>Lic. Marcos Vela.</b>	<b>Lic. Manuel Merino.</b>	<b>Lic. Raquel Romero.</b>	
<p>Si, definitivamente, porque le da racionalidad a la resolución de la Sala de lo Constitucional, eliminando mediante el Test de Igualdad, las posibilidades de resoluciones arbitrarias.</p>	<p>Sí, porque es una herramienta que permite determinar si en determinados casos existen medidas o acciones lesivas específicamente del derecho a la igualdad, y lograr así el cese de las mismas, y en todo caso la reparación del daño causado.</p>	<p>El Test de Igualdad fue construido para tutelar la igualdad, tanto como principio y como derecho fundamental, entonces, este examen a la luz del referido principio y derechos que puedan estar involucrados, interese que el legislador pretenda promover o tutelar, en</p>	

		fin, trata de analizar si los tratos diferenciados que conllevan a una limitación a la igualdad, y si están justificados o no, y en esa medida el Test de Igualdad nos da pautas para determinar si esa medida limita derechos fundamentales, y si es justificada o no.	<b><u>-TEST DE IGUALDAD.</u></b>
<p><b>Análisis:</b> La aplicación del Test de Igualdad es una herramienta metodológica importante para lograr la protección de los derechos fundamentales, según lo expresado por los colaboradores de la Sala de lo Constitucional, porque mediante su aplicación se da racionalidad a las resoluciones, evitando posibles arbitrariedades en las decisiones. De igual forma, mediante su aplicación escalonada que conlleva a establecer parámetros de diferenciación, se analiza de manera concreta la controversia que se suscita en torno a la igualdad como derecho o como principio, de manera que su aplicación posibilita a la Sala un mejor estudio del caso, y otorga a los ciudadanos resoluciones más transparentes.</p>			
<p><b>Síntesis:</b> El test de igualdad, es una herramienta de análisis metodológica utilizada por la Sala de lo Constitucional para resolver los casos en donde se presenta discriminación hacia un sector determinado de la población, o población marginada, o unos beneficios injustificados a un determinado sector poblacional; sin embargo, en el ordenamiento jurídico se pueden establecer tratos diferenciados para grupos específicos, en sí mismo, los tratos diferenciados no son contrarios al</p>			

derecho a la igualdad, pero cuando estos tienen como objetivo vulnerar los derechos de ese grupo diferenciado, es aquí, donde se violenta el derecho a la no discriminación, en estos casos claramente existe una violación al derecho a la igualdad.

Consideramos que la comunidad jurídica presenta un déficit cultural en relación al Test de Igualdad, y se ve más intensificado este déficit en los profesionales del derecho, por lo que, dicha población no está preparada para formular el supuesto material y jurídico en las demandas de inconstitucionalidad cuando existe vulneración al derecho o al principio de igualdad, para que la Sala de lo Constitucional admita la demanda y aplique el Test de igualdad.

Pregunta Nº 9	¿Cuál es su opinión respecto a la siguiente afirmación: “La aplicación del Test de Igualdad limita derechos fundamentales de la persona humana”?			Concepto Fundamental
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental	
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.		
Ipsa facto, la aplicación del test de igualdad no “limita” derechos fundamentales. Habría que conocer el contexto, para poder opinar si en algún caso concreto el mismo puede considerarse de esa forma.	La aplicación del test definitivamente no limita derechos fundamentales, porque partimos del mal entendido que es el litigante quien tiene que hacer el test de igualdad, pero no, el litigante tiene que dar los datos que configuran una pretensión de igualdad, porque el Tribunal no va a configurar de oficio la pretensión, el test como tal no limita, al contrario potencia los derechos de la persona	El Test de igualdad no tiene por finalidad limitar derechos fundamentales, sino advertir o determinar si una limitación particularmente, a la igualdad en relación a otros derechos fundamentales, como podría ser la seguridad social, la propiedad, la libertad expresión u otro derecho fundamental está o no justificado, no se trata en sentido estricto de limitar derechos, sino determinar que esa limitación particular a la	<b><u>EL TEST DE IGUALDAD “LIMITA DERECHOS FUNDAMENTALES”</u></b>	

	humana porque da una resolución justificada, bajo el entendido que la justificación no se agota con el simple hecho de dar algún argumento para respaldar mi decisión sino que sean argumentos racionales.	igualdad en relación con otros, que ya ha sido adoptada por otras autoridades está o no justificada.	
<p><b>Análisis:</b> Los colaboradores de la Sala de lo Constitucional al momento de dar respuesta a la pregunta precedente, coinciden en que el test de igualdad no está diseñado para limitar derechos fundamentales, sin embargo, uno de ellos plantea que puede depender del contexto para opinar si en algún caso pueda considerarse de esa forma, mientras las opiniones restantes manifiestan que, más bien potencian los derechos fundamentales, ya que mediante su aplicación se da una resolución justificada y se determina esa limitación particular a la igualdad en relación con otros derechos; por lo que, las opiniones vertidas por los mencionados funcionarios están en armonía con la línea investigativa del trabajo, y un punto muy relevante que sirve de aporte al tema y a la vez de corrección es, que los ciudadanos, litigantes o quien acuda ante la Sala de lo Constitucional alegando una supuesta desigualdad no tiene que aplicar el test de igualdad, esa aplicación le corresponde a la Sala, el demandante solamente debe configurar la pretensión de igualdad es decir el termino de comparación, situación que como grupo investigador había confundido puesto que, se entendía que el demandante tenía que aplicar el test de igualdad.</p>			

**Síntesis:** La aplicación del test desigualdad como limitador de derechos fundamentales de la persona humana puede definirse como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de esos derechos, es decir, límites que son establecidos a través de mecanismos jurídicos, ya sean leyes o sentencias. Desde esta perspectiva como grupo sostenemos que el test como tal, como una herramienta de análisis, NO LIMITA DERECHOS FUNDAMENTALES, ya que a través de su aplicación se determinan la limitación a la igualdad en relación a otros derechos, permitiendo al juzgador afirmar si respecto de una norma sometida a control o una situación a la que se imputa irrazonable desigualdad, hay trato igualitario o a su vez, trato desigual, existiendo de esta manera resoluciones fundamentadas, permitiendo así, el acceso a la justicia constitucional, en aquellos supuestos de un trato diferente, y garantizando a la vez la seguridad jurídica al pretensor, con resoluciones que expresan las razones del porqué una inconstitucionalidad en la que se alega desigualdad es procedente o no

Pregunta Nº 10	¿Cuándo estamos frente a un trato diferenciado razonable y cuando estamos frente a un trato diferenciado arbitrario?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>La jurisprudencia ha dado amplia respuesta a esta interrogante, por ejemplo, en la sentencia del 11 de enero de 2019, Inc. 18-2018, la sala dijo que “no basta con dictaminar que la existencia de un trato desigual (ya sea por acción u omisión) sea razonable, pues, aun así, pudiera ocurrir que este trato conlleve una limitación desproporcionada a un derecho fundamental. Por ello, el análisis debe continuar para determinar si los beneficios que reporta la diferenciación normativa o</p>	<p>Básicamente, está en cual sea el criterio que utilicemos para hacer la diferenciación, va a ser razonable si el criterio de diferenciación es un criterio objetivo, un criterio que de verdad justifique que hagamos la diferenciación; y va a ser arbitrario cuando el criterio que nosotros empleemos, sea un criterio que tenga naturaleza puramente subjetiva o que no se ligue de ninguna forma con el beneficio de lo que se</p>	<p>Eso va a depender de las razones que hayan justificado la adopción de ese trato diferenciado, si estas razones obedecen a criterios sesgados, por ejemplo el caso de las categorías sospechosas, en esos casos el trato diferenciado es arbitrario, pero si la diferencia responde en realidad a una manera de tutelar derechos de colectivos o situaciones de personas que se encuentran en desventajas con relación a otras, esa</p>	<p><b><u>TRATO</u></b> <b><u>DIFERENCIADO</u></b> <b><u>RAZONABLE Y</u></b> <b><u>ARBITRARIO</u></b></p>

<p>exclusión compensan el sacrificio que esta supone para un derecho fundamental (proporcionalidad en sentido estricto). De acuerdo con ello, para llegar a esta conclusión, o la contraria, es indispensable verificar que el trato desigual cuestionado es idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto, o que no lo es (Inc.57-2011). Por tanto, no todo trato diferente o equiparado es inconstitucional en sí mismo, pues su incompatibilidad constitucional se determina por la desproporcionalidad de la intervención legislativa (Inc. 158-2017). La razón que justifica tal afirmación se funda en que el principio de igualdad no siempre ordena un idéntico trato legal, al margen de elementos diferenciadores de relevancia jurídica. En algunos casos, ellos pueden estar fundado en una</p>	<p>pretende buscar con la diferenciación que hacemos. Por ejemplo: si yo lo que quiero es otorgar una ayuda de semilla mejorada y el criterio es que las personas sean de raza blanca, entonces eso no tiene nada que ver con la ayuda, pero, si puedo decir solo los que demuestren que son jornaleros, campesinos, es decir, personas ligadas a la siembra, desde esta perspectiva no voy a decir que es irrelevante esa diferenciación porque ahí si tiene sentido, porque es objetivo y se vincula con el fin que se pretende buscar con la medida.</p>	<p>diferenciación es justificada; en este caso se deben analizar las razones objetivas dadas por las autoridades en sus informes, por ejemplo la Asamblea Legislativa puede justificar sus decisiones en informes técnicos, informes estadísticos, en alguna pauta objetiva que lo haya llevado a dar ese privilegio a un sujeto con relación a otro , por lo que siempre se debe analizar el termino de comparación y la razones que justifican la distinción.</p>	
---	---	---	--

justificación objetiva y razonable para ello”.			
<p><b>Análisis:</b> Los colaboradores al pronunciarse sobre el trato diferenciado razonable y el trato diferenciado arbitrario, mantienen una postura similar, en cuanto que establecen que todo depende de los criterios que se tomen para hacer una determinada diferenciación, estos criterios deben ser objetivos y justificados razonablemente, para la persecución del fin que se pretende buscar con la determinada medida; por su parte, el licenciado Merino manifiesta que la Sala sostiene que no basta con dictaminar que la existencia de un trato desigual sea razonable, pues, aun así, pudiera ocurrir que este trato conlleve una limitación desproporcionada a un derecho fundamental, por lo que debe, por lo que el análisis debe ser más profundo para determinarlo, es decir la proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con ello, para llegar a esta conclusión, o la contraria, es indispensable verificar que el trato desigual cuestionado es idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto, o que no lo es Inconstitucionalidad 57-2011. Como equipo investigador no omitimos manifestar que tanto los aportes teóricos como la línea jurisprudencial proporcionada en las respuestas, es la misma línea de fundamentación que lleva el tema de estudio, de igual manera, un aporte importante es lo mencionado por la licenciada Romero, referente a los informes que pueden ser estadísticos, técnicos emitidos por la Asamblea Legislativa, que contienen datos relevantes que constituyen un precedente para justificar la razón objetiva del porque se da un privilegio a un determinado sector en relación a otros.</p>			

**Síntesis:** un trato diferenciado razonable es cuando el criterio de diferenciación es objetivo y responde en realidad a una manera de tutelar derechos de colectivos o situaciones de personas que se encuentran en desventajas con relación a otras, debe tener un sentido objetivo la medida y debe estar relacionado al fin que se persigue; contrario sensu el trato diferenciado arbitrario carece de una justificación objetividad y razonable, por lo que, obedece a criterios sesgados, un ejemplo claro son las categorías sospechosas. Como un plus a las respuestas, como equipo de trabajo consideramos dos situaciones: la primera es que el trato diferenciado sea razonable o arbitrario, en primera instancia se da en la formulación de la Ley, es decir por parte de la Asamblea Legislativa como órgano emisor de normas, ya que, si el criterio que se toma para hacer la diferenciación tiene naturaleza puramente subjetiva o que no se ligue de ninguna forma con el beneficio de lo que se pretende buscar con la diferenciación que hacemos, estamos en presencia de una arbitrariedad, en cambio, si al momento de emitir una norma que en su contenido lleve una diferenciación, pero ésta es objetiva y razonable, estamos en presencia de un trato diferenciado que goza de racionalidad; y segundo en la aplicación de la Ley por parte de los órganos de Estado, las instituciones y sus funcionarios.

Pregunta Nº 11	¿Qué acciones se deben tomar a fin de que la comunidad jurídica esté preparada para aplicar el Test de Igualdad en las demandas de inconstitucionalidad?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>Hacer una especie de difusión de criterios de la Sala de lo Constitucional por diferentes medios, por ejemplo: redes sociales, similar a lo que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN).</p>	<p>Ninguna, porque no es el demandante quien lo va a aplicar, sino que es la Sala de lo Constitucional, en todo caso las medidas sanas serian procesos educativos mejorados, pero en realidad no se tiene que hacer, es decir, que las personas desarrollen el test de igualdad, ya que el trabajo es de la Sala y que a título personal él decide incorporar este tema como otros de gran relevancia en la curricular a impartir en</p>	<p>Son tres cosas: conocimiento de la propia Constitución como también de la jurisprudencia constitucional y la doctrina, porque nuestra Constitución en si misma por el tipo de estructura de las disposiciones constitucionales, que son disposiciones de carácter abierto, no nos dan mayores pautas, de cómo entender la igualdad particularmente, en estos casos se debe acudir a la interpretación y muchos de</p>	<p style="text-align: center;"><b><u>ACCIONES PARA PREPARAR A LA COMUNIDAD JURÍDICA</u></b></p>

	diplomados, lo mejor siempre es el foro universitario.	esos criterios de interpretación ya están dado por la jurisprudencia, la jurisprudencia Salvadoreña toma mucha doctrina y jurisprudencia comparada. En orden tanto los litigantes como los ciudadanos.	
<p><b>Análisis:</b> Sobre la interrogante, planteada los especialistas en derecho constitucional expresan una serie de acciones para que la comunidad jurídica pueda prepararse respecto al tema, algunas de esas acciones son: hacer una especie de difusión de los criterios de la Sala de lo Constitucional por los diferentes medios, procesos educativos mejorados, incorporar este tema como otros de gran relevancia en materia constitucional, en los pensum de las universidades, en la curricula para impartir diplomados; por su parte, la licenciada Romero manifiesta que son tres acciones para que la comunidad jurídica pueda prepararse y son: conocimiento de la propia constitución, de la jurisprudencia Constitucional y la doctrina. Sobre esta respuesta, vale destacar que los especialistas se limitaron a aportar las acciones que deben tomarse para contrarrestar la falta de conocimiento de la comunidad jurídica; así mismo el maestro Marcos Vela insiste en recalcar que no es el demandante quien tiene que aplicar el test, sino que es Sala a quien le compete, sin embargo, él aportó algunas medidas sanas para mejorar el conocimiento del tema.</p>			

**Síntesis:** Con lo que ya se analizó con anterioridad, se determina que la preparación de la comunidad jurídica no está encaminada a aplicar el test de igualdad, sino más bien a configurar la pretensión de igualdad, pero, de igual manera demanda del conocimiento de la Constitución en sí misma, porque de ahí tenemos el parámetro constitucional, así también de la jurisprudencia como ya se puntualizaba previamente, pues nos dan los criterios de interpretación que ya están dados por la misma, cimentados en doctrina y jurisprudencia comparada; a nuestro criterio sería una de las mejores acciones para contrarrestar la falta de conocimiento tanto de los ciudadanos como de los abogados para invocar una vulneración al derecho a la igualdad, así también, la enseñanza en el foro universitario. Como grupo consideramos que este último es un elemento de gran relevancia para compactarlo con las acciones descritas anteriormente, puesto que, la enseñanza académica es uno de los cimientos fundamentales para los futuros profesionales, por lo que esta formación debe ser impartida por catedráticos especializados en la materia, para obtener un mejor resultado.

Pregunta Nº 12	¿Existe diferencia entre los test de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>El de proporcionalidad es el normal o común que todos conocemos, el de Robert Alexy. El de igualdad es una integración de este con algunas exigencias propias por la naturaleza del derecho o principio de igualdad, que no es creación o invención de la Sala de lo Constitucional, la Corte Constitucional de Colombia, ya lo hacía y Carlos Bernal Pulido ya lo expusieron antes. Y la razonabilidad no se entiende como un test tal cual, sino como el producto del resultado obtenido en la proporcionalidad en</p>	<p>Si, porque el de razonabilidad es un test que solo comprende una parte del test de proporcionalidad, la proporcionalidad cuando la analizamos desde el punto de vista del principio de idoneidad, eso incluye la razonabilidad, lo que la Sala dijo en la sentencia 109-2013; en cambio cuando se dice de la proporcionalidad es un análisis escalonado para resolver conflictos entre derechos fundamentales o</p>	<p>En este caso va a depender del modelo que se siga, por ejemplo si hablamos del modelo estadounidense ellos no tienen una teoría propia de derechos fundamentales como la alemana o como la que se ha derivado de la doctrina alemana o de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, entonces podemos hablar si de examen de igualdad pero no de proporcionalidad, y si</p>	<p style="text-align: center;"><b><u>DIFERENCIA ENTRE LOS TEST</u></b></p>

<p>sentido estricto, es decir, lo que nos dirá si la medida es razonable, si no lo es, entonces es inconstitucional.</p>	<p>principios, el de igualdad según la propuesta de la Sala sentencia 35-2018, implicaría incluir la proporcionalidad en el test de igualdad, ósea que habría relaciones de género especie, especie igual test de razonabilidad, género igual test de proporcionalidad, especie test de proporcionalidad, género test de igualdad; es decir, cada uno absorbería al otro, el test de igualdad sería el más completo, porque incluiría elementos propios de la razonabilidad y la proporcionalidad, y el de proporcionalidad es más completo que el de razonabilidad porque dentro de la idoneidad analizo la razonabilidad de las medidas limitadoras</p>	<p>seguimos al modelo Alemán podemos hablar de examen de igualdad y de proporcionalidad como instrumento para analizar la propia limitación a la igualdad; creo que en cada caso depende del modelo que se siga en cada país, o si es un modelo integrado pues estaríamos hablando de un sistema que hace una simbiosis de dos modelos, como en el caso colombiano, por lo que en un sistema podemos hablar de un examen de igualdad y de proporcionalidad, por lo que con claridad no puedo decir que son cuestiones distintas, son cuestiones relacionadas o más bien son distintos métodos que finalmente lo que buscan es determinar si esa</p>	
--	---	---	--

		limitación o la afectación a la igualdad existe o no.	
--	--	---	--

**Análisis:** Con la opinión vertida por los Colaboradores de la Sala, denotamos que mantienen posturas distintas, por un lado en Licenciado Merino si hace la diferencia entre los test, pero, a su criterio el test de igualdad es el test integrado y la razonabilidad no es un test, solamente es una parte de la proporcionalidad; por su parte, en maestro Marcos Vela sostiene que si existe diferencia, entre el test de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, el primero que se analiza desde el punto de vista de la idoneidad, el segundo es un análisis escalonado para resolver conflictos entre derechos fundamentales o principios; y por último, el de igualdad implicaría incluir la proporcionalidad en el test de igualdad, ósea que habría relaciones de genero especie, es decir, cada uno absorbería al otro, el test de igualdad sería el más completo, porque incluiría elementos propios tanto de la razonabilidad como de la proporcionalidad; la licenciada Romero manifiesta no tener claridad, por lo que, no puede asegurar que sean cuestiones distintas puesto que estas se relacionan para determinar si esa limitación o afectación existe o no. En este sentido, las opiniones vertidas no se distancian del todo de la línea de estudio, puesto que son en algunos aspectos en los que no se sostiene lo mismo, ya que en la investigación se ha establecido que la razonabilidad es un test y que tiene su propia estructura, así también, que efectivamente existe diferencia entre los tres test, no obstante se relacionan entre sí, cuando se integra en un solo test, que como se ha establecido en el trabajo es el modelo Colombiano.

**Síntesis:** El test de razonabilidad es aquel, que según el modelo estadounidense posee niveles de intensidad (débil, intermedio e intenso) y también es producto de uno de los elementos de a proporcionalidad, en este sentido es que este test es absorbido por la proporcionalidad, esta última consiste en un análisis que incluye un estudio minucioso a través de los subprincipios (necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad); por último, el test de igualdad es una integración de los dos modelos anteriores. En definitiva como equipo investigador sostenemos que hay una relación de género especie entre estos tres test, estamos en armonía con la opinión del maestro Marcos Vela, es decir, el test de proporcionalidad absorbe el de razonabilidad, siendo el género el de proporcionalidad, y el test de igualdad absorbe el de proporcionalidad, por lo que este último se convierte en la especie y el de igualdad en el género, subsumiendo este último, los dos anteriores y convirtiéndose en el integrado, de esta manera permite garantizar de una mejor manera la determinación de las supuestas vulneraciones a la igualdad, por la realización de un examen escalonado.

Pregunta Nº13	¿Cuáles son las razones por las que la Sala de lo Constitucional en sus últimas resoluciones se ha inclinado por el Test de Igualdad integrado?		
Especialista en Derecho Constitucional			Concepto Fundamental
Lic. Manuel Merino.	Lic. Marcos Vela	Lic. Raquel Romero.	
<p>Las razones que la Sala ha dado son que “la integración de estos de estos dos test se justifica porque el de proporcionalidad racionaliza la decisión de los problemas que involucran principios o normas que tienen la estructura de principio —como las de los derechos fundamentales— y por las semejanzas relevantes que existen entre ambos, lo que implica que un test integrado eliminaría una dualidad que hasta este momento ha sido innecesaria. Entre tales</p>	<p>Solo ha sido la Inc. 35-2018, la razón de ello es con la idea de buscar resoluciones más razonables y más argumentadas, por ahí van orientadas las razones.</p>	<p>La Sala no ha tenido un criterio uniforme, y no solamente no ha acudido al test Alemán sino también a un test que ha sido seguido por un sector español que suprime uno de los elementos del principio de proporcionalidad, entonces una uniformidad y un cambio claro no lo veo, pero algo si, en los procesos resientes en torno a la admisión los casos sobre matrimonio igualitario, en</p>	<p><b><u>CAMBIO DE PRECEDENTE DE LA SALA DE LO</u></b></p>

<p>semejanzas relevantes se pueden mencionar, entre otras el análisis de adecuación entre el medio empleado para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo — que en el test de proporcionalidad es el juicio de idoneidad y en el de igualdad es la determinación del fin que persigue la medida acusada de desigual—, el cotejo entre alternativas distintas y menos gravosas para la consecución de tal fin —que en el test de proporcionalidad es el juicio de necesidad y en el de igualdad es el análisis del término de comparación— y el hecho que ambos test tienen como presupuesto que se esté en presencia de una limitación, intervención o injerencia en el derecho respectivo. La limitación o restricción de un derecho implica a modificación de su objeto o sujetos</p>		<p>buena medida se aborda el principio de proporcionalidad en la propia admisión y se habla de niveles de intensidad, por cuestiones de discriminación, que eso podría orientar un control de constitucionalidad más intenso y en algunos casos de sentencia donde si hay categorías sospechosas, por ejemplo Inc. 112-2012 sobre la pensión del viudo con relación a la viuda con relación a la viuda porque al cónyuge se le exige ser conviviente sobreviviente sino también depender económicamente de su esposa y tener una discapacidad que e impida valerse por si mismo, en este caso la sala no desarrolla paso a paso el test de proporcionalidad en su</p>	<p><b><u>CONSTITUCIONAL</u></b>  <b><u>POR EL TEST DE</u></b>  <b><u>IGUALDAD</u></b>  <b><u>INTEGRADO</u></b></p>
--	--	---	--

<p>de forma que se impide o se dificulta el ejercicio de las acciones, propiedades o situaciones habitadas por el derecho afectado (Inc. 13-2012). Si en alguno de ellos se concluye que la medida impugnada se trata de una simple regulación, ello significaría que no existe afectación del contenido protegido y que el desarrollo del test se vuelve innecesario”.</p>		<p>argumentación sino que hace un desarrollo mediano y se enfoca en las categorías sospechosas que justifica un examen más intenso, pero la Sala un desarrollo un tanto teórico como la que ha consolidado la Corte Colombiana no la tiene, es decir no tiene los puestos que aplican para cada nivel de intensidad como lo ha hecho la Corte Colombiana. Lo más reciente es un anuncio que hizo en las últimas admisiones que la Sala anterior, que firmo en junio del año pasado, es la Inc. 35-2018.</p>	
---	--	---	--

**Análisis:** Con base en las respuestas que anteceden, es importante retomar que los especialistas en materia constitucional por unanimidad coinciden con la Inconstitucionalidad 35-2018, en la cual se hace un anuncio del posible cambio de precedente, manifestando que las razones por las que la Sala se ha inclinado por el Test de Igualdad Integrado, son porque el de proporcionalidad racionaliza la decisión de los problemas que involucran principios o normas que tienen la estructura de principio como las de los derechos fundamentales, y por las semejanzas relevantes que existen entre ambos, lo que implica que un test integrado eliminaría una dualidad que hasta este momento ha sido innecesaria; otra de las razones en la búsqueda de resoluciones más razonables y más argumentadas. Por su parte, la licenciada Romero manifiesta que la Sala no ha tenido un criterio uniforme y es lo que ha permitido la existencia tanto del test de proporcionalidad como el de razonabilidad, pero, no omite expresar que en las últimas resoluciones se aborda el principio de proporcionalidad en la propia admisión y se habla de niveles de intensidad, esto indica que estamos frente a una integración. En este orden de ideas, constatamos que se tiene sintonía con lo que actualmente ocurre en la Sala de lo Constitucional, una crítica que como grupo hacemos, con base en las opiniones de los colaboradores, y es en cuanto a la argumentación que hace la Sala en sus resoluciones, ya que, son argumentos repetitivos, con referencia en sentencias anteriores, no son argumentos fundamentados de acuerdo al contexto o a los cambios doctrinarios, en este sentido cabe mencionar una sugerencia y es que muy difícilmente puede evidenciarse la aplicación del test de igualdad, ya sea el modelo de proporcionalidad o razonabilidad, tal como lo opinaba una de los entrevistados no deja claro los pasos desarrollados en la sentencia, situación que debería ser corregida.

**Síntesis:** El test de igualdad integrado consiste en combinar las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidense, Implica entonces que la Sala comenzará por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con cual se va a realizar el estudio de la igualdad, así mismo sucederá con los subprincipios de la proporcionalidad. Nuestra valoración como equipo respecto al posible cambio de precedente es positivo, debido que esto le permitiría a la Sala crear un criterio uniforme y eliminar del sistema esa dualidad al momento de resolver, así mismo permitirá la creación de resoluciones más razonadas y argumentadas ya que, con la

aplicación de este Test se realiza un examen más exhaustivo y escalonado, es un procedimiento más gradual, que le permite al juzgador ir paso a paso analizando la pretensión y de esta manera garantizar la justicia constitucional, evitando la vulneración de derechos.

#### 4.5 SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS, DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS PLANTEADAS.

##### 4.5.1 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA FUNDAMENTAL.

**Problema Fundamental:** ¿Las exigencias de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en torno al Test de Igualdad sirven para garantizar Derechos Fundamentales o debido al déficit cultural constituyen una limitante a la hora de acceder a la Justicia Constitucional??

<p><b>Objetivo General</b></p>	<p>Estudiar el Test de Igualdad como una herramienta de análisis metodológica para la protección de los derechos fundamentales, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, a fin de determinar si mediante su aplicación garantiza o limita los atributos de la persona humana</p>
<p><b>Hipótesis General</b></p>	<p>Ante una comunidad jurídica deficiente en cultura constitucional, las exigencias de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en torno al Test de Igualdad representan una limitante a la hora de acceder a la Justicia Constitucional, perpetuándose así la vulneración al principio Constitucional de Igualdad.</p>

**Descripción e inferencia de los resultados:** con los resultados de nuestra investigación podemos afirmar que el Test de Igualdad es una herramienta metodológica que garantiza Derechos Fundamentales,

teniendo como finalidad principal determinar si una medida de diferenciación o comparación es constitucionalmente permitida con base en el principio de igualdad. Sin embargo, hemos observado el desconocimiento de la comunidad jurídica de la ciudad y departamento de San Miguel, respecto al tema en mención, lo que genera hasta cierto punto una limitante a la hora de acceder a la justicia constitucional, ya que el litigante no tiene conocimiento de los elementos necesarios que debe proporcionar para que sea la Sala de lo Constitucional quien aplique el Test de Igualdad a un caso concreto, esto se debe en mucho de los caso por la falta de actualización por parte de los miembros de la comunidad jurídica, y desinterés en los temas de Derecho Constitucional. Las exigencias de la Sala de lo Constitucional solo representan los requerimientos necesarios para aplicar el test de igualdad, pues la Sala no puede configurar de oficio pretensión, ni en su caso deducir cuestiones de hechos como lo son el término de comparación, o la determinación de que se tratase de una desigualdad por comparación o equiparación; por lo que dichas exigencias a pesar del Déficit Cultural de la Comunidad Jurídica no limitan el acceso a la justicia Constitucional.

Lo anterior nos permite afirmar, que se ha logrado el objetivo General, y se tiene por rechazada la hipótesis General, ya que se ha establecido que las exigencias de la Sala de lo Constitucional en torno al Test de Igualdad, no representan una limitante a la hora de acceder a la justicia Constitucional a pesar del Déficit Cultural de la comunidad jurídica respecto al tema en mención.

### **Solución al problema:**

Es menester informar a la Comunidad Jurídica sobre las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al Test de Igualdad, esclareciendo que es la Sala quien aplica el Test de Igualdad, y que como litigantes solo se está obligado a proporcionar los elementos necesario para la aplicación del mismo, recalcando la importancia de observar los criterios que la Sala

ha mantenido en los caso que se alega una desigualdad, aumentando la posibilidades de obtener una respuesta favorable tanto en la procedencia de las demandas como en las resoluciones finales.

#### **4.5.2 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N°1.**

**Problema específico N° 1:** ¿Cómo se configura desde la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional el Derecho material a la igualdad?

<p><b>Objetivo específico 1</b></p>	<p>Desarrollar el contenido material de la igualdad como Derecho Fundamental a través de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.</p>
<p><b>Hipótesis específica 1</b></p>	<p>El contenido material que la Sala de lo Constitucional da al Principio de Igualdad legitima un tratamiento diferenciado para lograr garantizar la igualdad a los desiguales.</p>

**Descripción e inferencia de los resultados:** de los resultados arrojados en la investigación podemos deducir que la Sala de lo Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, a través de su jurisprudencia ha dotado de contenido material al Derecho Fundamental de Igualdad estableciendo que es la facultad que tienen las personas para exigir a los poderes públicos un trato equivalente al encontrarse en condiciones similares a otras personas, pero también a que deliberadamente se les dé un trato diferente en beneficio propio, al encontrarse en situación distinta a los demás individuos, bajo criterios justificables, lo que se podría traducir en brindar un tratamiento diferenciado para lograr garantizar la igualdad a los desiguales.

Lo anterior nos permite afirmar, que se ha logrado el objetivo específico N°1, y se tiene por comprobada la hipótesis N°1, ya que por un lado se ha logrado desarrollar el contenido material del cual dota la Sala de lo Constitucional al Derecho Fundamental de Igualdad a través del estudio de la jurisprudencia de la Sala, y con esto se ha determinado que efectivamente el contenido material que la Sala de lo Constitucional da al Principio de Igualdad legitima un tratamiento diferenciado para lograr garantizar la igualdad a los desiguales.

#### **Solución al problema:**

Es de suma importancia el estudio de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, para conocer los criterios jurisprudenciales de la misma, en este caso del contenido material que esta ha dado al Principio y Derecho de Igualdad, ya que la Sala como tribunal que ejerce el control constitucional sobre el ordenamiento jurídico, es el competente para la interpretación de la Constitución. De esta forma conociendo el contenido material del Principio de Igualdad nos permitirá determinar cuándo nos encontramos frente a un tratamiento diferenciado legitimado y cuando no.

#### **4.5.3 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N°2.**

**Problema específico N° 2:** ¿Hasta qué punto es suficiente la estructura de los diferentes modelos de test de igualdad para justificar el trato diferenciado?

<p><b>Objetivo específico 2</b></p>	<p>Analizar la estructura de los modelos de Test de Igualdad utilizado por la Sala de lo Constitucional para resolver controversias que se suscitan en torno al principio a la Igualdad.</p>
-------------------------------------	--

<p><b>Hipótesis específica 2</b></p>	<p>La estructura de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propuesta por los modelos de Test de Igualdad y adoptada por la Sala de lo Constitucional justifica el trato diferenciado.</p>
--------------------------------------	--

**Descripción e inferencia de los resultados:** al analizar las estructuras de los diferentes Test de Igualdad, podemos concluir que tanto el Test Europeo, Americano y el Test Colombiano o integrado son capaces hasta cierto punto de determinar cuándo nos encontramos frente a un trato desigual legítimo, ya sea este por equiparación o por diferenciación, y la estructura escalonada nos permite ir paso a paso en la aplicación del Test de Igualdad. Sin embargo, la estructura por si solo de estos Test no nos permite justificar el trato diferenciado, todo dependerá del caso en concreto, ya que no toda diferenciación es Constitucionalmente relevante.

Lo anterior nos permite afirmar, que se ha logrado el objetivo específico N°2, y se tienen por comprobada la hipótesis N°2, pues se han abordado y estudiado las diferentes estructuras de los Test de Igualdad, y con ello hemos comprado la hipótesis estableciendo que el Test de Igualdad es la herramienta metodológica idónea para determinar cuándo un trato diferenciado es Constitucionalmente permitido y cuando no, a través del estudio escalonado del caso que se trate.

**Solución al problema:**

Consideramos que la estructura más idónea del Test de Igualdad es la que ofrece el Test Colombiano o integrado, al recoger tanto elementos de la razonabilidad como elementos de la proporcionalidad, logrando así un estudio más completo del trato diferenciado, por lo cual resultaría clave que la Sala de lo Constitucional se incline por la aplicación del Test Integrado, tal como consta en un precedente Constitucional (Inconstitucionalidad 35-2018)

#### 4.5.4 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N°3.

**Problema específico N° 3:** ¿La falta de estudios especializados de los docentes en materia constitucional, que forman académicamente a los estudiantes de Derecho, representa una causa del déficit en la comunidad jurídica?

<b>Objetivo específico 3</b>	Evidenciar las causas que generan el déficit cultural en la comunidad jurídica.
<b>Hipótesis específica 3</b>	El déficit cultural de la comunidad jurídica, en cuanto al Test de Igualdad tiene su origen en la falta de estudios especializados de los docentes en materia constitucional, que forman académicamente a los estudiantes de Derecho.

**Descripción e inferencia de los resultados:** Los resultados obtenidos en la investigación reflejan que la falta de estudios especializados de los docentes en materia Constitucional, que forman a los estudiantes de ciencias jurídicas representa una de las principales causas que generan el déficit cultural en la comunidad jurídica, porque al no contar en las universidades con personas idóneas para enseñar Derecho Constitucional se genera un problema que no solo afecta la esfera estudiantil en la adquisición de conocimientos, sino que sus efectos alcanzan la aplicación práctica del Derecho de los profesionales litigantes, desencadenando otras causas que intensifican el déficit en mención, tales como, el desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del Derecho, y, el desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional.

Lo anterior nos permite afirmar, que se ha logrado el objetivo específico N°3, y se tienen por comprobada la hipótesis N°3, ya que se ha logrado evidenciar las causas generadoras del déficit existente en la comunidad jurídica respecto al Test de Igualdad aplicado a los procesos

de inconstitucionalidad, destacando como causa principal del problema, la falta de estudios especializados de los docentes en materia constitucional, que forman a los estudiantes de ciencias jurídicas, demostrando la necesidad de una mejor formación académica en materia Procesal Constitucional para los estudiantes de ciencias jurídicas.

### **Solución al problema:**

Como se ha afirmado anteriormente, es necesario que las universidades ofrezcan a los estudiantes una formación académica de calidad, y para ello, es necesario contar con un pensum innovador, que se adapte a la nuevas realidades, el cual, deberá ser desarrollado por docentes especializados en materia constitucional, que formen a los estudiantes de ciencias jurídicas de manera adecuada, y, de esta manera poder contar con profesionales de las ciencias jurídicas que se interesen por adquirir conocimientos especiales para hacer efectiva la tutela de derechos fundamentales mediante el proceso de inconstitucionalidad, conociendo además, las exigencias que la Sala de lo Constitucional impone, y los requisitos indispensables (la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la justificación para la diferenciación, y, si esta atiende a la consecución del fin constitucionalmente perseguido) en los que se debe fundamentar una demanda de inconstitucionalidad en la que se alega un trato diferenciado injustificado.

#### **4.5.5 PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA ESPECÍFICO N° 4.**

**Problema específico N° 4:** ¿Está preparada la comunidad jurídica para entender el Test de Igualdad?

<p><b>Objetivo específico 4</b></p>	<p>Determinar la capacidad de la comunidad jurídica salvadoreña para entender el Test de Igualdad. Proponer las alternativas de solución para contrarrestar el déficit cultural en la comunidad jurídica</p>
-------------------------------------	--

<p><b>Hipótesis específica 4</b></p>	<p>En la medida que la comunidad jurídica salvadoreña no está preparada para cumplir con las exigencias de la Sala de lo Constitucional respecto al Test de Igualdad, las demandas de inconstitucionalidad terminan en improcedencias o inadmisibilidades.</p>
--------------------------------------	--

**Descripción e inferencia de los resultados:** los resultados de la investigación determinan que la comunidad jurídica no está preparada para entender el Test de Igualdad, debido a que la mayoría de abogados y estudiantes que conforman la población objeto de estudio manifiestan no tener conocimientos respecto del juicio de igualdad en mención, otro porcentaje, manifiesta conocer un poco del mismo, pero finalmente, la mayoría concluye no estar preparados para entender la manera en que la Sala se auxilia de esta herramienta de análisis en los casos que se suscitan tratamientos desiguales injustificados, circunstancia que conlleva al desconocimiento de los requisitos mínimos que los profesionales de las ciencias jurídicas que pretenden tutelar derechos fundamentales a través de una demanda de inconstitucionalidad deben esencialmente plantear para ser valorados por la Sala al realizar el examen de procedencia, y los cuales sirven de fundamento de la desigualdad que se alega.

**Solución al problema:**

La solución al problema en mención, se encuentra vinculada primeramente, al interés de cada profesional del derecho por conocer las exigencias con que cuenta la Sala de lo Constitucional para la procedencia y admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad plasmados en la Ley de Procedimientos Constitucionales, y en los precedentes que la Sala como máximo intérprete de la Constitución crea a través de la emisión de jurisprudencia, la cual, constituye una de las principales fuentes del Derecho, y, en las cuales, la referida Corte Constitucional plasma el

desarrollo de la aplicación del Test de Igualdad como herramienta de análisis metodológica para resolver los casos en donde se presenta discriminación hacia un sector determinado de la población, o población marginada, o unos beneficios injustificados a un determinado sector poblacional. Consecuentemente, la solución al problema se vincula con la fundamentación de la decisión que la Sala emite para cada caso en concreto, en el sentido que esta fundamentación sea amplia y suficiente, de manera que permita a los profesionales de las ciencias jurídicas que hacen uso del derecho de acción ante la Sala, determinar los parámetros para establecer precedentes en sus demandas.

## **5.0 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **5.1 CONCLUSIONES**

Como equipo de investigación de la temática: “El Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, aplicado al Proceso de Inconstitucionalidad”, después de la investigación realizada y los datos obtenidos en el trabajo de campo, nos permiten tener la información necesaria para realizar las siguientes conclusiones:

Que el Test de igualdad no solamente es un mecanismo metodológico para resolver los conflictos que se presenten en torno a la igualdad como principio y derecho fundamental, sino que viene a ser también un análisis escalonado, de una serie de pasos que nos llevan a determinar si un trato diferente o comparativo es constitucionalmente adecuado, siendo en este sentido en particular, la función del mencionado Test, determinar si los entes de potestades normativas al momento de establecer equiparaciones o diferenciaciones han cumplido con la finalidad de la medida y las exigencias de justificación que en efecto, pesan sobre el ente que ejerce una diferenciación o equiparación, cumpliendo de esta manera la Sala como máximo interprete la protección constitucional que regula el artículo 3 de la Constitución.

Al inicio de la investigación se plantearon una serie de problemas que observamos como equipo en relación al tema e interrogantes que surgieron a raíz de lo mismo, con el desarrollo de la investigación y los resultados obtenidos después de haber entrevistado a los especialistas en materia constitucional, podemos decir de manera general, que las exigencias de la Sala de lo Constitucional no constituyen limitante para acceder a la justicia constitucional, porque los litigantes o el pretensor no es quien aplica el Test de Igualdad sino la Sala, el actor solamente tiene que proporcionar los elementos necesarios esos son los únicos requerimientos mínimos, si se pensara en una limitación estaría regida por el mismo actor, al no plantear adecuadamente la supuesta desigualdad en la demanda de inconstitucional; asimismo, concluimos que las principales causas que generan el déficit cultural son el desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho, y la falta de especialización de los docentes en materia constitucional.

En este orden de ideas, se constató que el déficit de la comunidad jurídica se ve más intensificado en los profesionales del derecho, por lo que dicha población, no está preparada para formular el supuesto material y jurídico en las demandas de inconstitucionalidad cuando se está frente a vulneraciones al derecho o al principio de igualdad, para que pueda ser admitida la demanda de inconstitucionalidad y no terminen en sobreseimiento o improcedencias; y, finalmente, otro de los problemas planteados era referente a la formación académica que reciben los estudiantes de derecho en la Facultad Multidisciplinaria Oriental, por lo que se concluye que los docentes que imparten materias en derecho constitucional no poseen conocimientos especializados sobre el Test de Igualdad y en los diversos temas de gran relevancia en la materia, claro está, tienen conocimiento en que consiste el Test de igualdad, pero tienen desconocimiento de lo que integra dicho Test y los modelos a aplicar.

Ahora bien, es indispensable establecer las conclusiones específicas a las que como equipo investigador llegamos, estas conclusiones dependen

de temas que fueron abordados en el desarrollo de los capítulos que contiene la tesis, las cuales se plantearan a continuación:

### **5.1.1 CONCLUSIONES JURÍDICAS:**

- El proceso de inconstitucionalidad tiene ciertos vicios en la Ley de Procedimientos Constitucionales, puesto que no considera todos los presupuestos que puedan darse dentro este, por lo que se hace necesario que la Ley incluya apartados específicamente para cada proceso, no obstante, la misma Ley subsana esos vicios cuando los contempla para el proceso de Amparo y Habeas Corpus, y es en este sentido que por analogía se aplica.
- Para dirimir los conflictos referentes a la igualdad sea como principio o como derecho fundamental el modelo de Test de Igualdad más idóneo es el modelo Integrado, porque es la integración de la proporcionalidad que racionaliza la decisión de los problemas que involucran principios o normas que tienen estructuras de principios, y la razonabilidad que es la determinación del fin que persigue la medida acusada de desigual, por lo que resulta ser más completo y con un procedimiento escalonado.
- Por el tipo de estructura de las disposiciones constitucionales, que son de carácter abierto, en tanto que la regulación de la mayoría de aspectos se hace de forma incompleta, perfilándolos normativamente en sus líneas básicas y dejando que los mismos sean precisados por la práctica de la jurisdicción constitucional como mecanismo de cierre, por lo que, no nos dan mayores pautas de cómo entender la igualdad, es por ello, que se acude a la interpretación y a la argumentación, que en algunos casos son retomados de la doctrina y la jurisprudencia comparada, razón por la que la Sala tiene precedentes para la aplicación del Test de Igualdad en El Salvador, del Tribunal Constitucional Alemán, de la Corte Constitucional Estadounidense y la colombiana.

- Aunado a la conclusión anterior, por esa estructura de carácter abierto, es que se vuelve complicado en los casos difíciles, determinar el escrutinio, por parte del pretensor porque no se sabe si la comparación corresponde o no a un escrutinio estricto o uno intermedio o débil, quizá principalmente por la forma en la que se interpretar el artículo 3 de la Constitución, por los litigantes, que muchas veces no tienen conocimiento de que ha resuelto la sala en lo referente a las categorías sospechosas porque se olvida que es la Sala quien crea las categorías sospechosas y no el Constituyente
- Los procesos de inconstitucionalidad que la Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2018 ha resuelto, referente a vulneraciones al principio o derecho fundamental de igualdad, han sido analizados por el máximo interprete con base en el modelo de test de proporcionalidad y razonabilidad, es por ello, que en el sistema existe esta dualidad que es innecesaria, es hasta el año 2018 que la Sala pronuncia un posible cambio de precedente, que sería la aplicación del modelo de Test de Igualdad Integrado.

### **5.1.2 CONCLUSIONES TEORICA – DOCTRINARIA.**

- La igualdad como principio jurídico, a la luz de la doctrina del Constitucionalismo clásico, ha sido reconocida como uno de los principios más importantes por vincular a todos los poderes públicos, en razón de ser la igualdad una exigencia cada vez más extendida en todos los ámbitos de la sociedad, y encontrarse íntimamente ligada a la dogmática de los derechos fundamentales. Actualmente, el principio de igualdad constituye la base de muchos litigios constitucionales, debido a que la vulneración de este principio constitucional, como se mencionó con anterioridad, acarrea la afectación de diversos derechos fundamentales; sin embargo, actualmente, los profesionales del derecho adolecen de un déficit

cultural, el cual, les impide hacer uso correcto de los mecanismos de protección de derechos fundamentales, tal y como sucede en los procesos de inconstitucionalidad, la mayoría de estas demandas carecen de resultados positivos por el desconocimiento de las exigencias que la Sala de lo Constitucional ha establecido, y de los mecanismos que el referido tribunal emplea para resolver las controversias que se suscitan en torno a la igualdad como derecho y como principio jurídico, tales como, el Test de Igualdad.

- El constitucionalismo contemporáneo concibe la igualdad como un principio y como un derecho. En cuanto al principio se expresa en el mandato contentivo de orden universal que dice que todas las personas y ciudadanos somos iguales en derechos y deberes; en cuanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que en la praxis se traduce en deberes de abstención, como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acciones positivas como la consagración de tratos favorables a grupos y ciudadanos que se encuentran en situaciones de riesgo social. Actualmente en la comunidad jurídica, se suele limitar el contenido de la igualdad como derecho y como principio jurídico, reduciendo en su mayoría el contenido de la misma, al hecho de que todas las personas somos iguales ante la ley, ante tal situación la Sala de Constitucional a través de su jurisprudencia trata de ampliar el contenido material de la igualdad como derecho y principio fundamental, estableciendo en sus consideraciones todos los aspectos que lo conforman y que deben evaluarse al momento de que se alegue una vulneración, aclarando que la igualdad, no se reduce únicamente a la prohibición de tratos diferenciados, ya que cuando dos personas o situaciones se encuentran en un plano diferenciado de circunstancias, se debe lograr la igualdad por equiparación mediante un trato diferenciado legítimamente justificado.

- Cuando se habla de positivismo jurídico, se toma como base la definición de Hart, al indicar que “el positivismo” se usa para designar que no existe conexión necesaria entre derecho y moral o entre el derecho que es y el que debe ser, que un sistema jurídico no tiene lagunas y las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas. A raíz de ello, se generan ciertas críticas a esta teoría por basarse en la tesis de la subsunción, debido a que, por ejemplo, el principio de igualdad, “en el cual no puede haber subsunción porque no existe una premisa mayor constitucional”. Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituye la libertad de expresión y el derecho al honor; cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados no puede imponerse definitivamente ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible.
- La teoría neoconstitucionalista surge posterior al positivismo, como una nueva teoría jurídica que busca transformar el Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho, para eso plantea mayor intervención estatal y la creación de espacios democráticos igualitarios y de respeto a los derechos fundamentales, de manera que la Constitución se vuelve vinculante en las relaciones sociales tanto públicas como privadas a través de reglas y principios con un contenido programático y axiológico. Actualmente, al hablar de un Estado Constitucional de Derecho, se le atribuye a la Constitución una función meramente garantista de los derechos fundamentales, dejando atrás la consideración de la Constitución como el instrumento legal que organiza el sistema institucional de un Estado.
- Uno de los rasgos fundamentales del Postpositivismo, consiste en ver el derecho como una práctica social, lo cual no significa olvidarse de que el derecho es también un sistema normativo. Esta forma en la que el postpositivismo ve el derecho, significa un cambio ontológico, es decir, el derecho no sería ya un objeto, una realidad

que está ahí afuera y que la teoría ha de describir y explicar; sino más bien es una actividad en la que lo esencial es fijarse en los fines y valores que ha de perseguir, para lo cual se hace necesario establecer una red normativa adecuada, que supere el problema de los límites del derecho y la conexión entre el derecho y la moral, razón por la que, se va incorporando la razonabilidad y argumentación en el derecho, así como la importancia de los principios y derechos fundamentales, que va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación por parte de los aplicadores del derecho.

### **5.1.3 CONCLUSIONES GENERALES EN RELACIÓN AL TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CONSTITUCIONAL APLICADO A LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

- El Test de Igualdad es una herramienta de análisis metodológica, utilizada por la Sala de lo Constitucional para resolver las controversias que se suscitan en torno a la igualdad como derecho y como principio jurídico, la aplicación de este juicio, se denota en la jurisprudencia emanada por el tribunal constitucional como el máximo intérprete de la Constitución de la República, las consideraciones contenidas en las diversas resoluciones conforman un precedente doctrinario que puede ser invocado por el litigante al momento de plantear una demanda de inconstitucionalidad por tratos diferenciados injustificados, así mismo, la Sala al resolver estas demandas, se auxilia de líneas jurisprudenciales para fallar.

Actualmente las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al test de igualdad no constituyen una limitante al momento de acceder a la justicia constitucional, sino que representan los requerimientos mínimos para que el litigante proporcione los elementos necesarios, y así la Sala de lo Constitucional pueda

aplicar el test de igualdad; en todo momento si se piensa en una limitación, estaría regida por el mismo actor, al no plantear adecuadamente la supuesta desigualdad en la demanda de inconstitucionalidad, debido a que el hecho de que el litigante no proporcione todos los elementos necesarios por los cuales considera que se está ante un trato desigual ilegítimo, dificulta a la Sala entender con claridad la pretensión, ya que si bien es cierto, es competencia de la Sala la aplicación de un juicio de igualdad para poder determinar si existe un trato diferenciado o no, pero la Sala no puede configurar la pretensión del actor, circunstancia por la cual muchas de estas demandas terminan declarándose improponibles o improcedentes.

## **5.2 RECOMENDACIONES**

### **5.2.1 RECOMENDACIONES A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL, DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**

Se ha evidenciado la existencia de un déficit cultural en la comunidad jurídica, que tiene sus orígenes en la formación académica de cada estudiante en proceso de convertirse en abogado de la República; por lo que a raíz de los resultados obtenidos en la presente investigación y en el cumplimiento de los objetivos que la motivan, es pertinente hacer algunas recomendaciones a las autoridades universitarias, a los docentes de Derecho Constitucional, y a los estudiantes de ciencias jurídicas.

- La Junta Directiva de la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, debe considerar como punto prioritario en la formación de profesionales de calidad, la reforma del pensum de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, estableciendo un catálogo de asignaturas que se adecuen a las legislaciones aplicables a las realidades en nuestro país, estableciendo programas completos en temas de actualidad, especialmente en

materia constitucional y procesal constitucional, las cuales constituyen la parte medular del Derecho en general.

- Así mismo, se recomienda a la Junta Directiva, velar por la contratación de docentes que cumplan con las exigencias requeridas para impartir cada asignatura, dejando de fomentar las influencias partidarias para la contratación de la nominada del sector docente, es decir, que la junta como representante del sector estudiantil y autoridad universitaria, debe ser exigente en la contratación de docentes que cuenten con especializaciones en la materia, así como también con formación pedagógica, lo cual, proporcionara a los alumnos facilidades de aprendizaje. Lo anterior en razón de que actualmente la universidad ofrece una educación deficiente por la calidad de docentes con los que cuenta, tal y como se ha reflejado en los resultados obtenidos en esta investigación.
  
- Por otra parte, se recomienda a los docentes de la Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, implementar la ética y el profesionalismo que debe caracterizarles como formadores de profesionales, lo cual, implica una especialización constante en la materia que imparten y la rectitud en su rol como docente para con los alumnos.
  
- Así mismo, se recomienda a los estudiantes de ciencias jurídicas romper con la cultura de conformismo que los mantiene atados a su zona de confort, factor generador de desinterés por recibir educación calificada, orillándolos a buscar docentes con los cuales puedan cursar las materias con facilidad, en lugar de hacer exigible una buena formación, cultura que se impregna durante todo el proceso académico y se arrastra hasta la vida profesional, y que actualmente constituye una de las múltiples causas de un déficit

cultural en la comunidad jurídica que a su vez influye en la calidad de los abogados de la República, pues, al analizar los resultados de nuestra investigación de campo se encuentra un alto porcentaje de profesionales del Derecho que desconocen de herramientas fundamentales para la tutela de los derechos fundamentales, tal y como lo es el Test de Igualdad.

### **5.2.2 RECOMENDACIONES A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR.**

La presente investigación destaca el desconocimiento de las exigencias que la Sala de lo Constitucional como máximo intérprete de la Constitución de la República impone a los abogados para que las demandas de inconstitucionalidad prosperen y se pueda garantizar a los ciudadanos la efectiva tutela de sus derechos fundamentales cuando estos estén siendo vulnerados por desigualdades injustificadas derivadas de una regulación legal, por otra parte, existe también desconocimiento de las herramientas que la Sala utiliza para determinar cuándo se está ante un trato injustificado y cuando no, de manera, que el pequeño porcentaje que conoce del Test de Igualdad, no ha logrado comprender su función, circunstancia que refleja su efecto en la improcedencia e improponibilidad como resultado final de las demandas de inconstitucionalidad, por ello, se hacen las siguientes recomendaciones a la Sala de lo Constitucional:

- La Sala de lo Constitucional al emitir sus resoluciones previo a decidir hace la aplicación del Test de Igualdad como herramienta de análisis metodológica para determinar si existe o no una desigualdad injustificada, sin embargo, la aplicación del referido Test contenida en las diversas jurisprudencias que sirven de precedentes a toda la comunidad jurídica no es clara, existen tres modelos de Test de Igualdad, de los cuales la Sala se ha auxiliado de dos de ellos (el Europeo y el Americano), razón por la cual se recomienda a la Sala

establecer con claridad a través de sus resoluciones la aplicación escalonada que implica la realización de un juicio de igualdad, aclarando a la comunidad jurídica que la aplicación del mismo corresponde a la Sala y no a los abogados.

- Por otra parte, existe desconocimiento de los requisitos que la Sala impone para que una demanda de inconstitucionalidad originada en un trato desigual injustificado sea fructífera y logre la efectiva tutela de los derechos que se alegan afectados; por ello, se recomienda a la Sala de lo Constitucional, que mediante la emisión de jurisprudencia se establezca de manera clara y específica los requisitos especiales imprescindibles en una demanda de inconstitucionalidad de este tipo.
- Finalmente, se recomienda a la Sala de lo Constitucional que como máximo intérprete de la Constitución de la República, opte por criterios innovadores al momento de resolver casos concretos, que permitan generar doctrina rica en contenido, dejando de fundamentar todas sus resoluciones en una sola línea jurisprudencial, integrando la diversidad del Derecho en sus jurisprudencias, de manera, que mediante sus resoluciones transmitan conocimientos a la comunidad jurídica y despejen dudas que abonen a la erradicación del déficit cultural existente en la comunidad jurídica.

### **5.2.3 RECOMENDACIONES A LA COMUNIDAD JURIDICA SALVADOREÑA**

En nuestra investigación se ha evidenciado el Déficit Cultural de la Comunidad Jurídica respecto al Test de Igualdad, dicho Déficit va desde el desconocimiento conceptual del tema; entre las causas del mismo tenemos el desinterés por documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del Derecho, teniendo en cuenta que en nuestra investigación de campo

los estudiosos del Derecho manifestaron en su mayoría no haber leído jurisprudencia en la cual se invocara el Test de Igualdad, y considerando que es de gran importancia el conocimiento del tema, para lograr la tutela efectiva del Derecho a la igualdad, es necesario establecer una serie de recomendaciones a la Comunidad Jurídica.

- Considerando que el Derecho es dinámico, es menester que los abogados se encuentren en constante estudio, en este caso se recomienda empezar por leer las resoluciones de la Sala de lo Constitucional, interpretando los elementos claves que de cada resolución se haya que destacar, actualizando sus conocimientos en Derecho Constitucional, siendo que esta es la rama más importante del Derecho, y no se le da el reconocimiento que merece.
- Asimismo, se recomienda a los miembros de la comunidad jurídica, incorporarse a los postgrados, maestrías o diplomados en Derechos Constitucional, que incluyan los temas de actualidad como lo es el caso del Test de Igualdad.
- Por otro lado, se recomienda ser un elemento activo en la Justicia Constitucional, considerando que la Sala de lo constitucional solo actúa a instancia de parte, resulta importante, exponer a esta los casos de presunta violación al Principio constitucional de Igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Aristóteles, Política, libro II y Ética a Nicómaco, Libro V, citado por Karla Pérez Portilla, UNAM 2005, **Principio de igualdad alcances y perspectivas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.**
- Atienza, Manuel, 2013, **Curso de argumentación jurídica,** Editorial Trotta, S.A., Madrid, España.
- Bernal Pulido Carlos, 2005, **El Derecho de los derechos,** Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos, 2007, **Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios,** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30
- Bobbio, Norberto, 1993, **Igualdad y Libertad,** Edición Paidós Ibérica S.A., I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Bobbio, Norberto, 1999, **“El problema del positivismo jurídico”** Trad. De Ernesto Garzón Valdés, Coyoacan, Fontamara.
- Carbonell, Miguel, 2010, **“Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales”**, Editora Jurídica, Quito.
- Carbonell, Miguel, **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,** 1ra. Edición: diciembre 2008, Quito, Ecuador.
- Carrasco Perera, A., 1984, **“El Juicio de Razonabilidad en la Justicia Constitucional,** Revista Española de Derecho Constitucional, número 11, Madrid.
- Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 14: **Igualdad y no discriminación.**
- Didier, María Rubio Llorente, Francisco, 1997, **La Forma del Poder,** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DOXA 30, 2007, **Positivismo y Postpositivismo dos paradigmas jurídicos en pocas palabras,** Cuadernos de Filosofía del Derecho,

- Ferrajoli Luigi, Moreso José Juan y Atienza Manuel, 2009, **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**, 2 Edición, Fundación coloquio jurídico Europeo, Madrid.
- Giménez Gluck David, 2004, **Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional**, Editorial Bosch, S.A, Comte d' Urgell, 51 Barcelona.
- Herbert Lionel, Adolphus Hart, 1961 **El Concepto del Derecho**, Abeledo-Perrot.
- J. Giraldo Hincapie, Test de Igualdad como técnica de interpretación de derechos fundamentales en Colombia.
- Lifante Vidal, Isabel, 2007, **La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista**, Universidad de Alicante.
- M. Rodríguez-Piñero Y M.F. Fernández López, 1986, **Igualdad y Discriminación**, Madrid, Tecnos.
- Marta, 2011, **El principio de igualdad en las normas jurídicas**, Marcial Pons, Buenos Aires.
- Montoya Melgar, Alfredo, 2007, "**La igualdad como valor, principio y derecho fundamental**" Editorial Arazandi, S.A.U.
- Núñez Zorrilla, Carmen, 2014, "**La igualdad como derecho fundamental y su protección general en las leyes actuales**"
- Pozzolo, Susana, 1998, "**Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional**", Doxa, Vol. 2, Núm.II
- Robert Alexy, 2003, **Tres escritos sobre los derechos fundamentales**, Bogotá, Colombia, Universidad del Externado de Colombia.
- Rubio Llorente, Francisco, 1991, **La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, en Revista Española de Derecho Constitucional.
- Ruíz Miguel, C, 2013, "**Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría**"

**constitucional**”, Editorial Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de Perú, Lima.

- Sagués, Pedro Néstor, 2006, **Derecho procesal constitucional, logros y obstáculos**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.
- Salazar Ugarte, Pedro, 2012, **Un nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)**, Editorial Fontamara, Buenos Aires, Argentina.

## **JURISPRUDENCIA**

- Inc.15-2014, Sala de lo Constitucional de El Salvador, periodo 20092018.
- Inc.23-2018, Sala de lo Constitucional de El Salvador, periodo 20092018.
- Inc.34-2012, Sala de lo Constitucional de El Salvador, periodo 20092018.
- Inc.35-2018, Sala de lo Constitucional de El Salvador, periodo 20092018.
- Inc.44-2015, Sala de lo Constitucional de El Salvador, periodo 20092018.
- Inc.66-2016, Sala de lo Constitucional de El Salvador, periodo 20092018.
- Sentencia C 015/2014, Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, Bogotá, D.C., 23 de enero del 2014.
- Sentencia C 673/2001, Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, Bogotá, D.C., 28 de junio del 2001.
- Sentencia C 093/2001, Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, Bogotá, D.C, 31 de enero de 2001.
- Sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, Brown v. Board of Education, 17 de mayo de 1954.
- Sentencia de la primera Sala, caso Luth, 15 de enero de 1958.

ANEXOS  
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL  
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS  
SOCIALES



**ENCUESTA**

**Objetivo:** El presente cuestionario tiene como finalidad recolectar información sobre el Tema: “El Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, aplicado al Proceso de Inconstitucionalidad”; el cual, servirá para elaborar el informe final del trabajo de grado para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas. En virtud a lo anterior, se le agradecerá de forma muy especial su colaboración para responder las preguntas que encontrará a continuación.

**Indicación:** complete la encuesta cuidadosamente al leer cada una de las preguntas y luego señale sus respuestas subrayando el literal que considere conveniente.

1. ¿Tienes conocimiento en que consiste el Test de Igualdad?
  - a) SI
  - b) NO
2. ¿Cuántos modelos de Test de Igualdad conoces?
  - a) Dos
  - b) Cuatro
  - c) Uno
  - d) Tres
  - e) Ninguno
3. ¿Cuál de los modelos de Test de Igualdad que tienes conocimiento es el más apropiado para resolver los casos difíciles que entorno al principio a la igualdad?
  - a) Modelo Europeo
  - b) Modelo Americano
  - c) Modelo Integrado
  - d) Ninguna de las anteriores

4. ¿Ha leído jurisprudencia en la cual se invoque el test de igualdad?
  - a) SI
  - b) NO
5. ¿Cree usted que existe déficit cultural en la comunidad jurídica sobre el Test de Igualdad?
  - a) SI
  - b) NO
6. ¿Considera usted que las causas del déficit cultural de la comunidad jurídica, en relación al Test de Igualdad se debe a:
  - a) Falta de formación académica en las universidades
  - b) Falta de especialización de los docentes en materia constitucional.
  - c) Desinterés de documentarse por parte de los estudiantes y profesionales del derecho.
  - d) Desconocimiento de las exigencias de la Sala de lo Constitucional para la aplicación del Test de Igualdad.
7. ¿Considera que mediante la aplicación del test de igualdad se garantizan Derechos Fundamentales?
  - a) SI
  - b) NO
8. ¿Cómo considera las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al test de igualdad?
  - a) Necesarias
  - b) Apropriadadas
  - c) Excesivas
  - d) Formalistas
9. ¿Considera que puede aplicar correctamente el test de igualdad a un caso concreto?
  - a) SI
  - b) NO
10. ¿Cree usted que la comunidad jurídica está preparada para un test de igualdad?
  - a) SI
  - b) NO

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS**  
**SOCIALES**



**ENTREVISTA**

Con motivos de desarrollar tesis para la obtención del título de Licenciado en Ciencias jurídicas con el tema: “El test de Igualdad en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, aplicado al proceso de inconstitucionalidad”. Se le solicita y agradece su colaboración, informándole que la presente entrevista es totalmente confidencial cuyos resultados se darán a conocer de forma tabulada e impersonal.

**Objetivo:** Obtener la información necesaria para poder determinar el grado de conocimiento de la comunidad jurídica respecto al test de igualdad.

**INFORMACIÓN GENERAL**

**Nombre del entrevistado** \_\_\_\_\_

**Profesión** \_\_\_\_\_ **Edad** \_\_\_\_\_

**Sexo** \_\_\_\_\_

1. ¿Cómo se entiende actualmente el termino test de igualdad?  
(definición, características o elementos que lo constituyen).
2. ¿Cuál es la función del Test de Igualdad en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en el proceso de inconstitucionalidad?
3. ¿Cómo se aplica el test de Igualdad en la resolución de casos difíciles por la Sala de lo Constitucional?

4. De acuerdo a su criterio ¿Qué modelo de test de igualdad es el más idóneo para resolver los denominados casos difíciles que se suscitan en torno al principio de igualdad?
5. ¿Cuáles son los criterios para darle razonabilidad y fundamentación al contenido material de la igualdad?
6. Comente, ¿Cómo considera las exigencias de la Sala de lo Constitucional entorno al test de igualdad? ¿constituyen alguna limitante a la hora de acceder a la justicia constitucional?
7. De acuerdo a su criterio ¿Existe un Déficit Cultural en la comunidad jurídica respecto al test de igualdad? ¿a qué se debe?
8. ¿Considera que la aplicación del test de igualdad es una herramienta metodológica importante para lograr la protección de los Derechos Fundamentales?
9. ¿Cuál es su opinión respecto a la siguiente afirmación: “la aplicación del Test de Igualdad limita Derechos Fundamentales de la persona humana”?
10. ¿Cuándo estamos frente a un trato diferenciado razonable y cuando estamos frente a un trato diferenciado arbitrario?
11. ¿Qué acciones se deben tomar a fin de que la comunidad jurídica esté preparada para aplicar el test de igualdad en las demandas de inconstitucionalidad?
12. ¿Existe diferencia entre los test de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad? Explique.

13. ¿Cuáles son las razones por las que la Sala de lo Constitucional en sus últimas resoluciones se ha inclinado por la aplicación del Test de Igualdad integrado?

**Sentencia C-015/18**

**DETERMINADORES Y COMPLICES COMO PARTICIPES DE LA CONDUCTA PUNIBLE EN CODIGO PENAL**-Interpretación de la norma demandada acerca de disminución punitiva, no configura un desconocimiento del principio de igualdad frente a los determinadores o cómplices no cualificados/**INTERPRETACION DE LA NORMA DEMANDADA ACERCA DE DISMINUCION PUNITIVA CONTENIDA EN CODIGO PENAL**-No hay vulneración del principio de igualdad en diferencia de pena entre el coautor extraneus en delitos especiales o de sujeto activo calificado con los partícipes extraneus -determinadores y cómplices-

*El problema jurídico planteado por los accionantes, se concreta en que la Corte establezca si ¿la norma que surge de la interpretación judicial por la cual, la disminución punitiva para el Interviniente solo es aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta sin cumplir con las cualidades exigidas por los tipos penales con sujeto activo calificado, constituye una vulneración al derecho fundamental a la igualdad de los determinadores y cómplices no cualificados? Para resolver el problema jurídico planteado es necesario establecer la jurisprudencia en materia de: 1) el control constitucional sobre las normas interpretativas o teoría del derecho viviente; 2) la igualdad como principio, valor y derecho constitucional; 3) la participación y autoría de sujetos activos no calificados en los delitos especiales; y finalmente se realizará el 4) juicio de igualdad de la norma demandada. Por lo tanto, esta Corte encuentra que la norma que surge de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por la cual, el concepto de Interviniente contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” extraneus de un delito especial, se ajusta a los postulados*

*constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. Evidentemente, esta interpretación jurídica parte de una posición que si bien es actualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, no implica necesariamente que haya agotado su discusión. El hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.*

**DERECHO VIVIENTE EN CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD-Alcance/CONTROL  
CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIONES JUDICIALES-  
Jurisprudencia constitucional**

**PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD Y DERECHO A  
LA IGUALDAD**-Jurisprudencia constitucional/**IGUALDAD**-Triple  
papel en el ordenamiento constitucional/**IGUALDAD COMO  
VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL**-  
Fundamento/**IGUALDAD**-Carece de contenido material  
específico /**IGUALDAD**-No protege ningún ámbito concreto de la  
esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante  
cualquier trato diferenciado injustificado

**PRINCIPIO DE IGUALDAD**-Mandatos que comprende

*Específicamente, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar cuatro reglas concretas: (i) la de dar el mismo trato a*

*situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que tengan similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.*

### **PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance**

### **TEST DE RAZONABILIDAD-Pasos**

*El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.*

### **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE IGUALDAD-Reconocimiento del derecho a la igualdad**

**JUICIO DE IGUALDAD-Etapas/JUICIO DE IGUALDAD-**  
Metodología de análisis/**TEST DE IGUALDAD-Método de análisis**  
constitucional/**JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de**  
intensidad/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del**  
test leve, mediano o estricto/**JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD-**  
Criterios

**JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD EN NORMAS PENALES**-Jurisprudencia constitucional

**LIBERTAD DE CONFIGURACION NORMATIVA DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL**-Establecimiento de atenuantes y agravantes punitivos/**DERECHO PUNITIVO**-Amplio margen del Legislador en el ámbito penal/**MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR**-No es absoluto/**MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL**-Límites/**MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL**-Principio de necesidad de intervención penal en relación con carácter subsidiario, fragmentario y última ratio del derecho penal

**MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL**-Principio de legalidad, culpabilidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad e igualdad

**AUTORIA Y PARTICIPACION**-aproximación doctrinal

**AUTORIA Y PARTICIPACION**-Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

**INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DEL INCISO CUARTO DEL ARTICULO 30 DEL CODIGO PENAL**-Examen de igualdad

**DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES**-Concepto/**DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES**-Teorías de juzgamiento a intraneus y extraneus en relación con la ruptura del título de imputación/**DELITOS DE SUJETO ACTIVO**

**CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES**-Problemas de autoría y participación

**TRATO DIFERENCIADO ENTRE PARTICIPES EXTRANEUS E INTERVINIENTES EN LOS DELITOS ESPECIALES**-Examen de igualdad

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**-Aplicación del test leve de igualdad

*Para este caso, la Corte aplicará un test leve de igualdad a partir de las siguientes razones: (i) la regulación en materia penal es una materia en la que el legislador tiene a amplio margen de configuración; (ii) la interpretación jurisprudencial de las disposiciones penales es una competencia constitucionalmente atribuida a la Corte Suprema de Justicia; (iii) la interpretación demandada no afecta a grupos sociales específicos, ni se fundamenta en criterios sospechosos de discriminación; (iv) el beneficio punitivo sobre el cual recae el trato desigual no constituye, en sí mismo, un derecho constitucional,<sup>78</sup> y finalmente (v) dadas las relevantes diferencias entre los sujetos comparados, la Corte no aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia.*

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

---

<sup>78</sup> El trato diferente en este caso, se da frente a la reducción de una cuarta parte de la pena aplicable. Se trata de un beneficio punitivo frente al cual el legislador tiene un amplio margen de configuración y no de un derecho constitucional. Dicho de otro modo, no existe un derecho constitucional a la reducción de una parte de la pena para quienes sean partícipes extraneus de un delito con sujeto activo calificado.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Juan José Gómez Ureña y José Manuel Díaz Soto demandan el artículo 30, inciso 4 de la Ley 599 de 2000 “*por el cual se expide el Código Penal*”. Los demandantes consideran que la norma que surge de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho en su jurisprudencia sobre la disposición, resulta contraria al derecho de igualdad de un grupo de personas que, pese a estar en la misma categoría de quienes gozan de una serie de beneficios legales, son excluidos de los mismos sin una razón válida, por lo que dicha interpretación debe ser excluida. La demanda fue radicada con el número D-11917. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

## **II. NORMA DEMANDADA**

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, tal como fue publicado en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000, (se subraya el aparte acusado):

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

ARTICULO 30. PARTÍCIDES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

### III. LA DEMANDA

1. La demanda objeto de estudio alega la inconstitucionalidad parcial del artículo 30 inciso 4° de la Ley 599 de 2000. Al respecto aducen los accionantes que *“...la interpretación vigente del inciso final del artículo 30 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, quebranta el principio de igualdad en la tercera acepción señalada por la H. Corte Constitucional, esto es, brinda un trato desigual y perjudicial a una categoría de personas – los partícipes de delitos especiales– que se encuentran en idénticas condiciones normativas a quienes, conforme a la interpretación actual de la Sala [de Casación] Penal de la Corte Suprema [de Justicia], sí son destinatarios de la disminución punitiva consagrada en el mentado aparte del Artículo 30 C. P. —los coautores no cualificados-”*.<sup>79</sup>

2. La impugnación no se dirige contra el tenor literal del artículo, sobre el que la Corte ya tuvo oportunidad de pronunciarse -respecto de un cargo distinto-, mediante la sentencia C-1122 de 2008; sino que se dirige contra la norma que surge de la interpretación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SCPCSJ o Corte Suprema) hace sobre la disposición impugnada. Así, la demanda se plantea como una impugnación del “*derecho viviente*” creado por la interpretación reiterada del concepto de “*Interviniente*” a partir de una variación jurisprudencial que la SCPCSJ hizo en el año 2003. Los accionantes traen a colación un recuento de la jurisprudencia de la Corte Suprema desde ese año hasta el 2008, y luego, con el escrito de subsanación de la demanda, se complementó con una decisión del año 2014, a fin de demostrar que la

---

<sup>79</sup> Expediente D-11917, folio 35.

interpretación que consideran contraria a la Carta, fija el contenido normativo de la disposición legal demandada y está plenamente consolidada.

4. Los accionantes sostienen que la norma atacada, al excluir a los Participes “*extraneus*”,<sup>80</sup> de la reducción punitiva del “Interviniente”, vulnera el principio de igualdad, puesto que su calidad de *extraneus* del delito especial, debe significar un beneficio punitivo en idénticas condiciones que al “coautor” no calificado. Para sustentar el cargo, la demanda realiza un detallado examen de igualdad entre los sujetos diferenciados por la norma, con el cual explica el posible problema de carácter constitucional que, para los demandantes, implica la interpretación impugnada.

5. Con base en esos argumentos, solicitan a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de la interpretación adelantada por la SCPCSJ respecto del art. 30, inciso 4º de la Ley 599 de 2000.

#### **IV. INTERVENCIONES**

A través del Auto del 7 de marzo de 2017, se admitió para su estudio la demanda y se invitó a participar en el debate a la SCPCSJ, al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, Facultades de Derecho y grupos de investigación en Derecho Penal de las Universidades Nacional, de Medellín, Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana (sede Bogotá), del Rosario, Sergio Arboleda (sede Bogotá), y del Norte. Así mismo se invitó a los profesores Darío Bazzani Montoya, Carlos Augusto Gálvez Argote, Iván González Amado, Juan Oberto Sotomayor Acosta, Iván Orozco Abad y Fernando Velásquez Velásquez.

---

<sup>80</sup> Entendidos como los cómplices y determinadores que no tengan las calidades exigidas por un delito especial

Según comunicación de la Secretaría General, se recibieron dentro del término los escritos de intervención del profesor Fernando Velásquez Velásquez, del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Fiscalía General de la Nación, los profesores Francisco Javier Valderrama Bedoya y José Fernando Botero Bernal, decano y profesor investigador de la Universidad de Medellín, y finalmente el concepto del Ministerio Público. Dichas intervenciones se resumen a continuación:

### **1. Ministerio de Justicia y del Derecho**

En representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, Diana Alexandra Remolina Botía, directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, sostiene que respecto de la impugnación presentada existe cosa juzgada material, pues *“la Corte Constitucional mediante sentencia C-1122 de 2008 ya se pronunció por el cargo de igualdad respecto del inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, declarando la exequibilidad de la norma bajo la consideración de que no presenta vulneración del principio de igualdad en la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño al servicio público en delitos especiales o de sujeto activo calificado (...)”*

Para el Ministerio, el problema jurídico planteado por los demandantes coincide con aquel que fue resuelto en la sentencia C-1122 de 2008 que sobre el inciso cuarto del artículo 30 de Ley 599 de 2000 señaló: *“la diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran ‘(...) quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales’ (...)”*. Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente *extraneus* responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo.

Luego de recordar los requisitos para la configuración de la cosa juzgada material traídos a colación en la sentencia C-229 de 2015, el interviniente concluye que el asunto planteado en la demanda coincide con aquel resuelto por la sentencia C-1122 de 2008, puesto que versan sobre la misma disposición normativa el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000; existe identidad de los cargos sobre la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, la decisión se dio por razones de fondo y no ha habido cambio de los parámetros de control constitucional, por lo que solicita que se declare cosa juzgada material y se esté a lo dispuesto en la sentencia C-1122 de 2008.

## **2. Fiscalía General de la Nación**

El Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, Javier Hernán Tovar Maldonado, solicita a la Corte declararse inhibida para conocer de la presente demanda. Para el interviniente, la razón de su solicitud se fundamenta en que *“(...) a pesar de la importante discusión doctrinal que plantea la demanda, no resultan evidentes los argumentos necesarios para plantear un problema de carácter constitucional”*.

Sostiene que *“el cargo desarrollado en la demanda permite plantear una discusión legal y doctrinal sobre la aplicación del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, pero no de carácter constitucional”*. Sostiene que la Corte ha establecido que puede controlar una interpretación judicial, sólo cuando ésta representa una problemática constitucional, pues de lo contrario se trataría de una interpretación legal excluida de sus funciones. Este requisito se complementa con la necesidad de pertinencia inherente a toda acción de constitucionalidad, que exige que exista en la demanda al menos un problema de índole constitucional.

Para el interviniente, *“la demanda no satisface los requisitos jurisprudenciales exigidos para que pueda controlarse constitucionalmente una interpretación judicial”*, lo cual argumenta a través de la explicación sobre las diferencias que existen entre los conceptos de determinación, complicidad y autoría que analiza detenidamente en el escrito, para concluir que estas diferencias se traducen en que, tal como se ha reconocido, el determinador y el cómplice no requieren de las calidades especiales del tipo para ser considerados como tales, mientras que el coautor realiza la conducta señalada por el verbo rector y tiene el dominio del hecho, lo que sí se ve afectado por la ausencia de los requerimientos especiales del tipo penal. Ante esa conclusión sostiene que *“la posición finalmente adoptada por la Corte suprema de Justicia, ha sido realizada con base en un margen de configuración interpretativo y en las facultades hermenéuticas con las que cuenta”*.

Sostiene además, que *“la demanda no evidenció los presupuestos para establecer que el derecho a la igualdad resultó desconocido con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia sobre el último inciso del artículo 30 de la Ley 599 de 2002”*, por todo lo cual, la Fiscalía General de la Nación solicita a la Corte que se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda.

### **3. Profesor Fernando Velásquez Velásquez**

Respondiendo la invitación hecha por la Corte Constitucional y dentro del término fijado, el Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda envió su escrito de intervención en el cual solicita a la Corte que declare la *“exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que la atenuante allí prevista también cobija a quien tenga la calidad de determinador o instigador”*. Así mismo, solicita que la Corte manifieste que las *“calidades especiales”* a las cuales hace relación la disposición, se refieren a los tipos de sujeto activo y a los de propia mano.

Para sustentar su solicitud, el Profesor Velásquez parte de un análisis detallado y crítico de la demanda del que concluye que los conceptos de los cuales parte, especialmente en lo que corresponde a la teoría sobre el dominio del hecho<sup>81</sup> y a la coautoría impropia,<sup>82</sup> carecen de precisión técnica y por ello se generan las confusiones de los accionantes. Critica el interviniente que los demandantes acudan únicamente a la doctrina española pese a existir un decantado desarrollo del tema en la jurisprudencia y en la doctrina nacional.<sup>83</sup>

Sobre el asunto debatido, el Profesor Velásquez empieza por explicar que la primera interpretación de la Corte Suprema, por la cual al cómplice no calificado en delitos especiales se le daba una doble disminución punitiva, resulta contraria a la hermenéutica del derecho penal, por lo que la petición de los accionantes de pretender retornar a esa interpretación debe ser desatendida.

Por otra parte, sostiene que en desarrollo del programa penal de la Constitución, en especial de los principios de acto, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad -y, por supuesto, el de igualdad-, la pena imponible al determinador no debe ser igual a la del autor sino que puede llegar a serlo en atención a las formas, grados y modalidades que asuma esa especie de participación criminal en sentido estricto. Pero, como el Profesor lo explica, dicho problema de igualdad no se refleja en el inciso demandado sino que surge del texto del segundo inciso del artículo 30 de la ley impugnada.

---

<sup>81</sup> Expediente D-11917, folio 161, Intervención del Profesor Fernando Velásquez: “muy lejos de entender la construcción del dominio del hecho están los demandantes como para poder extraer alguna consecuencia en el plano teórico del concepto emitido por ellos y poder edificar, así, su pretensión encaminada a que se declare la inconstitucionalidad demandada”.

<sup>82</sup> Expediente D-11917, folio 164, Intervención del Profesor Fernando Velásquez: “Desde luego, nadie que haga un planteo serio en estas materias podrá afirmar que la categoría dogmática de la tipicidad se confunde con el “fundamento abstracto de la punibilidad”, dos cosas completamente distintas, así sea para reiterar que el modelo adoptado por el legislador se basa en “consideraciones fácticas u ontológicas” y a “razones de orden jurídico o normativo” (pág. 16); ¡de esta manera, los demandantes parecen despedirse de su extraña “teoría del dominio del hecho” expuesta en sus comienzos!”

<sup>83</sup> Expediente D-11917, folio 162-163, Intervención del Profesor Fernando Velásquez: “A lo anterior, añádase, esas elaboraciones las pretenden edificar en la que califican como “la más reputada doctrina” referida al Código Penal de 2000, aunque solo citan a un autor -para el caso al jurista MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO quien, señálese, pretende que sus construcciones levantadas a partir de la legislación española son válidas en Colombia, como si el derecho vigente fuese el mismo- y olvidan que esta problemática ha sido objeto de múltiples desarrollos por la propia academia nacional.”

Para el profesor Velásquez, una interpretación adecuada y coherente con los principios constitucionales sería la de establecer la pena del determinador, no como una regla fija que se apega a la dosificación de la pena del autor, sino, en referencia a ella, bajo la valoración de los distintos elementos fácticos que permitan calcular el grado de instigación que ejerció el determinador sobre el autor del hecho punible. Sostiene el profesor:

“La ley indica que *"incurrirá en la pena prevista para la infracción"*, que —de entenderse literalmente— conduciría a aplicarle al inductor siempre la misma sanción que al autor, tal como también preconizan otros derechos penales como el alemán y el español; no obstante, si se tienen en cuenta las consideraciones ya hechas, nada se opone a que el fallador imponga una pena inferior cuando sea evidente que la actividad desplegada por el agente no tenga la profundidad suficiente como para determinar por sí sola al autor, máxime que se trata de una equiparación muy discutible desde la perspectiva criminológica amén de injusta. No a otra conclusión puede llegarse en aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad (idoneidad o adecuación del medio al fin) y culpabilidad, desarrollados en este punto por los arts. 3o , 12 y 61 del C. P., y gracias a consideraciones de justicia material, como ya se explicó. Es, pues, imprescindible admitir la existencia de grados de instigación para no tratar a todos los intervinientes de igual manera, so pena de atentar contra los postulados inspiradores de la codificación e incurrir en marcadas injusticias; por lo demás, eso hace el legislador cuando dispone que se les atenúe la pena en la cuarta parte (1/4), cuando se tratare de su participación en tipos de sujeto activo calificado o de propia mano (art. 30, inc. 4°)”.

En conclusión, para el Profesor Velásquez el principio de prohibición de exceso exige que al determinador se le reduzca también la pena *“porque de no ser así se llegaría a otro absurdo: la diminuyente para el interviniente se le reconoce a quien es “autor” sin la calidad especial pero no a quien es determinador del mismo autor especial que, por ende, resulta tratado de forma más severa desde el punto de vista punitivo”*.

#### **4. Universidad de Medellín**

Francisco Javier Valderrama, Decano de la Facultad de Derecho y José Fernando Botero Bernal, Profesor Investigador de la Línea de Derecho Penal, intervienen en nombre de la universidad de Medellín para solicitar a la Corte que declare exequible la norma jurídica producto de la interpretación atacada, *“en cuanto impone una pena diferente a quien sin calidades pero con dominio del hecho concurre, con otra persona que sí tiene las calidades o condiciones exigidas por el tipo, a la realización de éste”*.

La intervención hace un análisis del problema planteado en la demanda exponiendo inicialmente las *“limitantes a la función punitiva del legislador”* y recordando para ello los principios de necesidad de la intervención penal para la exclusiva protección de los bienes jurídicos de culpabilidad, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad; como el marco dentro del cual se mueve el amplio margen de configuración legislativa.

Enseguida hacen un recuento del sentido de la figura del Interviniente en Colombia, para explicar que fue creada con el fin de lograr la unidad de imputación que se veía afectada en el Código de 1980. Al respecto sostiene la intervención:

*“Las posturas reseñadas en precedencia llevaron a que se creara la figura del interviniente, nombre este que aparece en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes así: (inciso cuarto del artículo 30 del proyecto de código penal -proyecto que se convertiría en la Ley 599 de 2000-) “Al interviniente que no teniendo las*

*calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización se le rebajará la pena en una cuarta parte.*<sup>84</sup> Para regular así al *extraneus* que con dominio del hecho concurría al actuar de quien sí tenía las calidades exigidas en el delito especial y de esta manera se respetaba el principio de legalidad.”

Para la Universidad existe una diferencia entre partícipes y autores, por lo que no puede equipararse su tratamiento punitivo al incluirlos a todos ellos en el mismo concepto de intervinientes, pues al hacerlo se le daría el trato de autor al cómplice. Además porque las calidades o condiciones especiales del tipo penal se exigen para el autor y en cambio resultan irrelevantes para que se configure la complicidad o instigación.

Por otro lado, la Universidad de Medellín pone de manifiesto otro problema de igualdad diferente al que se plantea en la demanda, y es el trato similar que el inciso 2º del artículo 30 le da al instigador y al autor. Para la Universidad es claro “*una cosa es al autor y otra el partícipe*” y por lo tanto, equipararlos en la sanción representa una vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto sostiene: “*siendo el autor y el partícipe normativamente diferentes, en atención a principios constitucionales no ajenos a la dogmática jurídico – penal, merecen un tratamiento sustancial y punitivos diferentes; ahora asimilarlos es desconocer ese tratamiento más benigno que la ley penal brinda al partícipe*”.

## V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para fallar de fondo sobre el inciso final del artículo 30 del Código Penal, o en su defecto, declarar la exequibilidad de la interpretación que la Corte Suprema le ha dado a ese

---

<sup>84</sup> El texto hace referencia a: López Morales Jairo, Antecedentes del Nuevo Código Penal. Ponencias y modificaciones del Congreso. Objeciones del Gobierno y texto definitivo. Ley 599 de 2000. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000, P. 620.

inciso en cuanto no desconoce el derecho a la igualdad de quienes sean calificados como determinadores y cómplices de un tipo penal especial, al no aplicar la rebaja de pena contemplada en el citado precepto para los Partícipes no cualificados.

Luego de revisar la normatividad y las doctrinas sobre responsabilidad penal concluye *“los grupos que se proponen como extremos de comparación para verificar la eventual vulneración del principio y derecho a la igualdad (coautores y partícipes), se encuentran en situaciones jurídicas diversas, que no exigen necesariamente idéntica regulación, por lo tanto, el legislador, en ejercicio de su potestad para regular los procedimientos y las sanciones respectivas al ius puniendi estatal (art. 150 CP) podía regular la situación de unos y otros de manera diferente; y por su parte, los jueces al interpretar una norma que admite varios entendimientos, tienen la posibilidad de optar por la que estimen más razonable”*, por lo que considera que el juicio de igualdad planteado por los demandantes carece de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte.

El Jefe del Ministerio Público hace énfasis en que las discusiones doctrinarias en torno al concepto de Interviniente no han cesado y que el debate continúa. A ese respecto señala: *“[s]iendo ello así es necesario que sean los jueces especializados los que aplicando el derecho en casos concretos – que es lo que permite avizorar dificultades o ventajas que no se perciben en la abstracción pura-, quienes pongan en la balanza esas consideraciones para ir depurando los criterios”*.

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **1. COMPETENCIA**

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada.

#### **1.1. Cuestión previa. Cumplimiento de los requisitos de la demanda**

Dos intervenciones piden a la Corte referirse al fondo del asunto: la Universidad de Medellín solicita la declaratoria de exequibilidad y el Profesor Fernando Velásquez solicita la exequibilidad condicionada de la norma impugnada. Ambas intervenciones además, hacen énfasis en otro problema constitucional relacionado con el que plantea la demanda pero supera su alcance. Se trata del inciso 2º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, que establece un tratamiento punitivo para el determinador idéntico al del autor, pese a sus diferencias sustanciales.

Por otra parte, dos de los intervinientes en el proceso optaron por solicitar a esta Corte que se manifestara en el sentido de inhibirse frente a la demanda declarando su ineptitud sustantiva. El Ministerio de Justicia y del Derecho sostiene que la sentencia C-1122 de 2008 constituye cosa juzgada material respecto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 y concretamente en cuanto al cargo de igualdad conforme al inciso cuarto. Para la Fiscalía, la discusión planteada por los demandantes es interesante por su aspecto doctrinal e incluso legal, pero no tiene pertinencia constitucional.

Por su parte, el Jefe del Ministerio Público pide la inhibición o en su defecto la declaratoria de constitucionalidad de la norma. Considera que el defecto sustantivo de la demanda se encuentra en el término de comparación entre los sujetos sobre quienes se realiza el juicio de igualdad, puesto que para ellos, partícipes y coautores no están en el mismo plano

de igualdad en cuanto al grado de responsabilidad en la comisión de un delito, y por tanto, no existe la obligación constitucional de darles el mismo trato en materia de sanción penal.

En el Auto que admitió la presente demanda, el Despacho sustanciador explicó con detalle el cumplimiento de cada uno de los elementos exigidos a este tipo de impugnaciones, recordando que la demanda había sido inicialmente inadmitida, por no demostrar plenamente que la interpretación atacada fuese constante y tuviera el valor de una norma, pero los accionantes corrigieron la falencia e incluyeron jurisprudencia actualizada que demostró la certeza de su argumento.<sup>85</sup> En ese sentido, la demanda atacó una interpretación vigente de la norma, por atentar, según los demandantes, contra el derecho a la igualdad de quienes, (coautores y partícipes *extraneus*) se encuentran en igual situación por no cumplir las calidades del tipo penal, no obstante lo cual no obtienen los mismos beneficios.

Por otra parte, se verifica que la demanda cumple con los requisitos exigidos para un cargo sobre el artículo 13 Superior. Es clara en cuanto impugna la norma que surge de la interpretación de la SCPCSJ por la cual determina de que la disminución punitiva consagrada en el inciso final del artículo 30 del Código Penal vigente solo es aplicable a los “coautores” no

---

<sup>85</sup> Corte Constitucional, Auto del 7 de marzo de 2017. “6.En relación con la demanda ahora estudiada, este despacho encuentra que con los ajustes realizados en el escrito de corrección, la demanda logra responder a varias de las exigencias que plantea la jurisprudencia constitucional, según las razones que se exponen a continuación: \\\ 6.1. La impugnación sobre el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, se dirige contra una interpretación de la norma que sería contraria al derecho a la igualdad. Luego, con el escrito de subsanación de la demanda, se complementó con una decisión del año 2014, que a su vez reitera otra del año 2012. Por lo tanto, la demanda cumple con el requisito de certeza al demostrar que la interpretación que consideran contraria a la Carta, fija el contenido normativo de la disposición legal demandada, y no se trata de una lectura aislada sino de una posición que ha sido reiterada en distintas ocasiones por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. \\\ 6.3. La demanda hace uso de argumentos referentes a la diferenciación en la reducción de la pena entre coautores no calificados frente a determinadores y cómplices no calificados, que terminaría afectando a estos últimos e implicaría una transgresión del artículo 13 de la Carta Política, argumento que tienen la condición suficiente para cumplir con el requisito de especificidad. \\\ 6.4. Los demandantes realizan un detallado examen de igualdad entre los sujetos diferenciados por la norma, que pone en manifiesto el posible problema de carácter constitucional que implica la interpretación impugnada, y con ello da cumplimiento al requisito de pertinencia de la argumentación. \\\ 6.5. Inicialmente la demanda solo recogía jurisprudencia de la Corte Suprema hasta el año 2008, con la adición de la demanda, los accionantes logran sustentar con suficiencia que la interpretación demandada es una posición reiterada y vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y que no se trata de una lectura aislada de la norma. \\\ 7. En consecuencia de lo anterior, la argumentación planteada en la demanda resulta suficiente para generar en la Corte la duda sobre la existencia de un problema de constitucionalidad frente a la norma impugnada y cumple con todos los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación, en consecuencia se admitirá la demanda para adelantar su respectivo estudio.

cualificados de delitos especiales, y no tiene lugar frente a los determinadores y cómplices no cualificados, pese a que se encontrarían en la misma posición (*extraneus* del delito especial) y que no existe una razón constitucionalmente admisible para ese trato diferenciado. Por lo tanto, el término de comparación y el modo en que la diferenciación sucede fueron claramente expuestos por los demandantes.

Estos argumentos deben ser analizados detenidamente, pero, para efectos de la admisión de la demanda, y teniendo en cuenta el principio *pro actione*, la Corte considera que los accionantes cumplieron con las exigencias propias de la acción pública de constitucionalidad. En particular, porque los cargos se fundamentan en la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad frente a las restricción de la libertad personal, como producto de una norma creada por la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, dada la complejidad del asunto, es necesario analizar con detenimiento la cuestión relativa a la cosa juzgada en el presente asunto.

#### **1.1.1. *La inexistencia de cosa juzgada constitucional sobre la interpretación del último inciso del art. 30 (Ley 500 de 2000)***

Para el Ministerio de Justicia y del Derecho “*en el presente caso se configura cosa juzgada formal y material, pues la Corte Constitucional mediante sentencia C-1122 de 2008 ya se pronunció por el cargo de igualdad respecto del inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, (...)*”.

En efecto, en la sentencia C-1122 de 2008 la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del mismo inciso que actualmente se estudia, pero a diferencia del asunto que aquí se debate, en esa ocasión el problema jurídico se planteó “*sólo en cuanto que del mismo se desprende un tratamiento punitivo diferenciado para el autor y para los intervinientes que no reúnan la calificación especial prevista en el tipo, en los delitos*

*especiales de servidor público contra la Administración Pública.” Al respecto, luego de depurar cuidadosamente el problema planteado por los accionantes y debatido por los intervinientes sostuvo la Corte: “De este modo, el problema jurídico que debe resolver la Corte consiste en establecer si la norma acusada, en cuanto se aplique en relación con delitos especiales de servidor público que impliquen afectación de la administración pública y, más específicamente, del patrimonio público, resulta contraria a la igualdad, al establecer una punición diferente para los servidores públicos y para los intervinientes que no tengan esa condición, sin fundamento distinto que esa diferencia de calidades en los sujetos.”<sup>86</sup>*

Ahora bien, en el análisis que esta Corporación adelantó en esa ocasión respecto de la norma que surge de la interpretación jurisprudencial adelantada por la SCPCSJ sobre la disposición, se encontró con el trato diferenciado entre Partícipes e Intervinientes <sup>87</sup> , pero decidió, expresamente, no adentrarse en su análisis constitucional, por considerar que se trataba de un problema jurídico diferente y que su solución no tenía ningún efecto en cuanto al asunto que debía resolverse en aquella oportunidad. La Corte lo expresó de la siguiente forma:

4.6.3. “Observa la Corte Constitucional que la opción por una u otra de las anteriores opciones interpretativas no es indiferente desde la perspectiva del problema de constitucionalidad que se ha planteado en la presente oportunidad, por cuanto en la primera de ellas, en relación con todos los intervinientes –autores, coautores y partícipes- se da una diferencia punitiva según se trate de servidor público – *intraneus*-, por un lado, o particular –*extraneus*-, por otro, al paso

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, por el cargo planteado respecto de la diferencia de trato entre particular y servidor público para los delitos con sujeto activo calificado. Subrayado fuera del original.

<sup>87</sup> En esta providencia se utilizarán las palabras Partícipe e Interviniente utilizando mayúscula inicial, para referirse a los conceptos de que trata el Art.30 de la Ley 599 de 2000, y así evitar confusiones con los términos comunes.

que en la segunda línea interpretativa, los partícipes, bien sea determinadores o cómplices, no reciben un tratamiento diferenciado en materia de *quantum* punitivo, en razón, exclusivamente, de su carácter de extraños, diferencia que sólo se predica en relación con el interviniente en calidad de coautor. \ Con todo, considera la Corte que no le corresponde pronunciarse, desde una perspectiva constitucional, por uno u otro extremo interpretativo, como quiera que la solución del problema jurídico planteado y al que se contrae el análisis de constitucionalidad en la presente providencia, es la misma, independientemente de la opción que sea elegida, esto es, establecer si hay una razón que explique la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño. Quedan, por consiguiente, por fuera del ámbito del pronunciamiento de la Corte los problemas de igualdad que puedan plantearse en torno a la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por la diferencia de trato que de ella resulta para los *extranei*, según que sean determinadores o cómplices, por un lado, o coautores no cualificados, por otro.<sup>88</sup>

Dicho más claramente, la norma ahora demandada presenta 2 criterios de diferenciación respecto de los sujetos en juego. El primer criterio, cuya constitucionalidad fue resuelta por esta Corte, es la diferenciación entre sujetos calificados o *intraneus* y no calificados o *extraneus* de tipos penales especiales. Puntualmente en la Sentencia C-1122 de 2008 se estudió el trato diferenciado entre servidores públicos y particulares en delitos contra el patrimonio público. El segundo criterio de diferenciación, que es el actualmente demandado, es el que se establece entre Partícipes (cómplices e instigadores) *extraneus* y “coautores”<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>89</sup> En esta providencia se utilizará el término “coautor” *extraneus*, usando comillas en la primera palabra, para referirse a quien sin tener las condiciones exigidas en el tipo penal especial, desarrolla como suya la conducta descrita en el verbo rector, en concurso con el Autor, esto es, con quien sí cumple con dichas condiciones. Esto por cuanto, al no

*extraneus*, puesto que solo los segundos son calificados como Intervinientes y se benefician de la correspondiente diminuyente punitiva.

Concluye la Corte que el problema jurídico que actualmente se pretende resolver no fue objeto de análisis constitucional en la Sentencia C-1122 de 2008, y por lo tanto, no se configuró la cosa juzgada material ni formal a la que alude la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico planteado por los accionantes, se concreta en que la Corte establezca si ¿la norma que surge de la interpretación judicial por la cual, la disminución punitiva para el Interviniente solo es aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta sin cumplir con las cualidades exigidas por los tipos penales con sujeto activo calificado, constituye una vulneración al derecho fundamental a la igualdad de los determinadores y cómplices no cualificados?

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario establecer la jurisprudencia en materia de: 1) el control constitucional sobre las normas interpretativas o teoría del derecho viviente; 2) la igualdad como principio, valor y derecho constitucional; 3) la participación y autoría de sujetos activos no calificados en los delitos especiales; y finalmente se realizará el 4) juicio de igualdad de la norma demandada.

### **2.1. El control constitucional de las normas interpretativas o la teoría del derecho viviente**

La demanda estudiada se dirige a impugnar la norma que resulta del artículo 30 (parcial) del Código Penal, no por su tenor literal, sino por considerar que la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho sobre parte de la disposición resulta contraria a la Carta Política.

---

cumplir con los requisitos del tipo penal, no se trata técnicamente de un verdadero coautor del delito, puesto que de él no son exigibles los deberes especiales que se infringen en dicho caso.

Específicamente, la acción planteada por los accionantes pretende que esta Corte declare inexecutable la norma creada por vía de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por la cual se entiende por Interviniente - en el sentido del último inciso del artículo 30 de la Ley 900 de 2000- únicamente a quien, junto con el autor del tipo penal especial, realiza como suya la conducta típica, pero no cumple con las condiciones exigidas por el tipo especial o de propia mano, y se excluye de dicho concepto y de su diminuyente punitiva a los Partícipes (determinador y cómplice).

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a las normas que surgen de interpretaciones abiertamente contrarias a la Constitución Política, a través del concepto de derecho viviente.

Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma no es la disposición, sino el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y en algunos casos para llegar a ella hace falta un esfuerzo hermenéutico. Esta idea se relaciona con el *derecho viviente*, pues esta metáfora expresa que frente al derecho estático de los textos (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados.

La doctrina del *derecho viviente* exige a la Corte realizar sus análisis de constitucionalidad sobre interpretaciones que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina), excluyendo aquellas posiciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes. El *derecho viviente* así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.

La primera sentencia en la que esta Corte desarrolló el concepto del *derecho viviente* fue la C-557 de 2001, en la que señaló que cuando una interpretación doctrinaria o jurisprudencial de una disposición se convierta en la posición dominante, la Corte debe en principio acogerla salvo que sea incompatible con la Carta Política. Desde entonces, este concepto ha sido utilizado en distintas ocasiones por la Corte Constitucional, reiterando lo expresado en esa primera ocasión. Al respecto, vale la pena recordar los aspectos centrales de esa providencia:

En primer lugar, la Sentencia señaló que la interpretación de las disposiciones jurídicas sirve para determinar el alcance concreto de las normas. Por ello, la Corte al adelantar un estudio de exequibilidad, debe conocer el contexto y el sentido que “*los expertos*” le dan a las disposiciones. Los expertos del derecho son justamente las altas Cortes, que se encargan de unificar la jurisprudencia y señalar la interpretación autorizada de las normas legales. En aquella ocasión dijo esta Corte:

“5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preminente la ocupan

los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “*tribunal supremo de lo contencioso administrativo*” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “*máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria*” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.”

Por otro lado, el concepto de derecho viviente es complejo y exige ciertas condiciones a la interpretación de judicial. Se requiere que la interpretación sea consistente y sin variaciones importantes en el tiempo, que esté lo suficientemente consolidada para que los jueces de instancia la conozcan y la sigan, y que con ella se fije el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas. Cuando se estructura el derecho viviente, el mismo es una concreción del principio de legalidad, lo que le da sentido y coherencia a las normas legales, pero por supuesto no escapa de la supremacía constitucional y en consecuencia puede ser objeto de control abstracto de constitucionalidad por esta Corte.

“(...) Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo

fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.” (...) \\

5.2.4. Pero la doctrina del derecho viviente no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho viviente surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional”<sup>90</sup>.

Por lo tanto, el control de constitucionalidad que ejerce este tribunal puede hacerse, no solo sobre el tenor literal de una disposición legal, sino sobre la norma que surge de la interpretación consistente, consolidada y relevante para definir el contenido de la disposición, que hayan hecho la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, siempre que dicha interpretación pueda tener alguna relevancia desde el punto de vista constitucional. Este derecho viviente, también es susceptible de control

---

<sup>90</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Reiterada, entre muchas otras, en las sentencias C-426 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-569 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), C-987 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto) y C-258 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza; SPV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-418 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa, C-284 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo; SV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio).

constitucional, porque como toda norma jurídica en Colombia, debe someterse al respeto por las disposiciones y principios de la Carta Política, y la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución es la competente para adelantar el examen, con el límite implícito que conlleva el respeto a la potestad inherente a las altas Cortes de interpretar y aplicar la ley.

Ahora bien, el alcance de la potestad interpretativa del derecho a cargo de las Altas Cortes no es una regla inmutable, sino que depende de la materia que es objeto de su lectura y de los derechos que dicha materia ponga en juego. Uno de los elementos que permite analizar el ámbito de interpretación de una disposición normativa, es el alcance de la libertad de configuración legislativa en la materia específica, por eso a continuación se recordará lo sostenido por la Corte respecto de este asunto en materia penal.

## **2.2. La igualdad en el ordenamiento constitucional colombiano**

Esta Corporación se ha referido a la triple dimensión que tiene la igualdad en el ordenamiento constitucional, como valor, principio y derecho fundamental. El preámbulo contempla a la igualdad como uno de los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional, por su parte el artículo 13 de la Carta Política consagra el principio fundamental de igualdad y el derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente, otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional actúan como normas que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Al respecto la Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), señala: “Por el ejemplo el artículo 42 el cual señala que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes, el artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores, el artículo 70 que impone al Estado colombiano el deber de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a la cultura y reconoce la igualdad de las culturas que conviven en el país, el artículo 75 dispone la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa.” Esas tres dimensiones de la igualdad, significan para el Estado obligaciones diferentes. En tanto valor, su realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial

Una característica esencial del derecho y principio de igualdad es su carácter *relacional*, lo que significa que a diferencia de otros derechos la igualdad carece de un contenido material específico.<sup>92</sup> La igualdad solo puede predicarse de la relación entre sujetos y situaciones entre los que es válido hallar un término de comparación y por ende puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno de ellos. Esta circunstancia, obliga a seguir la fórmula aristotélica de “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”. Específicamente, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar cuatro reglas concretas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que tengan similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.<sup>93</sup>

---

al legislador. En su rol de principio, se ha considerado como un mandato de optimización que establece un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, la igualdad impone un trato que implica deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de medidas afirmativas.

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón), T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), C-818 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva), C-250 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto); y C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). El criterio de estas sentencias radica en el valor del derecho a la igualdad, el cual a juicio de la Corte, carece de un contenido material específico, es decir, “a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”.

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-818 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva), C-250 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto), C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla), C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; APV Luis Ernesto Vargas Silva), C-811 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y C-329 de 2015 (Mauricio González Cuervo; AV Gloria Stella Ortiz Delgado). Reiterada en la C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). En estos

Este carácter relacional hace que el control de constitucionalidad de normas legales no se reduzca a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que le sirve de parámetro, sino que debe incluir otro régimen jurídico que actúe como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación inter-normativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación<sup>94</sup>.

El principio de igualdad en el sistema constitucional colombiano se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en diseñar y aplicar la ley en cada caso según las diferencias constitutivas de los hechos. Así lo ha sostenido esta Corporación desde su primera jurisprudencia, al señalar que el principio de igualdad exige el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas éstas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.

---

casos, la Corte reiteró el carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad pues la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Al respecto, esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad.

<sup>94</sup> Corte Constitucional, ver sentencia C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero) En este caso, la Corte utiliza el test de igualdad para resolver el asunto en cuestión y prioriza el principio democrático del cual se desprende el mismo. Por ende, consideró que “esa metodología simplemente pretende racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la libertad de configuración de los órganos políticos, que es un principio de raigambre constitucional. Y esas consideraciones son particularmente importantes cuando se trata de examinar si una disposición vulnera o no el principio de igualdad”. Reiterada en sentencia C-818 de 2010 MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva).

En la Sentencia C-221 de 1992,<sup>95</sup> esta Corporación se refirió al alcance del principio de la igualdad en la normatividad con las siguientes palabras:

"Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática."<sup>96</sup>

Esto significa que el respeto por la igualdad implica para el Estado, en su tarea de configuración normativa, por un lado la obligación de tener en cuenta las diferencias materiales y por el otro, cuando se establezcan tratos diferenciados, evitar que de manera infundada, irrazonable e inadmisibles, se restrinja el acceso de una o un grupo de personas, al ejercicio efectivo de sus derechos y libertades.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 221 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 119 de 1991, "por el cual se fijan las escalas de remuneración de los empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, y se dictan otras disposiciones en materia salarial", en el aparte que dice: "la naturaleza de los asuntos que le sean confiados." Lo anterior, teniendo en cuenta que el SENA debe aplicar el principio de igualdad material en forma racional, a fin de evitar la arbitrariedad que se pudiese generar del mal uso de discrecionalidad de sus funcionarios.

<sup>96</sup> Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero).

<sup>97</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-221 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero), reiterada entre otras en las siguientes sentencias: T-430 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara); T-230 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-445 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-022 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-352 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-563 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero; AV Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo); y T-301 de 2004 (Eduardo Montealegre Lynett). En estas sentencias, la Corte reitera que el juicio de igualdad debe ser más estricto, por lo cual, en principio sólo son admisibles aquellas regulaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado. En cambio, frente a categorías neutrales, el escrutinio judicial de la igualdad debe ser menos riguroso, por lo cual, en principio son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto

El constituyente estableció una presunción en favor de las condiciones igualitarias pero no prohibió la posibilidad de que, bajo una justificación adecuada y suficientemente, se pueda demostrar la necesidad de incorporar una diferenciación. Al respecto esta Corte en su jurisprudencia ha identificado algunos criterios de diferenciación que resultan contrarios a los valores constitucionales. Entre otros, son discriminatorias las diferenciaciones que se funden en el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios o del pleno disfrute de sus derechos.<sup>98</sup>

En la Sentencia C-673 de 2001,<sup>99</sup> esta Corte hizo referencia al test de razonabilidad como herramienta para determinar la constitucionalidad del criterio de igualación en el decreto 2277 de 1979 en las condiciones entre docentes oficiales y no oficiales para ascender en el escalafón docente. Al respecto estableció: “(...) *el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional,<sup>100</sup> comparada e internacional desarrollan*

---

es, no prohibida por el ordenamiento constitucional. En ese sentido, debe procurarse que las normas que rigen el ordenamiento jurídico interno, no impliquen cargas o permitan tratos discriminatorios a los miembros de la sociedad.

<sup>98</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). En este caso, la Corte tutela los derechos a la vida, al trabajo, a la familia y a la seguridad social, los cuales a juicio de la peticionaria fueron vulnerados por la Caja de Seguridad Social de Risaralda –Caseris-, al no permitirle afiliarse a su esposo en calidad de beneficiario a los servicios médicos asistenciales. Al respecto, la Corte realiza su análisis en el derecho a la igualdad y la prohibición de actos discriminatorios por parte de personas que se encuentran en evidente estado de indefensión en razón a su sexo.

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería). En esta sentencia, la Corte fue enfática en reiterar el alcance del principio a la igualdad y el test de razonabilidad en la protección de los derechos constitucionalmente garantizados.

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-333 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz); C-265 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-445 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-613 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-197 de 1997 (MP Carmenza Isaza de Gómez (E.)); C-507 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz); C-584 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-183 de 1998

*generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve*".<sup>101</sup>

### **2.2.1. El Bloque de Constitucionalidad Internacional en materia de igualdad**

Los accionantes en su demanda sostienen que la norma impugnada vulnera el derecho a la igualdad tal como está protegido en el Bloque de Constitucionalidad, particularmente en cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que resulta relevante hacer un recuento de la materia.

El derecho y principio de igualdad hace parte de la columna vertebral del sistema internacional de protección de los derechos humanos, está consagrado convencionalmente tanto en los sistemas regionales de protección como en el sistema universal y aunque se reconoce como un derecho autónomo en las Cartas de Derechos Humanos, también es

---

(MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-318 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz); C-539 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero). En estas sentencias, la Corte utiliza el test de igualdad para determinar las limitaciones de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, siendo este una herramienta válida para proporcionar la presunta afectación de derechos y /o limitaciones interpuestas por el legislador.

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería). Sostiene la sentencia: "Según la jurisprudencia de esta Corporación, el examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional. Tal es el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que debe aplicarse el test de razonabilidad de una medida legislativa. Ello explica que en materia de igualdad el test de razonabilidad, con variantes importantes pero también con elementos comunes significativos, sea el método aplicado en otras democracias constitucionales, e, inclusive, por órganos jurisdiccionales regionales.//Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve."

transversal a todos los derechos y garantías reconocidos internacionalmente.

### 2.2.1.1. La igualdad en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH),<sup>102</sup> en sus artículos 1.1<sup>103</sup> y 24,<sup>104</sup> hace alusión al derecho a la igualdad y a la no discriminación. Al respecto, la Convención Americana realza el valor del derecho a la igualdad y no discriminación cuando lo prevé no sólo en los artículos antes referidos, sino también cuando hace referencia a los mismos dentro de normas que corresponden a otros derechos.

Así por ejemplo, del artículo 8.2 de la CADH se desprende el derecho de toda persona, “*en plena igualdad*”, a contar con las garantías judiciales mínimas durante un proceso judicial. Del mismo modo, el artículo 17, referente a la protección de la familia, prevé la obligación del Estado de disponer “*la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio*”, y la de “*reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”. Finalmente, el artículo 23 dispone el derecho al sufragio “*universal e igual y por voto secreto*”, y prevé el

---

<sup>102</sup> Organización de Estados Americanos –OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Colombia el 31 de julio de 1973. El 21 de julio de 1985 la República de Colombia deposita un instrumento por el cual reconoce competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

<sup>103</sup> CADH, Artículo 1.1.: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>104</sup> CADH, Artículo 24 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

derecho de *“tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país”*.<sup>105</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH),<sup>106</sup> al interpretar los anteriores artículos de la CADH en los Casos Aptiz Barbera y otros v. Venezuela<sup>107</sup> y Comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay<sup>108</sup> y en la Opinión Consultiva 4 de 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) precisa que si *“un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional”* se vulneraría el artículo 1.1 de la CADH, mientras que si *“la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna”* se vulneraría el artículo 24 de la misma. Puntualmente en la sentencia del caso Barbari Duarte y Otros Vs. Uruguay, sostuvo la Corte IDH:

174. El Tribunal recuerda que mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley".<sup>109</sup> Si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por

---

<sup>105</sup> Pérez, E. La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos. 2016. Disponible en: <http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Igualdad-No-Discriminacion.pdf>

<sup>106</sup> El 21 de junio de 1985 la República de Colombia presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Con fundamento en dicho reconocimiento, la Corte Constitucional ha

<sup>107</sup> Corte IDH. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafos 209 y 223. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sin un debido proceso.

<sup>108</sup> Corte IDH. Sentencia del 24 de agosto de 2010, párrafo 272. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Lengua, lo cual ha generado una amenaza a su supervivencia.

<sup>109</sup> Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 53 y 54; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 183, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota 15, párr. 253.

el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma.<sup>110</sup>

Según la reiterada doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) la convención “*no prohíbe todas las distinciones de trato*”.<sup>111</sup> Cuando la diferencia de trato es razonable y objetiva, equivale a una mera distinción compatible con la CADH; cuando no lo es, valga decir, cuando resulta de la arbitrariedad, equivale a una discriminación, que es incompatible con la CADH.

Del mismo modo, la jurisprudencia pacífica de la Corte Interamericana ha reiterado que, “*al valorar una posible transgresión a la igualdad y no discriminación, deberá hacerlo con base en el artículo 1.1 de la Convención, si se refiere a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho contenido en la Convención, y con base en la cláusula autónoma, si se alude a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho ajeno a la Convención*”.<sup>112</sup> Por lo tanto, quien alegue que una distinción es legítima, debe demostrar el fin por el cual se aplica dicha distinción, y la afectación que la falta de aplicación de la mencionada distinción tiene sobre el fin legítimo que se propone proteger.

Específicamente en materia de aplicación de la ley penal, la posición de la Corte IDH en materia de protección del derecho a la igualdad se ha manifestado al prohibir la utilización de estereotipos para determinar la responsabilidad penal del individuo. Así, en su sentencia de 2014 en el

---

<sup>110</sup> Corte IDH, Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, Párrafo 174 Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas. Reitera lo sostenido por la Corte IDH, en los casos Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 199; Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra nota 241, párr. 183, y Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, supra nota 15, párr. 253.

<sup>111</sup> Reiterada, entre otras, en la Sentencia del 6 de agosto de 2008 en el Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 211, y en la Sentencia del 28 de noviembre de 2012 en el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica, párrafos 285, 438, 439, 440 y 441.

<sup>112</sup> Al respecto, Corte IDH, Gonzales Lluy, Granier y Otros, Espinoza Gonzáles y personas dominicanas y haitianas expulsadas.

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, sostuvo la Corte IDH:

23. Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado.<sup>113</sup>

#### 2.2.1.2. La igualdad en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>114</sup>

El artículo 14 del PIDCP reconoce que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y tienen derecho (i) a ser oídas públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial; (ii) a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a la ley; (iii) a ser informadas de manera comprensible y detallada de la naturaleza y causas de la acusación; (iv) a disponer de tiempo y de medios adecuados para su defensa y a comunicarse con su defensor; (v) a ser juzgadas sin dilaciones; (vi) a estar presentes en el proceso y defenderse personalmente y ser asistidas por un defensor y, si no tuvieran medios suficientes para pagarlo, por un defensor de oficio; (vii) a interrogar o hacer interrogar a testigos y obtener su

---

<sup>113</sup> Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 223 Reiterando lo sostenido en la Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párr. 182, y Caso J. Vs. Perú, párr. 233.

<sup>114</sup> Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional y su Protocolo Adicional para dar competencia al Comité de Derechos Humanos, fueron ratificados por Colombia el 29 de octubre de 1969.

comparecencia al proceso; (viii) a ser asistidas de manera gratuita por un intérprete, si no comprenden la lengua empleada en el proceso; (ix) a no ser obligadas a declarar contra sí mismas ni a confesarse culpables; (x) a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, conforme a la ley; (xi) a ser indemnizadas si la condena se revoca o si hay indulto, por haberse probado la comisión de un error judicial, a menos que se demuestre que le es imputable, en todo o en parte, por no haber revelado oportunamente el hecho desconocido; (xii) a no ser juzgadas ni condenadas por un delito respecto del cual ya hubo condena o absolución por sentencia en firme, conforme a la ley.

El artículo 26 del Pacto, por su parte, prevé que todas las personas son iguales ante la ley y que, por lo tanto, tienen derecho a una igual protección de la ley sin discriminaciones por motivos de *“raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Al interpretar el artículo 14 del PIDCP en la Observación General 32 de 2007, el Comité de Derechos Humanos (CDH),<sup>115</sup> advierte que el derecho a la igualdad ante los tribunales implica que: *“todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado”*<sup>116</sup>, como ocurriría, por ejemplo, si el fiscal puede recurrir una providencia y el procesado no; también implica que *“casos similares sean tratados en procesos similares”*, de tal suerte que para determinar casos en los cuales se aplican *“procedimientos penales excepcionales o tribunales o cortes de justicia especialmente constituidos, habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción”*.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General 32. La observación se ocupa del derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y Cortes de justicia, y son particularmente relevantes los párrafos 7 y siguientes.

<sup>116</sup> Párrafo 13.

<sup>117</sup> Párrafo 14.

Algo semejante sostuvo el CDH al interpretar el artículo 26 del PIDCP en la Observación General 18 de 1989,<sup>118</sup> pues la discriminación se entiende como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia*” que se base en los motivos previstos en este artículo, que tenga por objeto o resultado “*anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”. Sin embargo, la igualdad de derechos no implica la igualdad de trato en todas las circunstancias, pues puede haber diferencias de trato justificadas, como las que prevé el propio PIDCP en sus artículos 6.5, 10.3 y 25.

### **2.2.2. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional colombiana, en concordancia con la jurisprudencia comparada, desarrolló un conjunto de herramientas denominado juicio o test de igualdad, cuyo objeto es verificar la existencia de una violación al respectivo principio. El modelo colombiano hace uso de una mixtura entre los modelos europeos y norte americano, a fin de garantizar, de la mejor forma posible el respeto por la igualdad.<sup>119</sup> En primer lugar, el carácter *relacional* del derecho a la igualdad supone una

---

<sup>118</sup> Sobre No discriminación, párrafos 7 y 8.

<sup>119</sup> En el Tribunal Europeo de DDHH, el juez estudia, en un primer momento, “la idoneidad de la medida; posteriormente analiza si el trato diferenciado es necesario, es decir, si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto; y, finalmente, el juez realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”. En la Corte Suprema de los Estados Unidos, el control se realiza a través de distintos niveles de intensidad: débil, intermedio y estricto. Dicha diferencia es importante, toda vez que brinda al juez el espectro para el análisis de constitucionalidad. Así, “en aquellos casos en que el test es estricto, el trato diferente debe ser necesario para alcanzar un objetivo constitucionalmente aceptable. Por otro lado, en los casos de test flexibles, la medida sólo debe ser potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no riña con la Carta Política”. Señalado en las Sentencias C-035 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SVP María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos) y C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, APV Gloria Stella Ortiz Delgado, Luis Ernesto Vargas Silva).

comparación entre sujetos, situaciones y medidas. Por ello, el uso del juicio o test implica la identificación de tres presupuestos principalmente, a saber: **(i)** los sujetos a comparar; **(ii)** el bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual; y **(iii)** el criterio relevante que da lugar al trato diferenciado.<sup>120</sup> Ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional,<sup>121</sup> que el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, distribuidas de la siguiente manera: **(i)** establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, esto es, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; **(ii)** definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y **(iii)** averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.<sup>122</sup>

Además, en lo que concierne a la intensidad del juicio o test en cuestión, el tribunal ha señalado, en sentencias como la C-227 de 2004<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004 (Manuel José Cepeda Espinosa; AV Rodrigo Escobar Gil), criterio reiterado en la sentencia C-793 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-335 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

<sup>121</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; AV Jaime Araújo Rentería); C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y reiterada entre otras en la sentencia Corte Constitucional C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). En estos casos, la Corte estudio la constitucionalidad de los preceptos demandados y revisó el test de igualdad aplicado en cada caso, al respecto la Corte determinó que a juicio del test de igualdad y en muchos casos, el trato discriminatorio se encuentra justificado y no vulnera el derecho a la igualdad siempre y cuando sea realizado conforme a las disposiciones dispuestas en la jurisprudencia constitucional y la constitución.

<sup>122</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-659 de 2016 (MP Aquiles Arrieta Gómez (e); AV Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del parágrafo 10 de la Ley 48 de 1993 basándose en la aplicación del juicio integrado de igualdad, por consiguiente reiteró que el mismo, “está constituido por tres elementos, que consisten en: (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de un modo similar”.

<sup>123</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Rodrigo Escobar Gil). En este caso, la Corte determinó la importancia del juicio de igualdad conforme a su intensidad, siendo él mismo leve, intermedio o estricto. A su vez, declaró la exequibilidad del inciso II del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contrario sensu, declaró la inexequibilidad de la expresión “menor de 18 años”, contenida en el mismo parágrafo.

que el test a emplear podrá ser: **(i)** leve, en tanto la medida legislativa haga alusión a materias económicas, tributarias, de política internacional o aquellas en las cuales el legislador disponga de un amplio margen de configuración normativa, esto es, que el medio empleado sea idóneo para la consecución del fin y que no existan prohibiciones constitucionales respecto del fin buscado y de dicho medio; **(ii)** intermedio, siempre que se esté ante una valoración de medidas legislativas en las cuales se pueda ver afectado el goce de un derecho constitucional no fundamental. Este nivel del juicio representa una exigencia mayor y comprende no únicamente la consideración acerca de la conveniencia del medio, sino también el examen de la conducencia para la materialización del fin perseguido por la norma examinada; y **(iii)** estricto, para los casos en los que la medida tenga una mayor proximidad a los principios, derechos y valores superiores, en cuyo caso, debe llevarse a cabo un estudio íntegro de proporcionalidad.<sup>124</sup>

Por otro lado, la jurisprudencia ha precisado que el juicio estricto de igualdad procede, en principio: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; 3) cuando aparece *prima facie* que la medida que

---

<sup>124</sup> En cuanto a la aplicación de estos grados de intensidad, por regla general se ejerce el control de constitucionalidad con un test leve. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, el respeto al principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Este test ha sido aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia *prima facie* una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y 4) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio.<sup>125</sup>

### 2.2.2.1. Del juicio integrado de igualdad a las normas penales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En materia de normas del derecho penal, esta Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse dejando reiterada su posición respecto de que (i) el Legislador cuenta con un ámbito de configuración en materia penal que le permite diseñar y definir los tipos penales, las penas y los procedimientos, (ii) todo ello, en el marco del respeto a los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y particularmente de igualdad.

Así, esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha sido constante en afirmar que la Carta Política de 1991 deja en cabeza del legislador una amplia potestad de configuración en materia penal, enmarcada en el respeto de la Constitución, por lo que *“en la libertad de configuración de los delitos y contravenciones el legislador se encuentra sometido a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad”*.<sup>126</sup> Al respecto, en la sentencia C-427 de 1996,<sup>127</sup> sostuvo la Corte que *“aunque la política criminal no puede ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad, (...) las normas que la concretan deben respetar los cánones*

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Araújo Rentería). En este caso, la Corte declaró la constitucionalidad de las tres causales válidas para permitir el aborto al interior del ordenamiento jurídico. Respecto al tema de igualdad, hizo especial énfasis en el test que realizó para determinar la constitucionalidad de las normas y adicional a ello en uno de los salvamentos de voto, se hizo alusión a la igualdad de las mujeres para acceder al mismo.

<sup>126</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-746 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell). En este caso, la Corte declaró la inexequibilidad de las expresiones "salvo cuando existan circunstancias de agravación" y "o hurto simple con el que concurren circunstancias de agravación", empleadas, en su orden, en los incisos primero y tercero del art. 28 de la ley 228/95. Lo anterior, por considerar que declarar la exequibilidad de las mismas resultaría atentatorio contra el derecho a la igualdad.

<sup>127</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero; AV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero; SV José Gregorio Hernández Galindo). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del Código de Procedimiento Penal.

*constitucionales, especialmente aquellos que plasman derechos y garantías fundamentales”.*

En la sentencia C-013 de 1997 la Corte señaló que dentro de este margen de configuración normativa, no solo tiene el deber de identificar los bienes jurídicos protegidos y la configuración de los tipos penales sino que es al Legislador a quien compete establecer el quantum de las penas, de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas y de acuerdo a los principios constitucionales.<sup>128</sup>

Más puntualmente, en la sentencia C-592 de 1998, señaló que le corresponde al legislador plantear, entre otros, las diferenciaciones entre quienes concurren a la comisión de un ilícito a través de criterios razonables y proporcionales.<sup>129</sup>

En la sentencia C-551 de 2001<sup>130</sup> la Corte recapituló su jurisprudencia en la materia, para señalar que, dentro de este margen de

---

<sup>128</sup> “Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado” Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo; AV Jorge Arango Mejía; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero). En este caso, la Corte analizó los preceptos del código penal y declaró su exequibilidad, por considerar que la protección a la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, no vulnera los derechos a la igualdad de las mujeres.

<sup>129</sup> “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”. Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz; SV Alejandro Martínez Caballero) En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 415 de 1997 “Por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país.”

<sup>130</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis; SVP Jaime Araújo Rentería). En este caso, la Corte declaró la constitucionalidad de las disposiciones demandadas de la Ley 599 de 2000 y al respecto, consideró que no existe violación al derecho a la igualdad en lo que respecta a las cuantías de penas previstas para los delitos. No obstante, recordó que de ser así y existir una desproporcionalidad en la imposición de una pena, la Corte declarararía su inexecutable.

configuración normativa, solamente “*en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad*”,<sup>131</sup> correspondería al Juez Constitucional declarar la inexecutable de las disposiciones normativas objeto de análisis.

En el año 2008, esta Corte a través de la Sentencia C-1122 de 2008<sup>132</sup> se pronunció sobre la executable de la norma actualmente demandada (art. 30 (parcial) Ley 599 de 2000) respecto del cargo de violación al principio de igualdad erigido frente al trato diferenciado entre servidores públicos y particulares en delitos con sujeto activo calificado. El cargo de igualdad se planteaba contra la norma que dispone: “[a] *interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.*” Bajo el entendido de que se entiende por “Interviniente” el particular que en concurso con el autor desarrolla como suya la conducta típica pero no cumple con las condiciones exigidas por el tipo penal y por ende no infringe los deberes especiales, tal como lo interpreta la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia actualmente demandada.

En su decisión, esta Corporación sostuvo que los diferentes deberes jurídicos que recaen en los servidores públicos, así como los poderes que ostentan frente a un bien jurídico determinado y la confianza pública que recae sobre ellos, implica que su actuar ilícito es merecedor de un mayor reproche penal. Esto justifica una graduación punitiva diferente y por tanto, declaró executable la disposición bajo el cargo examinado. La sentencia sostuvo:

“La diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos

---

<sup>131</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) En este caso, la Corte declaró la executable de las expresiones demandadas de la Ley 600 de 2000, por considerar que el legislador goza de potestad legislativa y la ausencia de violación al derecho a la igualdad.

<sup>132</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla).

específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal. Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente *extraneus* responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo.”<sup>133</sup>

En la misma línea, en cuanto al trato igualitario a procesados de distinta naturaleza jurídica, en la sentencia C-545 de 2008 la Corte se refirió a la exequibilidad de la diferenciación que implica el proceso penal de los aforados (Congresistas) respecto de los demás ciudadanos. El tribunal dejó claro que el solo hecho de encontrarse inmersos en un proceso penal, no implica un criterio absoluto de igualdad entre los sujetos que pueda servir para anular o desatender las demás características que pueden ser relevantes para justificar un trato diferenciado. En aquella ocasión, al estudiar la exequibilidad del art. 533 (parcial) de la ley 906 de 2004, acusada bajo el cargo de violar el principio de igualdad, señaló este tribunal:

---

<sup>133</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla).

“En otras palabras, la sola circunstancia de encontrarse sometido a un proceso penal, sea en etapa instructiva o durante el juicio, es un criterio de igualación que si bien resulta en principio relevante para los efectos planteados por los actores, no es suficiente para, a partir de él, predicar la igualdad de todos los sujetos que se encuentren en dicha situación y pretender entonces deducir exactamente las mismas consecuencias jurídicas, en especial cuando de los Congresistas se trata, quienes gozan de un fuero constitucional especial y expreso, según el cual su investigación y juzgamiento compete a la Corte Suprema de Justicia, dentro de un procedimiento de única instancia.\\ Así, no les asiste razón a los demandantes cuando refieren que el aparte censurado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 vulnera el derecho a la igualdad, al contemplar que los procesos penales adelantados en contra de los Senadores y los Representantes a la Cámara deben tramitarse por el procedimiento consagrado en la Ley 600 de 2000, por no encontrarse esos aforados en una situación equiparable con la correspondiente a los otros sujetos pasivos de la acción penal.”<sup>134</sup>

La Corte ha reiterado su posición por la cual, el juicio de igualdad sobre las normas de derecho penal no puede realizarse como una simple comparación entre diferentes tipos penales o entre los sujetos que participan en la realización de un delito y para quienes el legislador ha establecido diversos grados en la reacción punitiva. Al respecto, desde su temprana jurisprudencia esta Corte ha dicho que *“La mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio*

---

<sup>134</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Humberto Sierra Porto). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.

*de proporcionalidad (C-213 de 1994). Para concluir en la inconstitucionalidad de una pena por exceso, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal".*<sup>135</sup>

En cuanto a la oportunidad para ser beneficiario de una disminución punitiva por colaboración con la justicia, en la Sentencia C-645 de 2012,<sup>136</sup> la Corte declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, *“en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”*. En aquella decisión, el tribunal se refirió a las posibles interpretaciones judiciales contrarias al principio de igualdad, la seguridad jurídica y la filosofía inherente a las formas de terminación anticipada del proceso. Por ello, decidió limitar la exequibilidad de la disposición a una sola interpretación acorde con la Carta. Para ello consideró como base de

---

<sup>135</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SV José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gaviria Díaz), reiterada en las sentencias: C-013 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo; AV Jorge Arango Mejía; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero), C-551 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis; SVP Jaime Araújo Rentería); C-553 de 2001 (MP Jaime Araújo Rentería), C-580 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil; SPV Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería); C-622 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; AV Jaime Araújo Rentería); C-148 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis; SVP Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra); C-488 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En estas sentencias, la Corte se refiere a la proporcionalidad de las penas, atendiendo a una interpretación válida por parte de la legislación penal, sin que esto conlleve a la vulneración del derecho a la igualdad.

<sup>136</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.

su decisión, la importancia que el legislador dio a la colaboración con la justicia del procesado en la Ley 906 de 2004, de manera que la Fiscalía pueda negociar y el juez considerar la pena teniendo en cuenta *“la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado”*, más allá de los límites temporales que impone la imputación.

En la sentencia C-240 de 2014,<sup>137</sup> esta Corte estudió una demanda contra el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, que limitaba el beneficio de reducción de pena del artículo 351 para quienes hubiesen sido sorprendidos en flagrancia. El Problema planteado en aquella ocasión fue si: *“¿vulnera el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución, al disponer que la persona que incurra en causales de flagrancia sólo tendrá derecho a 1/8 de rebaja de la pena imponible, mientras que los congresistas, a quienes se aplica el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, podrían tener derecho a 1/3 de rebaja de la pena imponible?”*. En dicha oportunidad, la Corte declaró la exequibilidad de la disposición demandada, por cuanto consideró que la diferencia de trato examinada, obedecía a motivos objetivos y razonables que la justifican y, en todo caso, no se enmarcan en los motivos previstos en los artículos 13 de la Constitución, 1.1 de la CADH y 26 del PIDCP. La regla de la decisión señaló que *“Prever dentro de un procedimiento penal especial, aplicable a los congresistas, diversas oportunidades para reconocer la responsabilidad penal, con su consiguiente rebaja de pena, respecto de lo previsto en el proceso ordinario, no implica una discriminación injustificada. Por tanto, el que la modificación del proceso ordinario no se extienda al especial, no configura una omisión legislativa relativa”*.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo, APV Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso, la Corte al declarar los preceptos de la norma demandada, señaló la importancia de la potestad legislativa en materia penal de la cual goza el legislador y las evidentes circunstancias que acreditan a un sujeto activo del delito acreedor de una mayor o menor pena.

<sup>138</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo, APV Luis Ernesto Vargas Silva).

Finalmente, en la sentencia C-181 de 2016,<sup>139</sup> se resolvió la demanda de constitucionalidad contra el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, *“Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.”* En el estudio concreto sobre la disposición que le daba la categoría de causal de agravación punitiva a la reincidencia delictiva, la Corte analizó la libertad de configuración normativa en la determinación de las causales de agravación y atenuación punitiva, y al respecto sostuvo:

“68. Lo anterior exige que el establecimiento de las penas aplicables a las conductas reprochables, deban atender a criterios objetivos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, entre otros.<sup>140</sup> (...)” 69. En conclusión, el Legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, así como para establecer las penas, la forma de dosificarlas, sus agravantes y atenuantes. No obstante lo anterior, su facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales como son los principios de necesidad, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad, así como las normas

---

<sup>139</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Alberto Rojas Ríos; AV Alejandro Linares Cantillo). En este caso, la Corte analizó la exequibilidad de los preceptos demandados y se refirió a la potestad legislativa para la fijación de penas con los atenuantes o agravantes correspondientes.

<sup>140</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En este caso, la Corte analizó la exequibilidad del artículo 342 de la Ley 599 de 2000. Al respecto, determinó que la imposición de sanciones penales por atentar contra un bien jurídico protegido, debe atender a criterios proporcionados y razonables conforme a su naturaleza.

constitucionales y aquellas que forman el bloque de constitucionalidad, entre otros.”<sup>141</sup>

En conclusión, la Corte ha sostenido reiteradamente que (i) el legislador tiene un ámbito de configuración legislativo en materia penal que le permite determinar, en el marco de la política criminal del Estado, los bienes jurídicos protegidos y en consecuencia, configurar los tipos penales, sus elementos, sus sanciones y las figuras propias de la responsabilidad penal, así como los subrogados penales y los beneficios. (ii) El ámbito de configuración en materia penal está limitado por el respeto de los principios constitucionales (incluido el Bloque de Constitucionalidad) y de los derechos fundamentales, particularmente a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, de los cuales surge el principio de *prohibición de exceso* para el legislador, por el cual, el diseño de los tipos penales y la dosificación punitiva *“atienden una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”*. (iii) No resulta contrario al principio de igualdad un trato diferenciado fundado en características relevantes de los sujetos frente a la conducta delictiva, y que en el marco de cada medida concreta resulta razonable y justificado, como sucede con la responsabilidad de los servidores públicos en los delitos especiales o con el trámite especial para los aforados constitucionales.

### **2.3. Las diferencias entre autoría y participación en los delitos con sujeto activo calificado**

El presente caso plantea una posible violación al principio de igualdad, por el trato diferenciado en materia de beneficios penales que daría la norma que surge de la interpretación de la SCPCSJ sobre la disposición demandada, a sujetos que concurren en la comisión de un

---

<sup>141</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Alberto Rojas Ríos; AV Alejandro Linares Cantillo).

delito especial, y que no cumplen con las condiciones exigidas al autor por el tipo penal. La cuestión que debe tomar en consideración esta Corte, es que entre dichos sujetos “extraños” al tipo penal especial, existen diferencias en cuanto a la forma en que participan en la comisión del hecho punible. Estas diferencias constituyen uno de los temas de mayor importancia en los estudios de derecho penal, puesto que de la calificación de dicha participación (o autoría) se deriva una serie de consecuencias penales que pueden afectar la graduación punitiva.

### 2.3.1. Autoría y participación penal, aproximación doctrinal

La doctrina penal ha procurado explicar las diferentes manifestaciones de la autoría y la participación a través de distintas teorías, algunas de ellas más restrictivas que se interesan únicamente por al autor según la verificación de elementos objetivos,<sup>142</sup> otras más extensivas que abarcan a todo aquel que sea causante de la conducta,<sup>143</sup> así como teorías que se concentran en elementos subjetivos<sup>144</sup> y finalmente

---

<sup>142</sup> En un primer momento están las teorías restrictivas del concepto de autor, que guiadas por la garantía de la legalidad estricta, propenden por los criterios objetivos para establecer la responsabilidad del sujeto activo. La teoría formal objetiva maneja un concepto restrictivo de autor, que se aplica a quien realiza directa y objetivamente la conducta (o parte de ella) tal como ha sido descrita en el tipo penal en su tenor literal. Esta postura doctrinaria desatiende las consideraciones sobre la importancia de la contribución al resultado. Esto implica que resulta igualmente responsable quien ha cometido la acción típica, aunque no se haya consumado el resultado (tentativa). Los demás aportes al hecho punible, que no se dan de manera causal sino promocional, esto es en la preparación o como apoyo a la acción, se consideran como participación. La teoría objetivo -material se guía por los elementos descritos en la conducta típica, pero permite hacer una diferenciación respecto de *“la mayor peligrosidad que debería distinguir a la aportación del autor al hecho en comparación con la del cómplice. Asimismo, se recurrió a supuestas diferencias en la clase e intensidad de la relación causal.”* H.H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1978, P 698.; Reinhart Maurach, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Vol. II, Editorial Astrea, 1995, V. II, P 311. Justamente, esta relación con el causalismo es justamente una de las debilidades más criticadas de la teoría objetivo – material. El profesor español Enrique Gimbernat, escribe al respecto “si al decir que el autor es la causa y el cómplice la condición del resultado lo que se pretende es aplicar criterios tomados de las ciencias naturales, para efectuar la delimitación, entonces esta postura es inadmisibles. Está fuera de discusión que la categoría de la causalidad a la que ciertamente están sometidos los fenómenos del mundo exterior, no puede contribuir en nada a la aprehensión de conexiones jurídicas de sentido y de significación.” Gimbernat Ordeig Enrique “Autor y Cómplice en Derecho Penal” 2ª Ed. Madrid 1966, P 98.

<sup>143</sup> Según el profesor Zaffaroni *“Un sector sostiene un concepto extensivo que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Este concepto de autor se basa en la causalidad: todo causante es autor, con lo cual la participación sería solo una forma de atenuación de la pena y, en caso de no atenuación, genera la tesis del autor único”* Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar 2002, Págs. 739 y 740.

<sup>144</sup> En este marco doctrinario, surge la teoría subjetiva, que radica su calificación del autor a partir del “ánimo” con el que se actúa en la comisión del ilícito. Así, será Autor quien actúe con animus auctoris, en tanto que resulta “participe” quien lo haga con animus socii. Para explicar esta diferencia, se analizan elementos como la voluntad autónoma o el interés en el hecho, que son propios del “autor”, frente a la voluntad dependiente y la actuación por un interés ajeno del participe.

aquellas que distinguen entre los diferentes sujetos que concurren en la realización de un delito.

La doctrina diferenciadora, adoptada en la mayoría de los sistemas penales de corte europeo-continental (Alemania, España, Suiza, Argentina, Perú, Colombia) distingue entre "autores" y "partícipes". Para realizar esta distinción, la doctrina dominante se sirve de la teoría del dominio del hecho. Luego, "autor" será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho<sup>145</sup>; "partícipe", aquel que colabore con éste en la ejecución de la conducta pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible.

En cuanto a los delitos con sujeto activo calificado, lo determinante no es el dominio del hecho sino el quebrantamiento de deberes especiales. Las conclusiones de esta teoría sobre el punto de la autoría y la participación, han sido explicadas sintéticamente por el profesor Claus Roxín. De dichas conclusiones, aquellas que puntualmente se refieren a la autoría y participación en delitos con sujeto activo calificado, o delitos "de infracción de deber" como él los denomina, remarcan la importante diferencia entre autores y partícipes. Al respecto señala:

“(...) 7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. (...) 9.- La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. (...) 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso

---

Según esta teoría, la decisión sobre la producción del resultado depende únicamente del autor, mientras que la voluntad del cómplice solo se apega de forma dependiente, y por ende no se da en él el elemento subjetivo que caracteriza la autoría. La crítica fundamental a esta teoría está en que lleva a una total subjetivación de la responsabilidad penal, con la inseguridad jurídica que ello implica. Así por ejemplo explica el Profesor Zafaroni: “De cualquier manera, la teoría subjetiva lleva una parte de verdad, en cuanto a que no puede delimitarse la autoría sin tener en cuenta datos subjetivos, pero su fracaso obedece a que ignora cualquier dato objetivo.” *Ibidem*.

<sup>145</sup> “Roxín define al autor (en los delitos de dominio, será el que tiene "dominio del hecho"; en los de "infracción del deber", el portador del deber especial que lo infringe) -bajo un denominador común- como la "figura central en la realización de la conducta ejecutiva típica.” En: Abanto Manuel, M. Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber". Pág. 2. 2004.

ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.”<sup>146</sup>

### 2.3.2. *Autoría y participación penal en la jurisprudencia de la SCPCSJ*

En Colombia, de acuerdo con la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y en consonancia con los artículos 29 y 30 de la Ley 599 de 2000, es posible identificar las siguientes formas de intervención en el delito:

**(i).- Autor.-** Según la Corte Suprema de Justicia “*Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y de propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.*”<sup>147</sup> Para la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de la autoría parece radicar en la sumatoria de los elementos volitivo y conductual, lo que se traduce en calificar como Autor a aquel (o aquellos) que tienen el dominio del hecho, y llamar a los demás Partícipes.

“[según] la llamada “*teoría del dominio del hecho*”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad

---

<sup>146</sup> “Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema: 1.- El autor es la figura central del suceso concreto de la acción. || 2.- La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano. || 3.- El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho. || 4.- El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano. || 5.- El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas. || 6.- El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva. || 7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. || 8.- La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado. || 9.- La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. || 10.- Los delitos de propia mano se encuentran en el derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico. || 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano. || 12.- La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo.” Roxín Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, Págs. 567 y 568.

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de mayo de 2013 (MP Gustavo Malo Fernández), radicado 40830.

“(…) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”.<sup>148</sup> Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que pre acordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica. De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho.”<sup>149</sup>

Para el caso de los delitos especiales, o de sujeto activo calificado, la responsabilidad a título de autor (o coautor si son múltiples personas) radica en la infracción de un deber especial, por lo que solo es posible si el sujeto que realiza o concurre a la realización de la conducta punible tiene las calidades exigidas por el tipo penal. Por esta razón, cuando en la comisión de un delito con sujeto activo calificado, concurren agentes que no cumplen con los requisitos exigidos por el tipo, como sucedería por ejemplo en el caso de un cohecho en cuya comisión concurren particulares, ellos no pueden ser considerados como coautores.

La autoría a su vez puede tener distintas connotaciones derivadas, por ejemplo, del número de personas que concurren en la realización del delito y tengan el dominio del hecho (autoría y coautoría),<sup>150</sup> de si la

<sup>148</sup> Roxín Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, Pág. 42.

<sup>149</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de marzo de 2006 (MP Sigifredo Espinosa Pérez), radicado N° 22.327.

<sup>150</sup> Los Coautores, son “los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte” (artículo 29.2 de la ley 599 de 2000). Lo característico de ésta forma es que quienes participan lo hacen unidos por un plan común: “Aunque enseguida conoceremos las excepciones, es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexos subjetivos entre los actuantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido en que hablé de tal al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo”. Miguel Díaz y García Conlledo, La autoría en derecho penal, Barcelona, Editorial PPU, 1991, página 653). Además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva. “Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero si es necesario a no dudarlo que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la misma, pues de lo contrario se estarían penando aportaciones en las fases previas en contravía de un derecho penal de acto”. (Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal, Medellín, Editorial Comlibros, 2009, página 902). Sobre las características que deben tener quienes participan a título de coautores, el profesor Velásquez señala que “cada

actuación se da de forma directa o a través de otro que se utiliza de forma instrumental (autoría mediata),<sup>151</sup> de si la responsabilidad se deriva del incumplimiento de un deber especial de cuidado (delitos culposos o de conductas imprudentes), o, en el caso de los delitos especiales, aquellos de sujeto activo calificado y de propia mano, depende de si se cumple o no con las calidades exigidas en el tipo penal (diferencia entre autor e Interviniente).

**(ii) Partícipes: (determinador y cómplice)**, al respecto sostiene el artículo 30 de la ley 599 de 2000: “*Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.*” Sobre el primero de ellos indica “*Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción*”.

Para la Corte Suprema, la diferencia fundamental entre el autor y los partícipes es que estos últimos no tienen el dominio del hecho, ni infringen, para el caso de los delitos especiales, un deber especial. En ese sentido, el determinador es aquel que aquél que conscientemente, sin desplegar una actividad esencial en la ejecución del plan, a través de diversos medios logra influir en el autor de forma determinante y definitiva para que cometa, como suyo, el delito.<sup>152</sup> La Corte Suprema ha señalado que el

---

coautor debe reunir las mismas calidades que el autor y el dominio del hecho se torna común; si acontece, por ejemplo, que alguno de los concurrentes no comparte con los demás las riendas del suceso, debe pensarse en una figura distinta; desde luego, no se olvide, en casos como ese pueden intervenir personas que solo cumplan meras tareas de participación e un hecho ajeno (instigación o complicidad)”. Fernando Velásquez Velásquez, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. U. Sergio Arboleda, 2017. P 583.

<sup>151</sup> El Autor mediato, es quien “realiza el tipo penal valiéndose de otra persona que actúa como instrumento en sus manos, (...) requiere que todo el proceso delictivo se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del llamado “hombre de atrás”, quien – gracias a su influjo- debe tener en sus manos al intermediario.” (Fernando Velásquez Velásquez, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. U. Sergio Arboleda, 2017. P 578.) Esto requiere que quien actúa como instrumento por error invencible, o la insuperable coacción ajena.

<sup>152</sup> Así, en sentencia del 26 de octubre de 2000, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, señaló: “Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.” En la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. (MP Fernando E. Arboleda Ripoll), Rad.15610, la Alta Corte explico: “Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o

determinador, por carecer del dominio del hecho: *“No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo o de la coacción”*.<sup>153</sup>

Ahora bien, para que el determinador o instigador sea penalmente responsable, debe inducir a la comisión de la conducta y además, *“que entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, exista un nexo de correspondencia, porque de no ser así, no es posible atribuir responsabilidad penal alguna a título de determinador”*.<sup>154</sup>

Por su parte, la figura del cómplice, está definida en la Ley 599 de 2000, art. 30 (Participes) de la siguiente forma: *“quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”*. Así, el cómplice es quien presta una ayuda o brinda un apoyo para la realización de la conducta ilícita, sin que dicha participación sea esencial para la ejecución típica, es decir, participa sin tener el dominio del hecho.

---

refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico.”

<sup>153</sup> “En la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983 (MP Manuel Gaona Cruz), radicado 1983.

<sup>154</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983 (MP Manuel Gaona Cruz), radicado 1983. Esta posición ha permanecido invariable.

Según explica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mientras la colaboración del coautor surge por razón de su compromiso e interés con los resultados, cuando se trata de *“mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible.”*<sup>155</sup>

**(iii) El Interviniente.** Esta figura, que es el marco del cargo presentado, está descrita en el artículo 30 inciso 4º de la Ley 599 de 2000 como aquel que *“no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización(...).”* Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, una persona solo puede actuar como Interviniente en los delitos con sujeto activo calificado, o -según la doctrina-, en los delitos de propia mano,<sup>156</sup> es decir, en aquellos en los que el tipo penal exige unas calidades especiales al autor. Así lo explica la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 12 de mayo de 2010:

En la comisión de conductas punibles con sujeto activo  
cualificado como los que se han tipificado contra la

---

<sup>155</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de septiembre del 2002, Rad. 1740 “(...) Basta, sin embargo, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal de la distinción, precisar, en uno y otro caso, si el actor se halla ligado finalísticamente o no a la realización de la conducta. En la primera hipótesis, cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible. \\ De acuerdo con esta última conclusión, que hoy reitera la Sala, bastará conjugar elementos objetivos y subjetivos en la consumación de la conducta, para diferenciar la coautoría y la complicidad, en la medida en que para que una persona pueda ser considerada coautora de un delito, no sólo se exige su voluntad incondicional de realizarlo, sino también su contribución objetiva, es decir, la importancia de su aporte en la fase ejecutiva, pues ello es lo que en últimas determina el llamado “codominio del hecho”, entendiendo como “hecho” el proceso causal que con la conducta se pone en marcha”.

<sup>156</sup> Sostiene el profesor Fernando Velásquez, sobre la inclusión de la figura de los delitos de propia mano: “A esta conclusión se llega cuando se observa que la redacción legal emplea el adjetivo ‘especial’ que designa no solo lo singular o particulares sino también lo que es adecuado o propio para algún efecto; además, ambas situaciones son ‘exigidas por el tipo penal’ en los términos ya dichos.” Óp. Cit. P.598.

administración pública, entre otros, en los que el protagonista es el servidor público, se tiene que pueden interactuar personas que carezcan de esa calidad, en cuyo evento se los denomina en vía de lo general de acuerdo al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 como “partícipes”, y de manera singular tan sólo pueden ser cómplices o intervinientes, sin que sea dable la concurrencia de esos institutos sustanciales, pues los mismos poseen características que los identifican y diferencian.<sup>157</sup>

Por lo tanto y según la interpretación jurisprudencial vigente, se entiende por Interviniente aquel que concurre en la ejecución de un tipo penal especial y en concurso con el autor calificado, realiza como suya la conducta típica (actúa como si tuviera dominio del hecho), pero sin contar con las calidades exigidas por el tipo especial. Se diferencia del cómplice y del instigador porque a diferencia de ellos el interviniente desarrolla la conducta del verbo rector como propia, pero su participación no puede ser calificada ni castigada como la de un coautor, por no infringir deberes especiales al no tener las calidades exigidas por el tipo penal especial, y que por lo tanto resultan esenciales para que pueda materializarse la conducta típica.<sup>158</sup>

En el caso de los delitos cuyo sujeto activo calificado son servidores públicos, por ejemplo, la jurisprudencia y un sector de la doctrina sostienen que ellos tienen un deber especial de sujeción a la ley, que fundamenta la responsabilidad penal. Así, quienes ejecuten la misma conducta, pero no tengan la condición de servidores públicos, son considerados extraños en el delito (*extraneus*) pues no están ligados por el deber especial cuya vulneración implica un reproche penal, de lo que se desprende que su

---

<sup>157</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de mayo de 2010 (MP Yesid Ramírez Bastidas) Proceso nº 33319.

<sup>158</sup> Si se analiza por ejemplo desde la teoría de la infracción del deber, es la infracción de esos deberes lo que origina la responsabilidad, y por lo tanto, debe existir una diferencia notable en la sanción penal de quien realiza la conducta pero no infringe sus deberes especiales y la de quienes sí lo hacen.

sanción no pueda ser igual a la del particular, sobre quien no recae este deber específico. Al respecto sostiene la Corte Suprema de Justicia:

“Si el servidor público y el particular se ponen de acuerdo para delinquir, de modo que aportan de manera principal (*no accesoria*) a su propio delito, mediando la división del trabajo necesaria para alcanzar los objetivos comunes, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores. En el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores. El servidor público es *autor* y el particular *interviniente*.\\ La sanción penal para ellos no es ni puede ser la misma, toda vez que el contenido de injusto (*desvalor de acción más desvalor de resultado*) y culpabilidad (*juicio de reproche*), son disímiles porque dimanen de diversos factores. \\ (...) \\ El servidor público tiene especiales deberes de sujeción, impuestos por la Constitución Política y la ley, que permiten exigirle un comportamiento más arraigado a derecho. \\ En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 6° de la Carta, los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos están llamados a responder por infringir la Constitución, las leyes y, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. \\ Es corolario de lo anterior, con relación a un delito especial, que el ciudadano particular nunca puede ser autor (*en la concepción jurídica de la autoría*); sólo podría ser *determinador, cómplice o interviniente*, según lo que indique el recaudo probatorio. \\ Y, correlativamente, la autoría en los delitos especiales se reserva exclusivamente al servidor público, cuando actúa dolosamente apartándose también de los deberes especiales de sujeción. \\ En términos de ROXIN, “podemos considerar cierto que sólo un intraneus

puede ser autor de los delitos de funcionarios....Examinado más de cerca el punto de vista determinante para la autoría...se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta...lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría”<sup>159</sup>. \ 5.5 La doctrina y la jurisprudencia nacionales –también la legislación- optaron tiempo atrás por mantener la *unidad de imputación*, o el mismo *título de imputación*, cuando en un delito especial concurren dolosamente quien reúne las calidades especiales que el tipo exige (*intraneus*) y otras personas que no tienen esas características (*extraneus*).”<sup>160</sup>

En el presente caso se plantea una posible violación al principio de igualdad, por el trato diferenciado en materia de beneficios penales que la norma creada por vía de interpretación judicial otorga a sujetos que concurren en la comisión de un delito especial, y que no cumplen con las condiciones exigidas al autor por el tipo penal. La cuestión que debe tomar en consideración esta Corte, es que entre dichos sujetos “extraños” al tipo penal especial, existen diferencias en cuanto a la forma en que participan en la comisión del hecho punible. Estas diferencias constituyen uno de los temas de mayor importancia en los estudios de derecho penal, puesto que de la calificación de dicha participación (o autoría) se deriva una serie de consecuencias penales que pueden afectar la graduación punitiva.

### **3. EXAMEN DE IGUALDAD SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SCPCSJ RESPECTO DEL TÉRMINO**

---

<sup>159</sup> Roxín Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1998. p 384.

<sup>160</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de septiembre de 2008 (MP Javier Zapata Ortiz), radicado 26410.

## INTERVINIENTES CONTENIDA EN EL ÚLTIMO INCISO DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL

### 3.1. La norma atacada: la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en materia de Intervinientes y Partícipes en delitos especiales.

En el Código Penal colombiano de 1980 se condenaba al sujeto calificado por la comisión del delito especial y al extraño por el delito común, aun cuando ambos quisieren y realizaren la misma conducta. Tal como se señaló por la SCPCSJ en providencia de 11 de febrero de 2004<sup>161</sup>, frente al Código Penal de 1980, la jurisprudencia penal se refirió en varias oportunidades a la coparticipación criminal en delitos especiales o de sujeto activo cualificado y, aunque no de manera siempre unánime, arribó a la conclusión de que, a) sólo puede ser autor quien ostente la calidad prevista en el tipo penal, en cuanto es el único que puede realizar materialmente la conducta típica, y b) las personas que no tengan la calidad exigida en la ley para el autor pueden responder de un delito especial sólo en calidad de cómplices o determinadores, en consideración a que en ninguno de esos roles realizan materialmente la conducta<sup>162</sup>. En ese contexto, en el evento de un Partícipe no cualificado que realizase la conducta prevista en el tipo, debía procederse a romper la unidad de imputación para que dicho interviniente respondiese por el delito común subyacente.

Con la expedición de la Ley 599 de 2000, esta situación cambió, y se prefirió la unidad de imputación, en el sentido de imputar al extraño la conducta especial a título de interviniente, conforme las prescripciones contempladas en el artículo 30<sup>163</sup>, inciso final. Pero la figura del Interviniente fue objeto de una primera interpretación en la que se admitía

---

<sup>161</sup> Radicado 18050, citado en Corte Constitucional, Sentencia C- 1122-08 (MP Rodrigo Escobar Gil, SPV Nilson Pinilla Pinilla, AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil).

<sup>162</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de Junio 3 de 1983; C.S.J. Auto Única Instancia – 8.862, de Diciembre 16 de 1997; Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación – 12-012, de Abril 3 de 2000. Citadas en Corte Constitucional, sentencia C-122-08 (MP Rodrigo Escobar Gil, SPV Nilson Pinilla Pinilla, AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil).

<sup>163</sup> “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

también al extraneus que participaba como Partícipe, para luego pasar a una interpretación restringida que es la actualmente demanda.

### 3.1.1. *Primera interpretación sobre el concepto de intervinientes de la SCPCSJ*

En ese orden de ideas, la primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia –aquella que los accionantes defienden-, fue expresada por su Sala Penal en providencia del 25 de abril de 2002.<sup>164</sup> En dicha decisión, la

---

<sup>164</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de abril de 2002, Rad. 12191. “2. Estima la Sala necesario efectuar algunas precisiones acerca de la aplicación de los arts. 28, 29 y 30 del Código Penal, a propósito del inciso final del artículo últimamente citado. \Dicho inciso consagra una disminución punitiva para el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre a la realización del hecho punible. \Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: Que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado. Y que se trate de concurrencia o pluralidad de intervinientes, que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º). \No regula esta norma, en consecuencia, hipótesis que tienen que ver con el nacimiento de agravantes o atenuantes por causa de la calidad del sujeto ya que éstas encuentran regulación en el artículo 62 del Código Penal que trata sobre su comunicabilidad. \El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice). \La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P. art. 29), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y 2º de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inciso 4º artículo 30). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inciso 3º del artículo 30 C.P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal. \Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave. \Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador disvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices). \Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo, no puede actuar como determinador

Corte, al analizar el asunto de la punibilidad de los *extraneus* señaló que la diminuyente punitiva de una cuarta parte como Interviniente, era aplicable a los determinadores, cómplices y coautores que no cumplieran con las condiciones exigidas por el tipo penal. El elemento determinante de la condición de Interviniente para la Corte Suprema, en esa oportunidad, era el cumplimiento de las condiciones exigidas por el tipo penal. En palabras de la SCPCSJ:

“[e]l interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de *lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice).”<sup>165</sup>.

Como resultado de esta interpretación, al incluir en el concepto de Intervinientes, no solo a los “coautores” *extraneus* sino a los determinadores y cómplices no calificados, la interpretación de la Corte Suprema permitía que a los instigadores (no calificados) se les aplicara la disminución de una cuarta parte de la pena del autor y al cómplice (no calificado), además de la disminución punitiva de una sexta parte a la mitad

---

o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás.

<sup>165</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, (MP Carlos Eduardo Mejía Escobar). Rad. 12191.

que le correspondía por el 3er inciso de la misma disposición, se les acumulara la disminución de una cuarta parte de la pena, dispuesta para los intervinientes.

En resumidas cuentas, esta interpretación implicaba unas disminuciones punitivas que podrían sintetizarse así:

Autor o coautor calificado (PT)		Penal Total
Coautor no calificado		Interviniente Pena = $\frac{3}{4}$ PT
Determinador no calificado	no	Interviniente Pena = $\frac{3}{4}$ PT
Cómplice calificado	no	Interviniente Pena = PT - $(\frac{1}{6} \text{ a } \frac{1}{2}) + (-\frac{1}{4})$

Bajo esa hipótesis, todos los sujetos que no cumplan con las condiciones exigidas al autor por el tipo penal especial, tienen derecho a una disminución punitiva, que es mayor en el caso del cómplice e igual para el determinador y el coautor no calificado. Esta graduación resultaba coherente para la Corte Suprema en la decisión anotada por cuanto:

“[p]or una parte se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los

determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.”<sup>166</sup>

### 3.1.2. Segunda Interpretación de la SCPCSJ sobre el concepto de Intervinientes. Interpretación demandada.

Sin embargo, poco más adelante, la Corte Suprema de Justicia varió su posición al respecto. En Sentencia de 8 de julio de 2003, la Sala de Casación Penal examinó la apelación de una sentencia que utilizaba como base la anterior interpretación.<sup>167</sup> Al respecto dijo la Sala que era necesario: “*hacer un reexamen de tales posiciones en aras de definir qué se entiende por interviniente en ese contexto y cuál es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cuál la que debe imponerse a quien ejecutando como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades.*”<sup>168</sup>

Desde esa decisión y de forma constante, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el término “*Intervinientes*” no es asimilable al término “*Partícipes*”, ni tampoco se trata de un concepto global que incluya a todo aquel que concurre a la realización de la conducta punible especial, sino que debe entenderse en un sentido restrictivo de “*coautor de delito especial sin cualificación*”. En consecuencia, desde 2003 la Corte Suprema considera que la disminución punitiva para el “*Interviniente*” de un delito especial, aplica únicamente al coautor que no tiene la calidad exigida en el tipo penal, y por lo tanto, no beneficia ni al determinador, ni al cómplice,

---

<sup>166</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de abril de 2002, (MP Carlos Eduardo Mejía Escobar). Rad. 12191.

<sup>167</sup> Tribunal Superior de Ibagué, sentencia del 12 de diciembre de 2002.

<sup>168</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003 MP Carlos Augusto Gálvez Argote), Rad. 20704.

para quienes el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 establece reglas específicas.<sup>169</sup> Sostuvo la SCPCSJ:

“Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase(...).”<sup>170</sup> (Subrayas fuera del texto original)

---

<sup>169</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003 (MP Carlos Augusto Gálvez Argote), Rad. 20704. Reiterada en las sentencias de apelación penal de la Corte Suprema de Justicia con radicados 6379-2014, 7405-2014 y 12019-2015, entre otras.

<sup>170</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003 MP Carlos Augusto Gálvez Argote), Rad. 20704. “Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesoria, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad. \ \ Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.”

En ese sentido, la Corte Suprema realizó una reevaluación sobre la naturaleza jurídica y la posición que ocupa el Interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal forma que lo que justifica el beneficio punitivo es el plano de desigualdad en que se encuentran el autor, es decir, aquel que realizó como suya la conducta típica y con ello infringió los deberes de sujeción especial que implican las condiciones exigidas por el tipo especial, frente a quien, en concurso con el primero y habiéndose desempeñado con dominio del hecho, no puede constituirse como autor, porque justamente no ha infringido deberes especiales que no le eran atribuibles al carecer de las condiciones requeridas por el tipo, pero para no romper la unidad de imputación se juzga a título de Interviniente.

Para la Sala Penal, una interpretación sistemática y acorde con los lineamientos del Código implica tomar como criterio fundamental, en la interpretación del artículo 30, el carácter calificado del sujeto activo del tipo penal, a fin de establecer una diferencia entre los sujetos respecto de los cuales el delito especial exige una calificación (únicamente al autor o coautores) y aquellos para quienes la calificación es indiferente (determinador y cómplice). Respecto de los primeros, la exigencia de una calidad especial hace necesario un trato punitivo diferenciado entre aquellos que cumplen las condiciones (y que por tanto infringieron sus deberes especiales) y aquellos que no lo hacen, y que por tanto no pueden ser considerados como autores sino como Intervinientes. Para los segundos en cambio, quienes no tienen el dominio del hecho, las condiciones especiales no son requeridas ni tienen importancia para la ejecución de su actuación ilícita, la Corte Suprema encuentra que no tiene sentido ni fundamento una disminución punitiva por no contar con esas calidades. Por lo tanto, para la Sala Penal de la Corte, al único que podría afectar el beneficio penal del Interviniente es al “coautor” no calificado, pues es únicamente para él para quien el cumplimiento de los requisitos resulta trascendente.<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> Al hacer referencia a la citada Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha dicho: “En ella da una explicación completa sobre la manera como se integra el artículo 30 de la Ley 599 del 2000, dejando claro que en los delitos

En el presente caso, los accionantes demandaron esta interpretación jurisprudencial, refiriéndose a las sentencias del 8 de junio de 2003, del 17 de septiembre de 2008, del 11 de diciembre de 2012, del 12 de marzo de 2014 y del 30 de junio de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en las cuales se reitera la interpretación atacada.<sup>172</sup>

Ahora bien, es claro para esta Corte que esta posición jurisprudencial ha sido plena y pacíficamente sostenida por la Sala Penal de la Corte Suprema.<sup>173</sup> Así lo corrobora en su Sentencia del 25 de abril de 2017, en la que sostuvo:

“La parte final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, de acuerdo con el cual ‘*Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte*’, ha sido objeto de particular detenimiento y analítico estudio por la doctrina de la Sala y con apego en el discernimiento fijado en la sentencia 20704 de 2003, reiterado con identidad de criterio a través de más de dos lustros en prolijas decisiones (Radicados 34253 de 2010; 37696 de 2011, 38605 de 2012; 34930, 39346, 41177 y 42312 de 2013, 43771 de 2014, 43658, 46483, 47168, 43658 y 47672 de 2016, entre otras) y en las mismas, se ha concluido que:

---

especiales o de infracción de deber los partícipes (determinador y cómplice) no requieren condición alguna al momento de concurrir en la realización del tipo penal especial y esto es así porque ninguno de ellos realiza de forma directa dicha conducta, pues solo en el caso de la determinación, su aporte se limita a instigar o determinar al sujeto activo calificado de la conducta quien a lo último es el que realiza la conducta y en caso del cómplice tan sólo presta una colaboración que resulta accesorio. Por esta razón estos partícipes se excluyen de la rebaja establecida en el inciso final del Art. 30 del Código Penal. Con fundamento en lo anterior es que la Corte concluye que la aplicación de la rebaja del interviniente es exclusiva para los coautores intervinientes de la conducta punible especial”. Lopera, N. El interviniente, punibilidad y principio de igualdad en el derecho penal colombiano. pág. 30. 2013.

<sup>172</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de abril de 2017 (MP Luis Guillermo Salazar Otero). Radicado 47974, caso Carlos Eduardo Meneses Cudris y otros. En aquella ocasión manifestó la Corte Suprema: “Por manera que, para la Corte la figura del interviniente está restringida con exclusividad a aquellos supuestos en que un particular concurre a la realización de una conducta que exige la presencia de sujeto activo calificado, siempre y cuando sea asimilable a la de un coautor, sólo que por no reunir las calidades especiales del tipo se hace acreedor a una rebaja punitiva prevista en el art. 30 en mención. De ahí que la expresión interviniente de dicho precepto, no pretende agrupar cualquier forma de participación delictiva (determinación o complicidad), sino exclusivamente al coautor de delito que no reúne las características o cualidades del tipo especial, pero que concurre a la concreción del verbo rector, realizando la conducta como propia.”

<sup>173</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 20 de abril de 2007 (MP Marina Pulido de Barón); Sentencia de 23 de mayo de 2007 (MP Julio Enrique Socha Salamanca); Auto de 15 de agosto de 2007 (MP Sigifredo Espinosa Pérez); Sentencia de Casación discrecional del 5 de diciembre de 2007 (MP Yesid Ramírez Bastidas); Auto del 23 de enero de 2008 (MP Augusto Ibáñez Guzmán); Auto del 20 de febrero de 2008 (MP Javier Zapata Ortiz); Auto del 9 de abril de 2008 (MP Augusto Ibáñez Guzmán); Auto del 12 de mayo de 2010 (MP Yesid Ramírez Bastidas). Citadas en Lopera, N. El interviniente, punibilidad y principio de igualdad en el derecho penal colombiano. pág. 28. 2013.

“Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, (...) Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.”<sup>174</sup>

Esta posición, de la Corte Suprema se mantiene firme y al margen de la diversidad de opiniones que la doctrina tiene sobre esta postura, tal como lo ha sostenido la misma Corporación:

“De esta manera, con independencia de las referencias o estudios que en la doctrina puedan aparecer sobre el particular, lo cierto es que el entorno patrio la discusión ha sido zanjada hacia aquel entendimiento, es decir, a que los determinadores y cómplices en delitos especiales se les

---

<sup>174</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de abril de 2017 (M P Luis Guillermo Salazar Otero), Radicado 47974.

aplica la pena dispuesta en la ley por su participación accesoria sin diminuentes de ninguna clase.”<sup>175</sup>

Establecidas las anteriores premisas, la Corte Constitucional debe concluir que constituye una interpretación jurisprudencial vigente de la SCPCSJ, aquella por la cual el término “*Intervinientes*” contenido en la referida disposición del Código Penal, alude, exclusivamente, a quien en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector sin tener la cualificación requerida por el tipo penal especial, y es él el único destinatario de la disminución punitiva prevista para el *extraneus*, la cual, por consiguiente, no beneficia, ni al determinador, ni al cómplice.

Bajo esta interpretación, y siguiendo el formato de la explicación sobre la postura anterior, la dosificación punitiva establecida por el artículo 30 del Código Penal quedaría así:

Autor o coautor calificado (PT)		Penal Total
Coautor no calificado 4º inciso del Art. 30 L. 599 del 2000.	Interviniente	Penal = PT-1/4
Determinador (con o sin calificación) 2º inciso del art. 30 L. 599 de 2000.	Partícipe	Penal = PT
Cómplice (con o sin calificación) 3er inciso del art. 30 L. 599 de 2000.	Partícipe	Penal = PT- (1/6 a ½)

<sup>175</sup> Corte Suprema de Justicia, Auto Interlocutorio del 28 de octubre de 2015 (MP José Luis Barceló Camacho), AP6324 – 2015.

La consecuencia de esta interpretación es que el determinador tendría –en abstracto- la pena del autor (sujeto activo calificado), puesto que así lo establece el inciso 2 del artículo 30 “*Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.*” El cómplice tendría derecho a una rebaja de la sexta parte a la mitad de la pena (Inc. 3) y el Interviniente (entendido únicamente como el “coautor” no calificado) tendría derecho a una disminución de la cuarta parte de la sanción, según lo determina el último inciso de la disposición bajo la interpretación demanda.

De ello se puede extraer que, la interpretación demandada genera las siguientes conclusiones:

- (i) La figura del Interviniente solo opera frente a los delitos especiales, y se refiere únicamente a quien, en concurso con el autor, realiza la conducta descrita en el verbo rector pero no cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal para constituirse como autor.
- (ii) La sanción penal en abstracto para los Partícipes (cómplice y determinador) de un delito especial no se ve afectada por el hecho de que tengan o no las condiciones o calidades requeridas por el tipo penal.
- (iii) Para el cómplice, el inciso tercero del artículo 30 del Código Penal vigente determina como pena, aquella dispuesta para el delito reducida de una sexta parte a la mitad. Esta fórmula se aplica a delitos comunes y delitos especiales sin ninguna distinción.
- (iv) Para el determinador, la pena en abstracto será la misma que para el autor, tanto en delitos comunes como en delitos especiales, y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del Interviniente. Para la Corte Suprema el hecho de que el tipo especial establezca unos requisitos para la conducta del autor (que determinan la infracción a un deber de especial sujeción) hace que la conducta del “coautor” no calificado resulte menos punible, puesto que “*el desvalor de la acción y del resultado, así como la culpabilidad*

*son diferentes porque dimanar de diversos factores*".<sup>176</sup> Esos requisitos no son exigidos en cambio frente a la conducta del determinador, por lo que su punibilidad será en principio idéntica independientemente si cuenta o no con las calidades del tipo.

Por lo tanto, y bajo las exigencias de esta Corporación, se puede verificar que la interpretación jurisprudencial atacada constituye una norma de derecho viviente en tanto: (1) se trata de una interpretación judicial consistente, y se ha mantenido uniforme por casi tres lustros; (2) en segundo lugar, la interpretación judicial está consolidada, y como lo demuestran las sentencias de casación citadas que reiteran la posición de las segundas instancias, es una interpretación que se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3) se trata de una interpretación judicial relevante para fijar el significado de la norma objeto de control y para determinar los efectos de la norma demandada.<sup>177</sup>

### **3.2. El examen de igualdad sobre el trato diferenciado entre partícipes *extraneus* e Intervinientes (definidos como coautores no calificados) en los delitos especiales**

Como se indicó en el recuento jurisprudencial aplicable a este caso, la Corte ha determinado que el primer paso a seguir para adelantar un examen de igualdad consiste en establecer el término de comparación, a fin de definir si los sujetos sobre los cuales se estaría generando una diferenciación irrazonable, en realidad son comparables.

Para los accionantes la vulneración del derecho a la igualdad se da porque a los partícipes no calificados: instigadores y cómplices, se les trata de forma diferente que al Interviniente. Esta vulneración se generaría

---

<sup>176</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de septiembre de 2008 (MP Javier Zapata Ortiz), radicado 26410.

<sup>177</sup> Estos requisitos para el estudio de una interpretación jurisprudencial entendida como "derecho viviente" fueron enunciados en la Sentencia de la Corte Constitucional C-557 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Reiterada, entre muchas otras, en las sentencias C-426 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-569 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-987 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto) y C-258 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza; SPV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-418 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa, C-284 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo; SV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio).

porque “los coautores no cualificados y los partícipes no cualificados de un delito especial sí se encuentran en idéntica situación en lo que hace a las razones que justifican la rebaja punitiva consagrada en el inciso final del artículo 30 del Código Penal; de modo que no existe una razón constitucionalmente admisible para reconocer la disminución punitiva aquellos y no a éstos”.<sup>178</sup>

Siguiendo el examen planteado, en primer lugar le corresponde a la Corte establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, esto es, determinar si los supuestos de hecho o de derecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza.

### **3.2.1. La comparación entre coautores y partícipes que son extraneus en un delito especial**

El término de comparación propuesto en la demanda se plantea entre sujetos que concurren en la realización de un tipo especial, bajo el argumento de que el elemento más importante para agrupar a los sujetos que concurren en la participación del delito especial a la hora de tasar la punibilidad de la conducta es el de verificar si los agentes cuentan o no con las calidades exigidas en el tipo. Así, para los demandantes resultaría más importante las características de *extraneus* o *intraneus* del tipo, -esto es de si cumplen o no con los requisitos del tipo especial – que las diferencias en los roles desempeñados en la comisión del delito (como autores o partícipes).

Según los accionantes es la condición de *extraneus*, común entre los instigadores, cómplices y coautores no calificados, aquella que debe imperar para la disminución punitiva, por lo cual, la interpretación de la Corte Suprema que beneficia únicamente a los “coautores” no calificados,

---

<sup>178</sup> Expediente D-11917, folio 36. Texto de la demanda.

constituye una discriminación contra los demás concurrentes no calificados del delito especial.

Los sujetos comparables para este examen son por lo tanto, por una parte los “coautores” no calificados, y por el otro los partícipes (cómplices e instigadores) que no tengan las calidades exigidas por el tipo penal especial. Al margen de las diferencias que en el plano jurídico existen entre estos dos grupos de sujetos, es claro para esta Corte que se trata de sujetos comparables entre quienes es posible realizar un examen de igualdad. Por lo que se procederá a definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

**3.2.2. Los Partícipes y los coautores en un delito especial se encuentran en planos distintos en cuanto a la exigibilidad de las condiciones del tipo penal especial**

Esta Corte ha sostenido que una de las reglas para aplicar el principio de igualdad es la de “*dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras*”.<sup>179</sup> Para analizar este punto, inicialmente la Corte va a establecer si con la interpretación atacada se constituye un trato diferenciado, para luego revisar si dicho trato diferenciado se da entre sujetos principalmente iguales o diferentes.

---

<sup>179</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-818 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva), C-250 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto), C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla), C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; APV Luis Ernesto Vargas Silva), C-811 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y C-329 de 2015 (Mauricio González Cuervo; AV Gloria Stella Ortiz Delgado). Reiterada en la C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). En estos casos, la Corte reiteró el carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad pues la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Al respecto, esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad.

Al respecto, tal como lo pudo verificar esta Corporación en la sentencia C-1122 de 2008, la jurisprudencia vigente de la SCPCJSJ toma una postura en cuanto a la interpretación del término “*Intervinientes*” contenido en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000,<sup>180</sup> cuyo resultado es un trato diferenciado entre quienes concurren a la realización del delito especial. En dicha ocasión, la Corte Constitucional se concentró en resolver el problema concreto de la distinción punitiva legal entre los servidores públicos y aquellos que no lo son, respecto de los delitos con sujeto activo calificado – servidor público-, y aunque la identificó, decidió no adentrarse en el test de igualdad sobre la diferencia de trato entre cómplices, determinadores y coautores no calificados. Al respecto dijo la Corte:

“Con todo, considera la Corte que no le corresponde pronunciarse, desde una perspectiva constitucional, por uno u otro extremo interpretativo, como quiera que la solución del problema jurídico planteado y al que se contrae el análisis de constitucionalidad en la presente providencia, es la misma, independientemente de la opción que sea elegida, esto es, establecer si hay una razón que explique la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño. Quedan, por consiguiente, por fuera del ámbito del pronunciamiento de la Corte los problemas de igualdad que puedan plantearse en torno a la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por la diferencia de trato que de ella resulta para los *extranei*, según que sean determinadores o cómplices, por un lado, o coautores no cualificados, por otro.”<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Ley 599 de 2000, artículo 30. “Participes. Son participes el determinador y el cómplice.\\ Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.\\ Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.\\ Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

<sup>181</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, por el cargo planteado respecto de la diferencia de trato entre particular y servidor público para los delitos con sujeto activo calificado. Subraya fuera del texto original.

Es claro para esta Corporación que la interpretación atacada genera una diferencia de trato, por cuanto solo los coautores no calificados de un delito especial entran en la categoría de Intervinientes y pueden ser beneficiarios de la disminución punitiva de la cuarta parte de la pena, excluyendo de este beneficio a los partícipes que no tengan las calidades del tipo penal especial.

Ahora bien, le corresponde a la Corte establecer si esta diferencia de trato se da entre sujetos iguales o desiguales. Al respecto cabe recordar que *“la sola circunstancia de encontrarse sometido a un proceso penal, sea en etapa instructiva o durante el juicio, es un criterio de igualación que si bien resulta en principio relevante (...), no es suficiente para, a partir de él, predicar la igualdad de todos los sujetos que se encuentren en dicha situación y pretender entonces deducir exactamente las mismas consecuencias jurídicas”*.<sup>182</sup>

Pese a las múltiples discusiones sobre las formas de asumir los distintos grados de autoría o participación, existe una coincidencia general en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, sobre la importancia de las diferencias que caracterizan a estos sujetos y de las cuales provienen los distintos tratamientos punitivos que la ley les otorga.

Básicamente, en el derecho penal que actualmente rige en Colombia, existe un consenso en que la diferencia general entre unos y otros radica en que la autoría (o coautoría) requiere del dominio del hecho, y para el caso de los delitos especiales, en la infracción de un deber de

---

<sup>182</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Humberto Sierra Porto). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.

especial sujeción por quien realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector, es decir por el autor (o coautores).

En efecto, en el caso de los delitos especiales, la ley exige a quienes fungen como autores, el cumplimiento de unas calidades que se traducen en un deber especial y se suman al dominio del hecho, por lo que resultan indispensables para la comisión del delito. En esos casos, la exigencia de esas calidades no es un elemento de agravación punitiva como una sanción adicional para quienes llenen las condiciones, sino que se trata de un requisito para la autoría del delito, sin el cual no es posible que el mismo se lleve a cabo.

Estos requisitos se exigen como condición necesaria para que el delito especial pueda llevarse a cabo, únicamente al autor o coautores. En cambio, para los Partícipes del delito especial, dichas calidades resultan irrelevantes para la consumación de las labores de complicidad o instigación en un delito especial. En otras palabras, la infracción del deber especial solo es relevante para quienes realizan como suya la conducta descrita en el tipo penal, es decir, para quienes actúan como autores.

La sola redacción de los tipos penales especiales en la Ley 599 de 2000 permite verificar, con toda claridad, esa circunstancia. Esta categoría de delitos inician su redacción describiendo las calidades o circunstancias exigidas al autor para que se configure el delito.

Así, en la Ley 599 de 2000, se puede distinguir fácilmente entre delitos con: a) *sujeto activo indeterminado*, que no requieren de una condición o cualificación para quien ejecute la conducta y; b) *sujeto activo cualificado*, que exigen una calidad especial a quien comete la conducta. Esto último sucede, por ejemplo, con: “[/]a madre que...” (Arts. 108, 128),<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> Ley 599 de 2000, artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años. \ Articulo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

“*[e]l juez que...*” (Art. 177),<sup>184</sup> “*[e]l concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, que...*” (Art. 313),<sup>185</sup> “*[e]l director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que...*” (Arts. 314, 315)<sup>186</sup> “*[e]l extranjero que...*” (Art. 329),<sup>187</sup> “*[e]l agente retenedor o autorretenedor que...*” (Art. 402),<sup>188</sup> “*[e]l*

---

La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidos, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

<sup>184</sup> Ley 599 de 2000, artículo 177. “Desconocimiento de habeas corpus. El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en prisión de dos (2) años a cinco (5) años y pérdida del empleo o cargo público.”

<sup>185</sup> Ley 599 de 2000, artículo 313. “Evasión fiscal. El concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, que incumpla total o parcialmente con la entrega de las rentas monopolísticas que legalmente les correspondan a los servicios de salud y educación, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”

<sup>186</sup> Ley 599 de 2000, artículo 314. “Utilización indebida de fondos captados del público. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” \ Articulo 315. “Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

<sup>187</sup> Ley 599 de 2000, artículo 329. “Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales. Modificado por el art. 30, Ley 1453 de 2011. El extranjero que realizare dentro del territorio nacional acto no autorizado de explotación de recursos naturales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de 100 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

<sup>188</sup> Ley 599 de 2000, Artículo 402. “Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.(...)”

*agente de la fuerza pública que...*” (Art. 424),<sup>189</sup> “[e]l colombiano que...” (Arts. 456, 457, 458 y 462),<sup>190</sup> e igualmente sucede con el delito de traición diplomática: “*El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe...*”<sup>191</sup>

La ley penal ha previsto especialmente el caso de “[e]l servidor público que...”, no sólo en el título de los delitos contra la Administración Pública,<sup>192</sup> sino también, por ejemplo, en el título de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, delitos contra la fe pública, contra el orden económico y social, y el de los delitos contra mecanismos de participación democrática.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> Ley 599 de 2000, Artículo 424. “Omisión de apoyo. El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.”

<sup>190</sup> Ley 599 de 2000, Artículo 456. “Hostilidad militar. El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado Colombiano, que intervenga en actos de hostilidad militar o en conflictos armados contra la patria, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años.

Si como consecuencia de la intervención, se pone en peligro la seguridad del Estado o sufren perjuicio sus bienes o las fuerzas armadas, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.” \ Artículo 457. “Traición diplomática. El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe en perjuicio de los intereses de la República, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años. Si se produjere el perjuicio, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.” \ Artículo 458. “Instigación a la guerra. El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años. Si hay guerra o se producen las hostilidades, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.” Artículo 462. “Aceptación indebida de honores. El colombiano que acepte cargo, honor, distinción o mereced de Estado en hostilidad, guerra o conflicto armado con la patria, incurrirá en multa.”

<sup>191</sup> Ley 599 de 2000, Artículo 457. “Traición diplomática. El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe en perjuicio de los intereses de la República, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años. Si se produjere el perjuicio, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.”

<sup>192</sup> Ley 599 de 2000, TÍTULO XV “Delitos contra la Administración Pública.” Artículos 397 a 434.

<sup>193</sup> Ley 599 de 2000, TÍTULO II, Capítulo Cuarto, De la detención arbitraria. Artículo 174. “Privación ilegal de libertad. El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.” \ Artículo 175. “Prolongación ilícita de privación de la libertad. El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco

Finalmente, los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH,<sup>194</sup> requieren que quien cometa el acto punible sea un actor del conflicto armado, esto es que actúe “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”. Sin esta condición, no es posible cometer delitos como el homicidio en persona protegida, o el reclutamiento forzado.<sup>195</sup>

---

(5) años y pérdida del empleo o cargo público.” \\ Artículo 176. “Detención arbitraria especial. El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en prisión de tres (3) años a cinco (5) años y pérdida del empleo o cargo público. Artículo 190. Violación de habitación ajena por servidor público. El servidor público que abusando de sus funciones se introduzca en habitación ajena, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.” \\ TÍTULO IX, Capítulo Tercero, De la falsedad en Documentos, Artículo 286 “Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.” \\ TÍTULO X Delitos contra el orden económico y social. Artículo 322. “Favorecimiento por servidor público. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años.” \\ TÍTULO XIV Delitos contra mecanismos de participación democrática. Artículo 392. “Favorecimiento de voto fraudulento El servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años. Artículo 393. Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación. El servidor público que no haga entrega oportuna a la autoridad competente de registro electoral, sellos de urna o de arca triclave, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.”

<sup>194</sup> Ley 599 de 2000, Título II, Capítulo Único.

<sup>195</sup> Pese a que existe alguna ambigüedad en la materia, porque los tipos penales se refieren en general a “*el que...*” es el marco en que se realiza la conducta lo que implica la calidad del autor. En términos más precisos, podrían cometer estos tipos penales los miembros de la fuerza pública, los miembros de grupos armados irregulares que se enfrenten contra el Estado, y los civiles que participen directamente en las hostilidades, - durante su participación. Precisamente, la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia del 28 de Agosto de 2013 (MP María Del Rosario González Muñoz, sostuvo: “es pertinente recordar que en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el entonces Fiscal General de la Nación, que a la postre culminó con la expedición de la Ley 599 de 2000, sobre el título de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho Internacional Humanitario”, se expuso: “Con ocasión del conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias (sic) o amenazadoras (sic) de Derechos Humanos, constituyen a la vez violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Son ellas acciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente de las

Otra situación ocurre con los llamados delitos de propia mano, - mencionados por algunos de los intervinientes-<sup>196</sup>, que no son delitos con sujeto activo cualificado pero requieren que el autor sea quien ejecute directamente la acción excluyendo la posibilidad de actuar a través de otros, tal como sucede, por ejemplo con los delitos del “*TÍTULO IV, Delitos Contra La Libertad, Integridad Y Formación Sexuales. Capítulo Primero*”, que se refieren puntualmente a: “[e]l que realice...” (arts. 205, 206, 207, 209)<sup>197</sup>, o “[e]l que acceda...” (arts. 208 y 210).<sup>198</sup> Sobre esta categoría y sobre la posible responsabilidad penal de quienes ordenan la comisión de estos actos punibles, existe actualmente una profunda discusión relacionada con la investigación y procesamiento de los delitos de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado.

En todos los tipos penales revisados existe una circunstancia común y es que la exigencia de una calidad especial se hace únicamente para el autor del delito, y tiene tal entidad, que el delito (la infracción del deber especial) solo puede configurarse si quien realiza la acción punible cumple

---

hostilidades – los combatientes – incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el protocolo II adicional.

<sup>196</sup> Para el Profesor Fernando Velásquez, la figura del Interviniente resulta relevante para el caso de los delitos de propia mano, porque permite sancionar penalmente a quienes en realidad participan con dominio del hecho en conjunto con otro autor, pero no comete directamente el hecho punible.

<sup>197</sup> Ley 599 de 2000, artículo 205. “Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.” Artículo 206. “Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.” Artículo 207. “Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años. \ Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años.” Artículo 209. “Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5).”

<sup>198</sup> Ley 599 de 2000, artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.” Artículo 210. “Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. \ Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.”

con las condiciones requeridas por el tipo penal. Aquel que instiga a la comisión del delito, o que presta una ayuda que no resulta esencial para su comisión, no requiere cumplir con esas calidades especiales, y en realidad resulta irrelevante que cuente o no con dichas condiciones a la hora de verificar su actuación en tanto que Partícipes.

Al tratarse de una calidad exigida como requisito al autor (y únicamente al autor), se genera, en caso de que un coautor no cumpliera con ella, una consecuencia que obliga, según la doctrina escogida, o bien a la fractura del tipo penal, -por lo que a quien tiene en apariencia el dominio del hecho pero no las calidades habrá que imputarle un tipo penal diferente-, o bien, a la calificación a título de Interviniente para el “coautor” no calificado, lo que permite mantener la unidad de la imputación.

En lo que atañe a los Partícipes, el no cumplir con las condiciones del tipo penal especial no afecta la posibilidad de realizar sus respectivas conductas de participación en el ilícito.<sup>199</sup> Por su puesto, el juez penal, en cada caso concreto, dentro del ámbito de interpretación y aplicación que le corresponde, bajo la valoración de las pruebas y los hechos, es quien debe determinar el *quantum* punitivo concreto aplicable a cada caso, pero bajo el ámbito estrictamente constitucional que es el que corresponde evaluar en esta ocasión, es claro que existen diferencias relevantes entre partícipes y autores en lo que respecta a la función que cumplen las condiciones exigidas por un tipo penal especial.

Por lo tanto para esta Corporación, la diferencia de trato establecida por la interpretación atacada no se realiza entre sujetos que estén en un plano de estricta igualdad, sino antes por el contrario, entre sujetos cuyas diferencias, por el rol que desempeñan en la realización de una conducta típica especial, pueden resultar relevantes para la valoración de su responsabilidad.

---

<sup>199</sup> Si bien el que ostenten o no ciertas calidades puede ser considerado como elemento de agravación o atenuación punitiva en algunos casos, esa consideración es independiente a la naturaleza especial del tipo penal, y no tiene repercusiones directas en la calificación de la conducta.

Ahora bien, es necesario resaltar que la mayor o menor relevancia que tenga la característica de *extraneus* de los Partícipes en un delito especial depende de la posición dogmática a partir de la cual se aborde la cuestión, bajo el entendido de que la razonabilidad de cada una de esas posturas tiene un fundamento teórico complejo y es una función constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dentro de su amplio ámbito hermenéutico y aplicación de la ley, escoger aquellas interpretaciones que resulten más aptas e idóneas en el marco de los principios y derechos constitucionales, de la política criminal y de la legislación penal del país. La función de la Corte Constitucional en la materia se limita a verificar que las posturas escogidas no resulten contrarias a la Carta Política, pero de ninguna forma puede considerarse que dicho examen se convierte en una toma de postura a favor de una teoría y menos aún, en una limitación para que la Corte Suprema de Justicia pueda variar su capacidad interpretativa cuando así lo vea adecuado.

### **3.2.3. *La justificación constitucional del trato penal diferenciado entre los Partícipes y los “coautores” extraneus de un tipo penal especial***

Como tercer paso del juicio de igualdad, le corresponde a la Corte averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. Para ello la Corte debe definir cuál es el rigor del juicio de igualdad que debe utilizar.

Para este caso, la Corte aplicará un test leve de igualdad a partir de las siguientes razones: (i) la regulación en materia penal es una materia en la que el legislador tiene a amplio margen de configuración; (ii) la interpretación jurisprudencial de las disposiciones penales es una competencia constitucionalmente atribuida a la Corte Suprema de Justicia; (iii) la interpretación demandada no afecta a grupos sociales específicos, ni se fundamenta en criterios sospechosos de discriminación; (iv) el beneficio punitivo sobre el cual recae el trato desigual no constituye, en sí mismo, un

derecho constitucional,<sup>200</sup> y finalmente (v) dadas las relevantes diferencias entre los sujetos comparados, la Corte no aprecia *prima facie* una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

En ese sentido, la Corte debe proceder a verificar que el fin buscado con la medida y el medio empleado para ello no estén constitucionalmente prohibidos, así como la idoneidad del medio para la consecución del fin.<sup>201</sup>

Al respecto es necesario recordar que la SCPCSJ ha reiterado su explicación sobre la finalidad que persigue la norma creada a partir de su interpretación, con las siguientes palabras: “*se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.*”<sup>202</sup>

Así entonces, según lo que afirma en su jurisprudencia, lo que busca la Corte Suprema de Justicia es interpretar la disposición de tal manera que no se afecte el sistema penal como un todo, y que por el contrario, se mantengan los delicados equilibrios que requiere la aplicación del derecho punitivo para mantener la sistematicidad de las normas y la armonía de las disposiciones. Esta finalidad no está prohibida por la Carta Política, por el contrario, resulta coherente con la atribución que la Constitución le da a la Corte Suprema de Justicia para escoger, de entre las distintas posturas dogmáticas que resulten razonables, aquellas que mejor sirvan a las necesidades jurídicas del país.

Para lograr ese objetivo, la SCPCSJ adelanta una interpretación reiterada y consistente por la cual, el inciso 4º del artículo 30 (Ley 5999 de 2000) que se refiere al “Interviniente” y a su dosificación punitiva en

---

<sup>200</sup> El trato diferente en este caso, se da frente a la reducción de una cuarta parte de la pena aplicable. Se trata de un beneficio punitivo frente al cual el legislador tiene un amplio margen de configuración y no de un derecho constitucional. Dicho de otro modo, no existe un derecho constitucional a la reducción de una parte de la pena para quienes sean partícipes extraneus de un delito con sujeto activo calificado.

<sup>201</sup> Ver considerando 2.2.2. de esta decisión.

<sup>202</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de abril de 2017 (MP Luis Guillermo Salazar Otero), Radicado 47974.

abstracto, se aplica únicamente al “coautor” no calificado del delito especial. Excluye del beneficio penal a cómplices e instigadores. Tampoco existe en la Carta Política ninguna prohibición sobre el medio utilizado.

La Constitución no prohíbe que las altas Cortes se inclinen por una u otra posición interpretativa o dogmática. Mientras dicha interpretación no sea contraria a los derechos o principios constitucionales, es una atribución constitucional de las Altas Cortes interpretar el derecho y fijar el contenido y alcance de las normas. Así pues, habida cuenta de que se trata de una posición dogmática, que si bien es objeto de oposiciones académicas, no resulta contraria a la Carta Política, no es labor de la Corte Constitucional entrar a escoger las corrientes dogmáticas que le parezcan mejores e imponerlas a las demás Cortes. Como bien lo ha dicho esta Corporación, las Altas Cortes, son los expertos a los cuales la Constitución ha dejado la tarea de interpretar, para su materia específica, las normas que desarrollen las distintas ramas del derecho en Colombia.

Finalmente, para esta Corte es claro que el medio resulta idóneo para el resultado buscado, pues al fijar el criterio en las calidades exigidas al autor, y a partir de la idea de que dichas calidades se exigen exclusivamente al autor y no a los partícipes, se permite punir a quien, pese a realizar como suya la conducta descrita en el tipo, por no cumplir con las condiciones requeridas, no le era exigible el deber legal infringido. En ese sentido la interpretación de la SCPCSJ es un medio útil para mantener la unidad de imputación.

En concordancia con lo anterior y con el inciso 2º y 3º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, la interpretación del inciso 4º resulta útil para mantener la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal. Tanto para el instigador como para el cómplice, el artículo 30 consagra la correspondiente configuración punitiva. El inciso 4º hace lo mismo con el “coautor” no calificado, que no estaba incluido en los anteriores incisos y que con ello queda con una dosificación precisa. Por lo tanto, concluye esta Corte que el medio resulta idóneo para alcanzar los fines perseguidos.

**LA INTERPRETACIÓN POR LA CUAL EL CONCEPTO DE INTERVINIENTE (ART. 30, INC. 4º, Ley 599 DE 2000) NO COBIJA A LOS PARTICIPES *EXTRANEUS*, NO ES CONTRARIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.**

Para establecer cuál es la amplitud del ámbito de interpretación que tiene la SCPCSJ, esta Corte reiteró que en materia de derecho penal, la Constitución le reconoce al legislador un amplio margen, no solo para la configuración de los delitos y las penas, sino incluso de los procedimientos para llevar a la práctica dichas normas. No se trata de una materia especialmente regulada por la Constitución o que requiera de leyes de una naturaleza supra legal, sino que los parámetros constitucionales en la materia se limitan a principios constitucionales y derechos fundamentales que deben ser respetados.

A su vez, la Corte Constitucional es consciente de que, incluso si la legislación es muy precisa, el derecho penal es una fuente de amplios análisis y debates doctrinales dirigidos a dotar de coherencia y sentido a las normas que lo componen, en tanto que sistema lógico que justifique y haga razonable las sanciones y las diferencias de punibilidad, todo ello en la búsqueda de hacer la tarea del juez una labor legítima, objetiva e imparcial.

En ese amplio espectro de doctrinas penales, que interpretan de tan distantes formas el derecho penal y que consecuentemente generan resultados disimiles frente a los administrados, es una labor esencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ser el intérprete calificado de las normas penales en Colombia para evitar las confusiones que surgen de la diversidad doctrinal y establecer, como regla, la forma en que los jueces de instancia deben entender y aplicar las normas punitivas en el país. La importancia fundamental de esta tarea, no solo para el derecho penal, sino para el cumplimiento de la justicia como valor constitucional, implica que las interpretaciones jurisprudenciales del derecho penal que la Corte

Suprema de Justicia desarrolla en sus providencias, no pueden ser objeto de intromisiones por parte de esta Corporación sino en aquellos casos en los que resulte palmaria la transgresión a la Carta Política y al Bloque de Constitucionalidad. De otra forma, esta Corporación estaría limitando el amplio margen de configuración interpretativa y la autoridad hermenéutica, que, en virtud de los fines perseguidos por su función unificadora de la jurisprudencia, le fue otorgada al Alto Tribunal por el constituyente primario.

En el estudio de la demanda, la Corte Constitucional pudo comprobar que la interpretación que la SCPCSJ realizó a partir de 2003, sobre el término “*Intervinientes*” (art.30, inc. 4º, L.599 de 2000), constituye “*derecho viviente*” por tratarse de una regla vigente y consolidada que fija el alcance de dicha disposición. Dicha norma, genera un trato punitivo diferenciado entre quienes concurren a la realización de un tipo penal especial, bajo el presupuesto de que las condiciones especiales solo se requieren al autor y no al instigador ni al cómplice, por lo que el lleno o la carencia de esos requisitos solo puede tener efectos para el primero.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia le da una importancia manifiesta a la diferencia entre las funciones que, para la comisión del delito especial, desarrollan los Partícipes y el Interviniente. Esas diferencias, según la SCPCSJ tienen unas consecuencias punitivas, puesto que el legislador consideró que determinador y cómplice no tienen los mismos deberes jurídicos que el autor, ni requieren de una calidad especial para que se consolide su actuación ilícita y en consecuencia tampoco existe justificación para que su sanción penal varié por faltarle la calidad exigida al autor. Cosa distinta sucede respecto del Interviniente (“coautor” no calificado), porque el delito especial solo puede ser autoría de un sujeto activo que cumpla con las condiciones requeridas, por ende, quien, en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector, sin tener la calificación requerida por el tipo penal, en realidad no tiene la capacidad para infringir el deber de especial sujeción y consumir la conducta ilícita y en consecuencia, tampoco su grado de

responsabilidad y punibilidad puede ser igual a la del autor propiamente dicho.<sup>203</sup>

Algunos intervinientes en el proceso plantearon la dificultad que entrañaría esta interpretación. Para ellos el efecto de la misma es que quienes actuaron con dominio del hecho y por ende tenían más responsabilidad en el ilícito, esto es los “coautores” no calificados, tienen una menor pena (por ser considerados Intervinientes) que quienes participan simplemente como determinadores. Esto atentaría contra varios principios constitucionales, puesto que para estos últimos, su menor responsabilidad penal, en virtud del menor grado de desvalor de su conducta, debería implicar un tratamiento punitivo menos gravoso que el del autor.

Ahora bien, la norma atacada establece que quien actúa como “coautor”, pero no tiene las calidades exigidas por el tipo penal, en realidad no es coautor, sino Interviniente. Por lo tanto, desde esa interpretación, el término de comparación planteado en las intervenciones no es exacto. Porque al reconocerse que el Interviniente no pudo cometer el ilícito, por faltarle las condiciones del tipo penal especial, el legislador - y la interpretación de la Corte Suprema-, han entendido que su responsabilidad penal es inferior a la del autor, ya que el origen de su responsabilidad penal no se deriva de la infracción de los deberes de especial sujeción que solo surgen del cumplimiento de las calidades exigidas por el tipo penal.

En cualquier caso, y por fuera de la interpretación de la Corte Suprema, el problema de igualdad que plantean el Profesor Fernando Velásquez y Universidad de Medellín radica en la equiparación que hace el inciso 2º del artículo 30 (Ley 599 de 2000), que establece: “*Quien determine*

---

<sup>203</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de septiembre de 2003 (MP Edgar Lombana Trujillo), Rad. 17089 “Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuenta sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr.gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo.”

a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción". Esa disposición crea, en efecto, una equiparación punitiva entre sujetos que participan en la comisión de un ilícito de forma claramente distinta, pero tiene efectos para todos los delitos, sin importar si se trata de delitos comunes o especiales. Por eso, ese examen de igualdad, está por fuera del estudio que se realiza en el marco del problema jurídico de esta sentencia, por cuanto se trata de una norma diferente y no es posible hacer una integración normativa.<sup>204</sup>

Por supuesto que resulta constitucionalmente inadmisibles que quien tiene menor responsabilidad en la comisión de un hecho ilícito termine pagando una pena mayor que aquel que es más responsable. Pero la Corte Constitucional entiende que la dosificación de la sanción penal no se puede resolver de forma abstracta, sino que es en cada caso concreto y a la luz de los hechos y con base a las pruebas disponibles que debe fijarse. Es la Corte Suprema de Justicia y particularmente su Sala de Casación Penal, la entidad a quien la Constitución Política encargó la interpretación y aplicación del Derecho Penal y es por lo tanto a ella a quien corresponde analizar con detenimiento las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean la punición de la conducta ilícita en cada caso, valiéndose para ello de las herramientas hermenéuticas que, bajo la luz de su experticia, considere más adecuadas, y al mismo tiempo, es a ella, como órgano de cierre de la jurisdicción penal en Colombia, a quien le corresponde aplicar e interpretar las leyes penales de tal forma que ni el principio de igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental puedan verse vulnerados. No es labor de la Corte Constitucional fijar las doctrinas bajo las cuales debe interpretarse las disposiciones del derecho ordinario, sino exclusivamente, resguardar la

---

<sup>204</sup> El examen en ese caso trataría de un juicio de igualdad en materia punitiva entre el autor y el determinador, con base en la disposición legal del inciso 2º del artículo 30 (Ley 599 de 2000). Mientras que en esta oportunidad lo que se analiza es la interpretación jurisprudencial de la SCPCJSJ respecto del concepto de Interviniente contenido en el inciso 4º de ese mismo artículo, pero respecto del trato diferenciado entre "coautores" y Participes *extraneus*.

Carta Política y los derechos de los ciudadanos cuando puedan ponerse en riesgo.

Por lo tanto, esta Corte encuentra que la norma que surge de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por la cual, el concepto de Interviniente contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” *extraneus* de un delito especial, se ajusta a los postulados constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. Evidentemente, esta interpretación jurídica parte de una posición que si bien es actualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, no implica necesariamente que haya agotado su discusión.<sup>205</sup> El hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

#### **IV. DECISIÓN**

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de cierre de la jurisdicción penal ordinaria en Colombia, no atenta contra el principio y derecho constitucional de igualdad cuando interpreta el Artículo 30, inciso 4º de la Ley 599 de 2000, en el sentido en el cual, se considera como Intervinientes únicamente quienes actuando como coautores no cuentan con las cualidades exigidas para el sujeto activo del delito.

---

<sup>205</sup> Así lo sostiene el Ministerio Público en su intervención, Folios 245 y 246 del expediente D-11917.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- LEVANTAR** la suspensión de términos ordenada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 305 del 21 de junio de 2017.

**SEGUNDO.- DECLARAR EXEQUIBLE**, por el cargo de igualdad analizado en la presente sentencia, el inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000.